BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
RACCOLTA
VILLAROSA
E
3(5
NAPOLI

Digitized by Google

Race Vill. E3 5

CUJACIJ
OPERUM
TOMUS QUINTUS.

Digitized by Google

JACOBI CUJACIJ

J. C. PRÆSTANTISSIMI
TOMUS QUINTUS VEL SECUNDUS
OPERUM POSTUMORUM

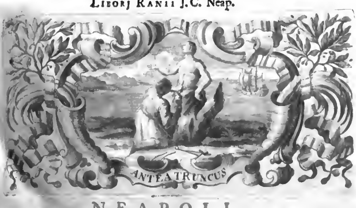
Quæ de jure reliquit, sive Julius Paulus, *id est, ad Julii Pauli libros ad Edictum, & libros Quæstionum Recitationes exactissimæ, non solum mendis propemodum infinitis priorum editionum expunctis; sed etiam accessione plurimarum Recitationum, quæ hactenus desiderabantur in novissimis libris* Pauli *ad Edictum, locupletatæ à* Carolo Annibale Fabroto *J.C.*

Accessere in hac novissima Editione ab eruditissimo Viro græcorum Versio locorum hactenus ab omnibus desiderata;

Index locupletissimus, ac perpetuus omnium omnino rerum, quæ his Operibus continentur;

Præterea dissertatio Emundi Merillii, & Interpretatio ab eodem facta Variantium ex CUJACIO observatarum, quæ per totum opus suo quæque loco variante notantur;

Postremo Controversiæ Joannis Roberti ejusdemque Notæ in Responsiones à CUJACIO nomine Antonii Mercatoris editas; quæ majori Eruditorum commodo in ipsis Observationibus afferuntur, studio & diligentia Liborj Ranii J.C. Neap.



NEAPOLI
Typis ac Sumptibus Michaelis Aloysii Mutio.
SUPERIORUM LICENTIA,
ET PRIVILEGIO PER DECENNIUM.
M. DCC. XXII.

Digitized by Google

In prima hujus voluminis parte continentur

LIBRI PAULI AD EDICTUM,

ET

LIBRI EJUSDEM QUÆSTIONUM.

In altera parte,

MODESTINI DIFFERENTIARUM JURIS

libri novem.

Digitized by Google

Biblioteca Nazionale V. E. III Napoli

Digitized by Google

Digitized by Google

VIRO AMPLISSIMO

MARCHIONI
D. LUPERCIO MAULEON

CAESARAUGUSTANO PATRICIO

COMITI A ROBIO VINZALJ CASALINJ BISNENGHJ
FEUDORUM DOMINO REGIAM CANCELLARIAM
REGENTI REGIOQUE COLLATERALI
CONSILIARIO.

Liborius Ranius S. P. P.

CUM omnes in istam summam Curiam Patres Conscripti, Tu maxime, Amplissime Lupercj Mauleonj, dignus es, cujus nomini in hac Neapolitana Editione unus multorum Jacobi Cujacj liber inscribatur, ob summum illud tuum, & immortale beneficium in hanc Regiam studiorum Universitatem collatum, quo ipsius Antecessorum incerta salaria super certis Regj AErarj redditibus collocasti, ipsisque in posterum per Mancipes solvenda decrevisti. Intellexeras enim, quan-

Digitized by Google

tam publicae Academiae dignitatem, utilitatemque Rebuspublicis afferant; quae & prudentiam perficiunt ad Imperia domi legibus quam optimis regenda, & virtutem regunt ad ea armis belli vindicanda. Omnes enim leviter in historia versati norunt, Turcas in Asiam, Africam, Europamque longe lateque Imperium armis protulisse, cum Christianae gentes sive graecae, sive latinae in foeda literarum, & ingenuarum artium ignoratione demersae jacerent: quia ubi bella, non virtute animorum, quae est procul dubio apud cultas gentes alacrior, non militari disciplina, non arte, quae Matheseos sunt soboles, non imperatoriis consiliis, quae historiarum lectione comparantur, sed tantum stolida corporum vi geruntur: non dubium est, ubi major est copiarum numerus, ab ea parte stare victorias. Quare Politici Scriptores in illud placitum omnes conveniunt, quod nisi stupida Turcarum ingenia Christiani consiliis, artisque inventis juvarent, Osmanicum Imperium jamdudum sua barbariei sponte corruisset. Contra vero illa constant, Assyrios, inter quos Magi, seu Sapientes regnabant, AEgyptiosque, quorum Reges ex Sacerdotibus, sive ex ejus gentis Philosophis creabantur, amplissimum Orbis terrarum imperium tenuisse; & uti ad Homeri Achillem crebra Iliadis lectione Alexandrum Magnum conformatum, ita ad Alexandri res gestas Julium Caesarem erectum, illum Graecorum, hunc Romanorum fundasse Monarchias; itaut Romana, & Graeca gentium potentia, nisi tota, certe magna ex parte Homero sit accepto tribuenda. Tantum literaria Institutio; quae in publicis scholis celebratur maxime, Rebuspublicis ad bella prodest, ut ubi gentium literata Sapientia adest, ibi Imperiorum potentia praesit. Quantum autem, ut ad rem nostram propius accedamus, Neapolitana Academia ad gloriam Regni hujus, pacis artibus comparatam praestiterit, gravissimum testimonium perhibet nostrum ipsum jus genticum tanta naturali aequitate, tanta civili sapientia refertum, ut externae civitates, populique tum ad privatas decernendas, tum ad consulendas publicas caussas hinc ex nostri Regni jure quam saepissime definitiones accersant: quod satis abunde confirmat, Neapolitanos Reges Senatorum juris qua privati, qua publici sapientissimorum consilio, & aucto-

rita-

ritate Neapolitanae genti leges constituisse. Praeclarissima luce sua haec, quae dicimus, illustrat nostrum Neapolitanum Forum, quod sane non tot, tantis, ac tam praeclaris apud omnes Europae nationes Jurisconsultis omni aetate floruisset, nisi omnes haec Regia Academia huic Foro exhibuisset alumnos. Tu haec Sapientissimus rei civilis intelligis, quae alii vulgo non vident, multo verius quam Impp. Advocatorum Collegium dixere, Studiorum Universitates esse, Seminarium dignitatum. At enim segetum semina minuta sunt, & occata latent; atque in eo stat miserum Literatorum Virorum fatum, cum quo ipsa constat Rerumpublicarum beatitudo: nam quo magis haec semina occultantur, eo fruticantur felicius; qui sane frutices postea eruditis in publica vitae luce reddunt uberrimas honorum, ac laetissimas messes. Haec ego dixi, ut cuncti noverint, jure quam optimo Tibi Cujacius noster debeatur, qui huic studiorum Universitati facultates firmasti, quibus Juris Antecessores Cujacium in his Scholis commodius excolerent. Atque hae sunt propriae hujus doni adornandi rationes; illae vero communes, quibus quovis alio munere dignus es; praeclarum in Navarrae Regno, unde originem ducis, genus, quod a patriciis Romanis ortum, & a Garzia Rege inter duodecim Navarrensium patricias gentes lectum memorant: e cujus majoribus referre libet Gerardum Mauleonium, qui Fridericum Aragonium in Sicilia bello vicit; & alium cognomine vernaculo Ladron de Mauleon, *qui Custulonensem inter & Navarrensem Reges pacis foedus conciliavit, postea a Rege Navarrae ob Caesaris Borgiae, Valentini Ducis liberationem e vinculis legatus est; & temporis progressu, Navarra Caesariam Augustam Tua Familia commigrante, ibi Majores tui, & amplissimos honores, & honestissima connubia celebrarunt; unde gentiles tuos Carolum V. Imp. huc Neapolim comitatos in hujus Civitatis publicis actis perscriptum legimus: & illa, quae magis tua, in nobilium Bononiensium Alumnorum Collegio cum summo ingenio, & diligentia literarum peractus orbis; Magistratus in aliis atque aliis Mediolanensis ditionis Civitatibus cum laude gesti: quare a Caesare primum Mediolanensis Quaestor extra ordinem jussus, deinde inter Mediolanensis Senatus Patres allectus, mox Barcino-*

Google

cinone Supremi Italiae Consilj, tum Elisabetham Augustam in Germaniam comitatus, Hispaniensis Consilj Regens Vindebonae creatus; inde huc Neapolim Praefectus AErario missus: quo munere cum summa Hispaniensis Consilj commendatione aliquot annos perfunctus, moderatione animi singulari eo amplissimo Magistratu Te ultro abdicasti, & in summo isto Regni Neapolitani Senatu locum, tanquam tuae aetati portum a Caesare retulisti impetratum; unde Cujacium Tibi pro tua virili parte destinatum, qua soles, humanitate excipias, rogo quaesoque. Vale.

Digitized by Google

INDEX
OMNIUM
LEGUM

Ex Lib. LXXVIII. Ad Edictum,
Et XXV. Quæstionum JULIJ PAULI J.C.
Ac Lib. IX. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI
In Pandectas à Triboniano relatarum,

ET

A JACOBO CUJACIO
EXPLICATARUM.

Serie Alphabetica Expositus.

A

L. *AB intestato* 16. De jur. Codic. 1132.
L. *Actionis verbo* 34. De verb. signif. 370.
L. *Actione depositi* 23. Depositi, vel contra. 1161.
L. *Actione distrahitur* 65. Pro socio. 481.
§. *Item bonis* 483.
§. *Si in rem* ibid.
§. *Diximus* 484.
§. *Item si* 485.
§. *Labeo* ibid.
§. *Item, qui* ibid.
§. *Renunciare* 487.
§. *Item scriptum* ibid.
§. *Morte* 488.
§. *Item si* ibid.
§. *Societas* 490.
§. *Publicatione* ibid.
§. *Si post* ibid.
§. *Si communis* 491.
§. *Nonnunquam* 492.
§. *Si unus* ibid.
L. *Adquirens* 19. De pactis. 60.
L. *Ad certam partem* 6. De servitut. 308.
L. *Ad diem* 77. De verb. obligat. 769.
L. *Adoptivus filius* 14. De ritu nupt. 543.
§. *Item si quis* ibid.
§. *Servilis* 547.
§. *Idem tamen* ibid.
§. *Nunc videamus* ibid.
L. *Ad personas* 15. De jurejur. 93.
L. *Adrogato patref.* 40. De adopt. &c. 1153.
§. *Non tantum* ibid.
§. *Spado* ibid.
L. *Ad res donatas* 62. De ædilit. edict. 1193.
L. *Adtentari* 10. De injur. 755.
L. *Agri Civitatum* 1. Si ager vectig. 303.
L. *Aliam causam* 29. De novat. 1146.
L. *Aliena res* 20. De pigner. act. 426.
§. *Si per* 427.
§. *Interdum* ibid.
L. *Amissione* 5. De cap. minut. 159.
§. *Qui deficiunt* ibid.
§. *Nunc respiciendum* ibid.
L. *An pars* 3. Pro derelicto. 1180.
L. *Ante litem* 16. De procur. 106.
L. *Antequam* 16. De damn. infect. 643.
L. *Antaeus ait* 14. De aqua, & aq. plu. arc. 667.
§. *Cum igitur* 669.
§. *In hoc* ibid.
§. *De eo, quod* ibid.
§. *De eo genere* ibid.
L. *Appellatione* 72. De verb. signific. 869.
L. *Apud proconsulem* 17. De manumis. vind. 682.
§. *Sed & apud* ibid.
L. *Arbitrio judicis* 18. De dolo malo. 148.
§. *Non tamen* ibid.
§. *Si dominus* 149.
§. *De eo* 150.
§. *Dolo* 149.
§. *Si servum* 151.
L. *Aristo Neratio* 3. Quæ res pigo. &c. 950.
L. *Armatos* 9. Ad legem Jul. de vi pub. 100.
L. *At qui natura* 19. De neg. gest. 127.
§. *Scævola* 130.
§. *Si libero* ibid.
§. *Cum me* 131.
§. *Non tantum* 132.
§. *Dum apud* ibid.
L. *At ubi institutus* 11. De leg. præstand. 606.
L. *At ubi vi* 24. De petit. hered. 264.
L. *Aut adfinitate* 22. De procura. 106.
L. *Aut in id dabitur* 15. De eo, quod met. cau. 142.

B

L. *BOna fides* 136. De regul. jur. 235.

C

L. *CÆterum cum* 31. De rei vindic. 299.
L. *Cajus Sejus* 45. Solut. matrim. 1029.
L. *Cajus Sejus* 21. De usur. 1149.
§. *Quid si* ibid.
L. *Certum est* 6. De reb. cred. 399.
L. *Circa tempora* 3. Quis ord. in bon. possess. 630.
L. *Claudius Fœlix* 16. Qui pot. in pign. 953.
L. *Commodare possumus* 15. Commo. vel contra. 417.
L. *Communi dividundo* 1. Commun. divid. 362.
L. *Competit* 16. Quod vi, &c. 806.
§. *Si quis* ibid.
§. *In summa* 807.
L. *Compromissum* 1. De recept. & qui arbit. 21.
L. *Conditiones* 9. De condit. institut. 632.
L. *Confessus* 1. De confessis. 757.
L. *Conjunctionem* 29. De verb. signific. 804.
L. *Creditore* 14. De reb. auct. jud. possid. 773.

Digitized by Google

§. Datur ibid.
L. Cujus filiusfam. 49. De verb. oblig. 568.
§. Si stipulatus ibid.
§. In hac ibid.
§. Si promissor ibid.
L. Cujus per errorem 53. De reg. jur. 625.
L. Cui consequens est 18. De peculio. 977.
L. Cui præcipua 7. De verb. signific. 775.
§. Persequi ibid.
L. Cum à te 7. De vi, & vi arm. 368.
L. Cum amplius 84. De reg. jur. 961.
L. Cum à pluribus 7. De servitut. legat. 1135.
L. Cum curatore 24. De admin. tut. 367.
L. Cum emancipati 2. De collat. bon. 612.
§. Illud autem 614.
§. De illis ibid.
§. Id quoque ibid.
§. Emancipatus ibid.
§. Si tres 615.
§. Si ex emancipato 617.
§. Si duo nepotes ibid.
§. Si duo emancipati 618.
§. Si per inopiam 618.
L. Cum de indebito 25. De probat. 962.
§. Sin autem ibid.
§. Sed hæc ita ibid.
§. In omnibus ibid.
§. Sed hæc ubi ibid.
L. Cum dotem 71. De jur. dot. 1096.
L. Cum filiusfam. 28. De testament. mil. 1052.
L. Cum filio 3. De vulg. & pupil. subst. 1157.
L. Cum hereditas 36. Ad S.C. Trebell. 195.
L. Cum in annos 11. De annuis leg. 1134.
L. Cum in diversis 44. De reli. & sumpt.fun. 925.
§. Cum autem ibid.
L. Cum interdum 4. De instit. act. 430.
L. Cum lite 2. Judicat. sol. 829.
L. Cum mandato 23. De min. 25. ann. 155.
L. Cum miles 30. Ex quib. caus. major. 169.
§. Si is, qui ibid.
L. Cum non prægnans 16. De his, qui not. infam. 102.
L. Cum plures 12. De admin. tut. 580.
§. Quæ bona 581.
§. Nimium ibid.
§. Cum tutor ibid.
§. Si tutor 582.
L. Cum post mortem 2. Quando act. de pecul. &c. 444.
§. Si servus ibid.
L. Cum post mortem 43. De admin.& peric.tut. 1040.
§. Qui eum ibid.
L. Cum prætor 12. De judic. 206.
§. Judicem ibid.
§. Non autem 207.
§. Qui possunt ibid.
L. Cum prætor 127. De reg. jur. 280.
L. Cum procurator ult. De fidejuss. 870.
L. Cum pupillo 1. Rem pup. salv. for. 368.
L. Cum putarem 36. Famil. ercisc. 903.
L. Cum quæritur 12. De except. rei judic. 819.
L. Cum quidam 4. De auro, & arg. leg. 749.
L. Cum sponsus 12. De pub. in rem act. 243.
§. Is, cui ibid.
§. In vectigalibus. 245.
§. Idem est ibid.
§. Si res 246.
§. Publiciana ibid.
§. Si pro parte ibid.
§. Sed etiam ibid.
L. Cum tamen 8. De S.C. Maced. 439.
L. Cum unus 12. De reb. auct. judic. possid. 771.
§. Is, qui 773.
§. Si propter ibid.
L. Cum usufructuario 66. De usufruct.& quemad. 637.

D

L. Damni infecti 18. De dam. infect. 644.
§. Sed quod 646.
§. Ei, cujus ibid.
§. Sed inquilino ibid.
§. Ei, qui 647.
§. Si is, qui 648.
§. Si autem ibid.
§. Emptor ibid.
§. Venditorem ibid.
§. Sed quid ibid.
§. Sed si ibid.
§. Sabini 651.
§. Si vicinas ibid.
§. Si pupillus ibid.
§. Si mandatu ibid.
§. Non solum ibid.
§. Si procurator 653.
L. De bonis matris 6. De carbon. edict. 620.
§. Plane ibid.
§. Huic autem 621.
§. Ita demum ibid.
§. Qui pupillo 622.
§. Non solum ibid.
§. Post pubertatem ibid.
L. Debitor 59. Ad S. C. Trebell. 990.
§. Ea, quæ 993.
L. Debitor decem 82. De legat. 2. 1070.
§. Si primo 1072.
§. Servo ibid.
L. Debitor meus 13. De neg. gest. 124.
L. Debitores 28. De solut. 582.
L. Decem legata 6. De fideic. libert. 782.
L. Decreto prætoris 24. De admin. tutor. 135.
§. Si duobus ibid.
L. De Decurione ult. De Decur. 893.
L. De die ponenda 8. Qui satisda. cog. 200.
§. Mulierem ibid.
§. Si servus 202.
§. Si fidejussor ibid.
§. Tutor ibid.
§. Jubetur ibid.
§. Hoc autem ibid.
L. De eo exhibendo 12. Ad exhibend. 375.
§. Et filiusfam. 377.
§. Sæpius 378.
§. Si quis ibid.
§. Si post 379.
§. Si justa 380.
§. Heres 382.
L. Defensor 22. De tutel. & ration. dist. 1097.
L. De illo 24. De noxal. act. 231.
L. De peculio 10. De tribut. act. 434.
L. De pretio vero 10. De publ. in rem actio. 240.
L. De tuo etiam 9. Manda. vel contra. 460.
L. Dirimitur matrimonium 1. De divort. 556.
L. Dispensatori 51. De solut. 136.
L. Diversum est 2. Quod legat. 794.
§. Quod ait 795. §. Si legatarius 796.
§. Ex hoc ibid. §. Si per legatarium ibid.
L. Divortium non est 3. De divort. 556.
L. Divus Severus 18. Ad municip. 892.
L. Doli exceptio 19. De novation. 816.
L. Dolo carere 41. Ad leg. Falcid. 136.
L. Dolo facit 2. Si ventr. nom. mulier. 576.
§. Si & patris ibid.
L. Dolove malo 27. De dolo malo. 153.
L. Dolove malo 2. De vi, & vi arm. 799.
L. Domicilium 20. Ad municip. 1148.
L. Dotalem fundum 16. De testam. mil. 626.
L. Dummodo certus 2. De procurator. 103.
§. Furiosus ibid.
L. Duo sunt Titii 30. De testam. milit. 1033.

L.Ea

LEGUM, ET PARAGRAPHORUM.

E

L. EA igitur 14. De pign. act. 420.
L. Ea, quæ 22. Ad munic. & de incol. 1169.
L. Ea vero 3. Pro socio. 479.
§. Cum specialiter ibid.
§. De illo 480.
§. Societas ibid.
L. Ea, quæ magis 26. Ad municip. 4.
§. Magistratibus ibid.
L. Edicto cavetur 1. In jus voca. ut eant. 12.
L. Ego puto 4. De eo, quod met. caus. 141.
L. Ei incumbit probatio 2. De probation. 815.
L. Electio vero 26. De noxal. act. 232.
§. His consequens ibid.
§. Si servum ibid.
§. Si is, quem 233.
§. Neque 234.
§. Si absente ibid.
L. Emptio, & venditio 3. De rescind. vendit. 511.
L. Emptori nominis 6. De hered. vel actio. vend. 997.
L. Equis per fideicommissum 39. De usur. &c. 1197.
L. Ergo hic 5. Ad Senatusconf. Maced. 947.
L. Ergo sciendum 22. Ex quib. caus. major. 168.
§. Sicut igitur ibid.
§. Quod edictum ibid.
L. Erit ergo 10. De fundo dot. 1021.
L. Et an eadem 14. De except. rei judicat. 819.
§. Qui cum 820.
§. Actiones ibid.
§. Si quis 821.
L. Et heredi 21. De pact. 61.
§. Quod si 63.
§. Nos autem ibid.
§. Filiafam. 64.
§. Item ibid.
§. In his ibid.
L. Etiam de præsenti 15. Ut legat. &c. 864.
L. Etiamsi in rem 8. De jurejuran. 214.
L. Etiam si quanti 2. Si cui plus, &c. 865.
L. Etiam superficiei 15. Qui po. in pign. 810.
L. Et ideo 8. Quod falf. tut. auct. 172.
L. Et in libertos 7. De S.C. Syllan. 636.
L. Et in perpetuum 4. De procurat. 104.
L. Et in totum 4. De impens. io res dot. 565.
L. Et licet libera 15. De constit. pecun. 408.
L. Et nihil interesse 8. De in rem ver. 444.
L. Et non tantum 19. De petit. hered. 260.
§. Quod si 261.
§. Veniunt ibid.
§. Servitutes 262.
L. Et quia nec 6. De jurisdict. omn. judicum. 19.
L. Et quidem 5. De her. vel act. vend. 509.
L. Et qui in foro 6. De procur. 96.
L. Et si consularis 52. De procu. 760.
L. Et si non omnes 8. Communi divid. 363.
§. Si incertum ibid.
§. Venit ibid.
§. Si communis 364.
§. Item si ibid.
L. Et si percussor 6. De S.C. Syllan. 634.
§. Quamvis ibid.
§. Si unus 635.
§. Si appetitus ibid.
L. Et si qua alia 16. De recept. arb. 177.
§. Arbiter ibid.
L. Et si quid 9. De hered. vel act. vend. 509.
L. Et si quid 23. Solut. matrim. 560.
L. Eum, qui 22. De donation. 1192.
L. Eum, qui juravit 30. De jurejur. 225.
§. Si juravero 226.
§. Si Mulier ibid.
§. In popularibus 227.
§. Si libertus ibid.
§. Si juravero ibid.
L. Eum, qui nocentem 18. De injur. 755.
§. Si Servus 756.
§. Si nupta ibid.
§. Si injuria ibid.
§. At cum ibid.
§. Quod scisset ibid.
L. Ex argento 13. De condict. furt. 590.
L. Ex causa 11. De fideicom. libert. 1155.
L. Ex consensu 3. De relig. & sumpt. fun. 388.
L. Ex diverso 35. De rei vindic. 301.
§. Ubi autem 302.
§. Petitor ibid.
§. Eorum ibid.
L. Ex facto quæritur 52. De pecul. 979.
§. Si dos 980.
L. Ex facto quæritur 43. De vulg. & pupill. subst. 1056.
§. Item 1059.
§. Lucius ibid.
§. Julius 1060.
L. Exhibere 2. Ad exhib. 315.
L. Ex his 34. De excus. tut. 1033.
L. Ex hoc edicto 8. De alien. jud. mut. cau. facta. 164.
§. Ait prætor ibid.
§. Alienare ibid.
§. Sed heredem ibid.
§. Si quis ibid.
§. Qui venditori ibid.
L. Ex pollicitatione 9. De Pollicit. 1169.
L. Expressa 195. De reg. jur. 1190.
L. Ex pupillari 44. De vulg. & pupil. subst. 1067.
L. Ex quacumque 2. Si quis in jus vocat. non jerit. 11.
§. Si quis ibid.
L. Ex sextante 30. De except. rei judic. 1104.
§. Latinus ibid.
L. Extra territorium ult. De jurisdict. omn. jud. 1.

F

L. FAcere 189. De verb. signific. 528.
L. Facienda æstimatione 8. Arb. fur. cæs. 591.
§. Furtim ibid.
§. Igitur ibid.
§. Qui per vim ibid.
L. Facta redhibitione 60. De ædil. edict. 815.
L. Factum 154. De reg. jur. 799.
§. Non videtur 800.
§. In pœnalibus ibid.
L. Fere in omnibus 108. De reg. jur. 89.
L. Fere quibuscumque 155. De reg. jur. 801.
L. Fidejussoris autem 23. De pactis. 65.
L. Filius 9. De jur. delib. 767.
L. Filius 14. Ad leg. Corn. de fals. 1142.
§. Sequens ibid. §. Maritus 1143.
L. Filiifam. 34. De pet. hered. 267.
§. Si servus ibid.
L. Filiusfam. duxit 19. De in rem ver. 982.
L. Filiusfam. 8. De adm. rer. ad Civ. pert. 8.
L. Filiusfam. 18. Ad leg. Falcid. 1086.
§. His consequens 1087.
L. Finium regundorum 1. Fin. regund. 335.
L. Fœminis 41. De procur. 114.
L. Fœnerator 6. De oaut. fœn. 1151.
L. Fructus non modo 33. De rei vind. 299.
L. Frugem 77. De verb. signific. 678.
L. Fundus dotalis 3. De fund. dot. 557.
§. Totiens ibid.
L. Furtum 1. De furtis. 584.
§. Inde ibid.
§. Sic is ibid.
§. Furtum ibid.

G

L. GEneraliter 3. Unde legit. 626.
L. Gerit 88. De acquir. hered. 875.

L. Granius Antoninus 71. De fidejuss. 995.
§. Si ponamus ibid.
§. Placet ibid.

H

L. Habitatio quoque 4. De vent. in possess. mitt. 620.
§. Servis ibid.
L. Hæc actio 2. Si quadru. pau. fec. dic. 322.
§. Si quis ibid.
L. Hæc actio 4. Si quadru. pau. fec. dic. 322.
L. Hæc actio perpetua 4. Si men. fal. mod. dix. 371.
L. Hæc actio utilis 2. De æsti. actio. 450.
L. Hæc autem 4. Si cui plus, &c. 866.
§. Si duo 867.
§. Hæc cautio ibid.
L. Harum actionum 7. Si serv. vindic. 312.
L. Heres 8. De obseq. par. & patr. 140.
L. Heredes ejus 25. Famil. ercisc. 344.
§. Similes 345.
§. Quantum ibid.
§. De pluribus ibid.
§. Si inter me ibid.
§. Item si ibid.
§. Si testator 346.
§. Quod pro 347.
§. Idem scribit ibid.
§. An ea 348.
§. Contra ibid.
§. Idem dicendum ibid.
§. In illa 350.
§. Idem juris 351.
§. Idem observatur ibid.
§. Si unus 352.
§. Non tantum ibid.
§. Si incerto 354.
§. Item culpæ ibid.
§. Si filius 355.
§. Judex ibid.
§. Item curare ibid.
§. Si pecunia 356.
L. Hereditariarum 40. De oblig. & actio. 163.
L. Hi, qui 34. De fidejuss. 841.
L. His, qui 12. De dam. infect. 642.
L. Hoc apertius 24. Ad leg. Aquil. 324.
L. Hoc edictum 6. De his, qui dejecer. vel effud. 249.
§. Labeo ibid.
§. Habitator ibid.
§. Si de nave ibid.
L. Hoc edicto 2. Quod quisque jur. 34.
L. Hoc jure 86. De solut. 113.
L. Honorem 10. De muner. & honor. 1175.

I

L. Id est usque 10. De dolo malo. 145.
L. Id est 15. De liberali causa. 684.
L. Id est 74. De rei vindic. 303.
L. Idem & 21. Famil. ercisc. 343.
L. Idem est 6. Usufruct. quemadm. cav. 863.
L. Idem est, & si 3. Si ager vectig. 303.
L. Idem est, & si 10. De constit. pec. 407.
L. Idem in duobus 25. De pact. 66.
L. Ideo quia 27. De legib. senatusque cons. 971.
L. Ideoque si pater 95. De pecul. 784.
L. Ideoque 34. De manumiss. test. 848.
L. Idque & Julianum 45. De act. empt. 1001.
§. Illud 1002.
§. Superest ibid.
L. Id quod sub conditione 19. De const. pec. 412.
§. Sed is ibid.
§. Si pater ibid.
L. Ignorantia, vel facti 1. De jur. & fac. ign. 627.
§. Nam si ibid.
§. Si quis ibid.
§. Item ibid.
§. Idem ibid.
L. Illud notandum 4. De bon. poss. cont. tab. 598.
§. Si quis 601.
§. Ad testamenta ibid.
§. Si quis eum ibid.
L. Illud constat 13. Quæ in fraud. cred. 811.
L. Illud quoque 40. De pet. her. 275.
§. Prædo 277.
§. Actiones ibid.
§. Contra 278.
§. Ad officium ibid.
L. Imo, & si 7. De option. leg. 1077.
L. Imperatores 52. De manumis. test. 1094.
L. In actionibus 7. De iis, qui not. inf. 90.
L. In ambiguo 3. De reb. dub. 1100.
L. In ambiguis 70. De jur. dot. 1026.
L. In ambiguis 85. De reg. jur. 1026.& 1037.
§. Non est ibid.
§. Quotiens ibid.
L. In causæ 14. De dam. infect. 643.
L. In commodato 17. Com. vel contra. 417.
§. Contraria 418.
§. Si ex facto ibid.
§. Sicut 419.
§. Duabus ibid.
§. Rem commodatam ibid.
L. In delictis 4. De noxal. act. 40.
§. Si extraneus ibid. & 42.
§. Cum dominus ibid. & 42.
§. Si detracta 41. & 43.
L. In depositi 9. Depos. vel contra. 209.
L. In diem addicto 9. De aqua, & aqu. plu. arc. 670.
§. Ideo autem ibid.
§. Non autem ibid.
L. In duobus 28. De jurejur. 220.
§. Quod reus ibid.
§. Si Ei ibid.
§. Ex duobus ibid.
§. Exceptio 221.
§. Si quis ibid.
§. Colonus 222.
§. Quæ juravit 223.
§. Igitur 224.
§. Item Pomponius ibid.
L. In emptionibus 43. De pact. 996.
L. In eo, quod 110. De regul. jur. 97.
§. Nemo 98.
§. Pupillus ibid.
§. Ubi verba ibid.
§. Mulieribus ibid.
L. In exequutione 85. De verb. oblig. 856.
§. Prima ibid.
§. Secunda ibid.
§. Quod si ibid.
§. Pro parte ibid.
§. In solidum ibid.
§. Item si ibid.
§. Quicumque 859.
L. In fideicommissariis 5. De fideic. libert. 764.
L. In fraudem 4. Quæ in fraud. cred. 811.
L. In hoc judicium 10. De serv. corr. 251.
L. In hoc judicio 27. Famil. ercisc. 356.
L. In honorariis 35. De oblig. & act. 8.
L. In interdicto 6. De vi, & vi arm. 212.
L. In jus vocare 1. De in jus vocand. 85.
L. In lege Falcidia 45. Ad leg. Falcid. 780.
§. In his ibid.
L. In lege Aquilia 40. Ad legem Aquil. 83.
L. In loco 1. Ne quid in loc. pub. 799.
L. In metallum 22. De pœnis. 1159.
L. In metallum 4. De sent. pass. & restitut. 1130.
L. In obscuris 214. De reg. jur. 136.
L. In omnem rem 15. De tut. & cur. dat. 27.
L. In omnibus 5. De prætor. stipulat. 653.

L. In

LEGUM, ET PARAGRAPHORUM.

L. *In omnibus* 5. De præt. stipulat. 653.
L. *In omnibus* 90. De reg. jur. 1119.
L. *In Patrem* 21. De relig. & sumpt. funer. 383.
L. *In plurium* 70. De adqu. hered. 761.
§. *Si vero* ibid.
L. *In possessionem* 6. Quib. ex caus. in possess. eatur. 765.
§. *Cum dicitur* 766.
§. *Si ab hostibus* ibid.
L. *In pupillo* 4. De except. 271.
L. *In quibusdam* 7. De naut. fœn. 45.
L. *In rem actio* 23. De rei vind. 287.
§. *Loca sacra* ibid.
§. *Si quis* ibid.
§. *Sed & id* ibid.
§. *In omnibus* ibid.
§. *Item quæque* ibid.
§. *Tignum* 290.
§. *Item si quis* ibid.
L. *In servo* 17. De liberali causa. 684.
L. *In sponsalibus* 7. De spons. 541.
L. *In sponsalibus* 14. De sponsal. 1168.
L. *In stipulatione* 1. Judic. solut. 368.
L. *In summa* 2. De aqua, & aq. plu. a rc. 658.
§. *Apud labeonem* 662.
§. *Præterea* ibid.
§. *Cassius* ibid.
§. *Apud Atejum* ibid.
§. *Item Varus* 664.
§. *Apud Namusam* ibid.
§. *Idem Labeo* 1. ibid.
§. *Idem Labeo* 2. 665.
§. *Illud etiam* ibid.
L. *Interest* 18. De seb. auct. jud. possid. 778.
L. *Inter actum* 12. De serv. rust. præd. 1196.
L. *Inter* 191. De verb. signific. 556.
L. *Inter* 101. De verb. signific. 1196.
§. *Divortium* ibid.
§. *Verum est* ibid.
§. *Servis* ibid.
L. *Inter causas* 26. Manda. vel contra. 472.
§. *Si quis* ibid.
§. *Abesse* 473.
§. *Si is* 474.
§. *Mandatu* ibid.
§. *Non omnia* 475.
§. *Sed cum* ibid.
§. *Faber* 476.
L. *Interdicto* 2. Quorum bon. 280.
L. *Interdictum* 17. Quod vi, &c. 818.
L. *Interdictorum* 2. De interdict. 790.
§. *Interdicta* ibid.
§. *Quædam* ibid.
§. *Hæc autem* ibid.
L. *Interdum* 23. De verb. oblig. 369.
§. *Si servus* ibid.
§. *Stichi* ibid.
L. *Interdum evenit* 4. De publ. judic. 573.
L. *Inter pares* 38. De re judic. 210.
§. *Si diversis* ibid.
L. *Inter stipulantem* 83. De verb. oblig. 833.
§. *Si stichum* 835.
§. *Si stipulante* 836.
§. *Diversa* ibid.
§. *Item si* ibid.
§. *Sacram* ibid.
§. *Si rem* 839.
§. *Stichum* 840.
§. *Si quid* ibid.
L. *Intestatus* 64. De verb. signif. 807.
L. *Intestato* 6. De legit. tut. 579.
L. *Is, cui* 11. De alim. & cib. leg. 1078.
L. *Is cum quo* 7. De aqua, & aqu. pluv. 235.
§. *Aliud est* ibid.
L. *Is qui dicit* 5. De except. 236.
L. *Is, qui à debitore* 9. Quæ in fraud. 786.
L. *Is, qui in potestate* 15. De leg. præst. 607.
§. *Sed si unus* ibid.
§. *Ita autem* 608.
§. *Ei, quæ* ibid.
§. *Si extraneo* 611.
L. *Isti quidem* 8. De eo, quod met. caus. 141.
§. *Si is accipiat* ibid.
§. *Quod si* ibid.
§. *Hæc quæ* ibid.
L. *Ita fidei* 40. De jure fisci. 1138.
L. *Itaque pauciores* 2. De jure delib. 765.
L. *Item eorum* 6. Quod cujuscumque univers. 120.
§. *Si decuriones* 121.
§. *Sed si* ibid.
§. *Quid si* ibid.
§. *Actor* ibid.
L. *Item exigit* 16. De dolo malo. 147.
L. *Item quamvis* 10. Communi divid. 364.
§. *Si usus* 365.
§. *In communi* ibid.
L. *Item quia conventiones* 4. De pact. 47. & 48.
§. *Secundum* 47. & 49.
§. *Hujus rei* 47. & 49.
§. *Ex facto* 47. & 50.
L. *Item quibus* 4. De postuland. 90.
L. *Item si* 3. De dol. except. 823.
L. *Item si pretio* 22. Locat. & conduct. 521.
§. *Quotiens* ibid.
§. *Cum insulam* ibid.
§. *Quemadmodum* 522.
L. *Item si servum* 6. De publ. in rem act. 240.
L. *Iter sepulchro* 4. Quemadm. serv. amitt. 387.
L. *Judex datus* 46. De judic. 894.
L. *Judex si male* 28. De condict. indeb. 477.
L. *Julianus scribit* 30. De petit. hered. 265.
L. *Julianus verum* 60. De condic. indeb. 940.
L. *Julius Paulus* 81. De condit. & demonst. 1136.
§. *Tunc* 1137.
L. *Jurisjurandi* 32. De jurejur. sive, &c. 1167.
L. *Jusjurandum* 2. De jurejur. 213.
L. *Jusjurandum* 17. De jurejur. 215.
§. *Pupillus* ibid.
§. *Si tutor* ibid.
§. *Procurator* ibid.

L

L. *Labeo ait* 2. De pact. 47.
L. *Labeo ait* 10. De serv. rust. præd. 671.
L. *Labeo, & Neratius* 8. De usurp. & usucap. 170.
§. *Sed eum* ibid.
L. *Labeo, & Sabinus* 24. De verb. signific. 101.
§. *Rem amisisse* ibid.
L. *Labeo indicat* 5. Ad municip. 633.
L. *Labeo non posse* 2. De rivis. 804.
L. *Latinus Largus* 56. De ædil. edic. 891.
L. *Latinus Largus* 9. Qui sine manumiss. &c. 999.
L. *Latinus Largus* 83. De legat. 2. 1085.
L. *Lecta est* 40. De reb. cred. & si cert. pet. 926.
L. *Legatus, mandata* 12. De offic. proconf. 19.
L. *Legavi Titio* 25. De lib. legat. 1079.
L. *Legis Juliæ* 4. Ad leg. Jul. de vi priv. 754.
§. *Et si quis* ibid.
L. *Lege Flavia* 12. De manumiss. 681.
L. *Legitima conventio* 6. De pact. 47. & 50.
L. *Legitimam hereditatem* 8. De petit. hered. 206.
L. *Liber homo* 20. De stipul. serv. 1110.
§. *Apud* ibid.
L. *Liberi patroni* 8. De assign. libert. 1189.
L. *Liberis* 13. De dol. mal. & met. excep. 1106.
L. *Liberos, qui* 3. De capit. min. 157.
§. *Emancipato* ibid.
L. *Libertas* 106. De reg. jur. 30.
L. *Libertas* 33. De manumiss. test. 1093.

L. Libertus adversus 25. De in jus vocan. 880.
L. Licet gratis penult. Nav. caupo. stabu. 318.
§. Si servo 320.
§. Sed si damnum 321.
§. In factum ibid.
§. Possumus ibid.
L. Licet in popularibus 42. De procura. 109.
§. Ad actionem ibid.
§. Ea obligatio 111.
§. Iste, cui 112.
§. Sed & dominum ibid.
§. Porro ibid.
§. Si plures ibid.
§. Reo latitante 113.
L. Licinius 4. Quib. ad liber. procl. non licet. 1094.
L. Lite contestata 35. De usur. 766.
L. Littora, quæ fundo 51. De contrah. empt. 316.
L. Locatio, & conductio 1. Locat. & conduct. 519.
L. Longæ possessionis 3. De div. & temp. præscr. 1180.

M

L. Manifestæ turpitudinis 38. De jurejur. 569.
L. Mater decedens 19. De inoff. test. 898.
L. Matris sollicitudo 1. Qui petant. tutor. &c. 1188.
L. Minor 25. ann. 32. De min. 25. ann. 888.
L. Minus solutum 32. De verb. signific. 370.
L. Multo magis 24. De jurejur. 218.& 402.
L. Munus 18. De verb. signific. 122.
L. Mutari debebit 24. De procur. 106.
L. Mutus, & Surdus 43. De procur. 144.
§. Cum quærebatur ibid.
§. In popularibus 115.
§. Is, qui ibid.
§. Pœna 116.
§. Si procurator ibid.
§. Qui non ibid.
L. Mutuum damus 2. De reb. cred. 389.
§. Mutui 393.
§. Appellata ibid.
§. Creditum 398.
§. In mutui ibid.
§. Verbis ibid.

N

L. Nam cum 12. De stipul. serv. 1083.
L. Nam & servius 21. De neg. gest. 133.
§. Qui negotia ibid.
§. Si vivo ibid.
§. Mandatu 134.
L. Nam fructuarius 2. Usufr. quemadm. cav. 863.
L. Nam in bona 30. De testam. milit. 1046.
L. Nam inter se 20. De peculio. 441.
L. Nam magistratus 4. De recept. arb. 174.
L. Nam reipublicæ 4. De nov. oper. nunt. 654.
L. Nam sufficit 22. De dolo malo. 152.
L. Naturalis meus 5. De præscript. 1005.
§. Et si ibid.
§. At cum ibid.
§. Quod si 1013.
§. Sed si 1015.
§. Si ergo ibid.
L. Ne in potestate 16. De recept. arb. 182.
L. Nec ille 16. De tutor. & curat. dat. 846.
L. Nec insuriosum 2. Comm. vel con. 415.
L. Nec pretiis De relig. & sumpt. fun. 383.
L. Nec quidquam 3. De exerc. act. 427.
L. Nec servi 6. De obseq. parent. & patr. 146.
L. Necessario 8. De per. & com. rei vend. 512.
§. Si ita 514.
§. Cum usumfructum ibid.
L. Necesse autem 8. De in diem addi. 509.
L. Nemo damnum 151. De reg. jur. 799.
L. Nemo videtur 5. De in integr. restit. 102.
L. Nemo rem 87. De verb. oblig. 856.& 861.
L. Nesennius 22. Ad leg. Falcid. 1127.
§. Servo 1128.
§. Sed & si ibid.
§. Si debitori ibid.
§. Sed si 1130.
L. Nesennius 32. De excus. tutor. 1043.
L. Nesennius 41. De re judic. 1101.
L. Nesennius 34. De neg. gest. 881.
L. Nihil dolo 129. De reg. jur. 318.
§. Cum principalis ibid.
L. Nihil interest 112. De reg. jur. 112.
L. Nihil in hac parte 2. De conjug. cum emanc. 619.
L. Nisi ex magna 10. De minor. 25. ann. 154.
L. Nisi quatenus 10. De reb. auct. jud. poss. 770.
L. Nominis appellatione 4. De verb. signif. 16.
L. Non alienum 10. De interrog. act. 639.
L. Non autem interest 28. De recep. arb. 182.
L. Non cogendum 45. De procur. 114.
§. Qui ita 118.
§. Si procuratori ibid.
L. Non distinguemus 32. De recept. arbitr. 184.
§. Non cogitur 186.
§. Si mulier ibid.
§. Summa rei ibid.
§. Sacerdotio ibid.
§. Item non est 187.
§. Julianus ibid.
§. De liberali ibid.
§. Si servus 188.
§. Item si quis ibid.
§. Si is faciat 190.
§. Dies compromissi ibid.
§. Si arbiter ibid.
§. Cum in plures ibid.
§. Cum quidam ibid.
§. De officio 191.
§. Quæsitum est ibid.
§. Item si jubeat ibid.
§. Si domini ibid.
§. Sed si & ibid.
§. Arbitri ibid.
§. Arbiter ibid.
L. Non enim hæc actio 6. De trib. act. 434.& 436.
L. Non enim 9. Rer. amot. 569.
L. Non enim solutio 38. Ad S.C. Trebell. 278.
L. Non enim negligentibus 16. Ex quib. cau. majo. 166.
L. Non est novum 26. De legib. Senatusque cons. 971.
L. Non ideo 66. De rei vind. 902.
L. Non figura 38. De oblig. & act. 46.
L. Non magis 14. Rer. amot. 236.
L. Nonnunquam 52. De condit. & demon. 1190.
L. Non omne 144. De reg. jur. 788.
L. Non solet 86. De reg. jur. 1051.
L. Non solum pen. Famil. ercisc. 337.
L. Non solum 8. De nov. oper. nunt. 654.
§. Qui opus 655.
§. Si cum ibid.
§. Quod si ibid.
§. Sciendum 657.
§. Sed ut ibid.
§. Morte ibid.
§. Quod si ibid.
L. Non tantum 20. De re judic. &c. 1165.
L. Non videntur 177. De reg. jur. 679.
§. Qui jussu ibid.
L. Nos videamus 8. Locat. & conduct. 520.
L. Novare 20. De novation. 832.
§. Pupillus ibid.
L. Nullum crimen 109. De reg. jur. 23.
L. Nunquam crescit 138. De reg. jur. 388.
L. Nunquam nuda 31. De acquir. rer. dom. 454.
§. Thesaurus ibid.
L. Nuptiæ consistere 2. De ritu nupt. 539.

L. Obli-

Digitized by Google

O

L. OBligari 43. De obligat. & act. 831.
L. Obligatio mandati 1. Manda. vel contr. 457.
§. Ideo ibid.
§. Item sive ibid.
§. Item mandatum ibid.
§. Mandatum ibid.
L. Obligationum 44. De oblig. & act. 846.
§. Circa diem ibid.
§. Conditio 849.
§. Modus 850.
§. Accessio 851.
§. Si ita ibid.
§. Sed si navem 853.
L. Ob res quoque 20. De pact. dotal. 555.
§. Si extraneus ibid.
§. Si convenerit ibid.
L. Officio tamen 17. De contrah. empt. 504.
L. Omnis hereditas 138. De reg. jur. 383.
L. Omnem obligationem 20. De judic. 767.
L. Opera in actu 1. De oper. serv. 24.
L. Oratione Divi Marci 16. De ritu nupt. 541.
§. Nepote ibid.
§. Furor 543.
L. Ordinata 24. De liberali causa. 685.
§. Quin etiam ibid.
§. Sed si cum ibid.
§. Sed si quis 686.
§. Si is 687.
L. Origo emendi 1. De contrah. empt. 496.
§. Sed an sine 497.
§. Est autem ibid.

P

L. PArtum post litem 10. De usur. 918.
L. Partum quoque 11. Famil. ercisc. 342.
L. Pater ex provincia 22. De manumis. vind. 1093.
L. Pater filiæ 71. De evict. 1124.
L. Pater herede 4. De testament. tutel. 1187.
L. Patris adoptivi 1. De in jus vocand. 85.
L. Patronus 60. Ad S.C. Trebell. 1089.
L. Patronæ quidem 18. De bonis libert. 626.
L. Pedius 4. De incend. ruin. nauf. 751.
§. Divus Antoninus ibid.
§. Hæ actiones 752.
L. Per servum 32. De petit. hered. 266.
L. Perceptione 4. De his, qui dejec. vel effud. 247.
L. Petitor 30. De lib. legat. 1081.
L. Plane in cæteris 38. De petit. hered. 273.
L. Plane quamdiu 14. De min. 25. ann. 154.
L. Plane si duos 21. De condic. indeb. 938.
L. Plane 4. Quod cujuscumque univers. 120.
L. Plures 27. De damn. infec. 873.
L. Pluribus procuratoribus 32. De procur. 106.
L. Pomponius lib. 26. 15. De nego. gest. 126.
L. Pomponius lib. 37. 36. De re judic. 210.
L. Pomponius lib. 36. 8. De rei vindic. 173.
L. Popularis actio 4. De Popul. act. 34.
L. Possessio 1. De adquir. vel omit. possess. 690.
§. Dominiumque 694. §. Nam per ibid.
§. Adipiscimur ibid. §. Pupillus 699.
§. Furiosus ibid. §. Per servum 1. ibid.
§. Si vir ibid. §. Per servum 2. 700.
§. Item adquirimus 695. §. Veteres 701.
§. Sed & per eum 697. §. Si ex parte ibid.
§. Per commune 698. §. Idem dicendum ibid.
§. Per eum ibid. §. Hæc, quæ 702.
§. Cæterum ibid. §. Per procuratorem ibid.
§. Et ideo ibid. §. Si jusserim ibid.
§. Quod si ibid. §. Municipes 703.
L. Possideri 3. De adquir. vel amit. poss. 704.
§. Et adipiscimur ibid. §. Neratius ibid.
§. Incertam ibid. §. Ex plurimis 707.
§. Ex contrario 708. §. Aves autem ibid.
§. In amittenda 710. §. Quidam ibid.
§. Sed & si ibid. §. Labeo 716.
§. Si quis 711. §. Si rem ibid.
§. Et si alii ibid. §. Illud quoque ibid.
§. Si servus 712. §. Sed si is ibid.
§. Saltus 713. §. Genera ibid.
§. Cæterum ibid. §. Vel etiam ibid.
§. Nerva 714. §. Quod autem ibid.
§. Item feras 715.
L. Post Senatusconf. 28. De petit. hered. 265.
L. Posteaquam placuit 21. De compens. 890.
L. Postumus 10. De vent. in possess. mitt. 1049.
L. Postuma 24. De liber. & post. 1054.
L. Potest heres 71. Ad leg. Falcid. 511.
L. Præceptoris 6. Ad legem Aquil. 323.
L. Prædonis loco 47. De petit. hered. 1177.
L. Præterea in causa 3. Manda. vel contra. 459.
§. Et quidem ibid.
§. Quod si ibid.
L. Præteritæ 6. De ser. cor. 249.
L. Prætoriæ 2. De prætor. stipul. 842.
§. Sicuti ibid.
§. Incertam ibid.
L. Prætoriæ 4. De prætor. stipul. 862.
L. Prætoris officium 5. De damn. infect. 5.
§. Si plures ibid. & 7.
§. Si & dominus ibid.
L. Princeps 21. De verb. signif. 158.
L. Proculus 18. De neg. gest. 127.
L. Procurator cui 58. De procur. 827.
L. Procurator tutorum 63. De procura. 1175.
L. Pro donato 1. Pro donato. 747.
§. Si pater 748.
§. Si inter ibid.
L. Pro derelicto 2. Pro derelicto. 748.
§. Sed Proculus ibid.
L. Pro emptore 2. Pro emptore. 737.
§. Separata ibid.
§. Si sub 740.
§. Sabinus ibid.
§. Si in diem ibid.
§. Sed & illa ibid.
§. Cum stichum 741.
§. Ejus bona ibid.
§. Tutor pupilli ibid.
§. Procuratorem ibid.
§. Si servus ibid.
§. Celsus ibid.
§. Pomponius ibid.
§. Si servus ibid.
§. Et si ibid.
§. Si à pupillo 744.
§. Si à furioso ibid.
§. Si eam rem ibid.
§. Etiam ibid.
§. Si defunctus ibid.
§. Emptori ibid.
§. Si rem 746.
L. Proinde si servum 22. Ad leg. Aquil. 324.
§. Item causæ ibid.
L. Pro legato 4. Pro legato. 749.
L. Promissor stichi 21. De constit. pec. 414.
§. Si sine ibid.
§. Constituto 415.
L. Promittendo dotem 41. De jur. dot. 550.
§. Sed si nuptiæ ibid.
§. Accepil ibid.
§. Si à debitore 552.
§. Si debitor ibid.
L. Pro parte 11. De servitut. 1180.
L. Proprie in sequestro 6. Depos. vel contra. 25.
L. Propter spem 23. Famil. ercisc. 343.
L. Proximus 92. De verb. signific. 1051.

L. Pu

L. Publicorum 2. De public. judic. 203.
L. Pupillo capienti 38. De pign. act. 1155.
L. Pupillus ult. De reb. auct. jud. possid. 777.
§. Ejus, qui ibid.
L. Pure mihi 5. De dol. except. 824.
§. Si cui 825.
§. Si donavi 826.
§. Actoris ibid.
§. Si servas 827.
§. Si eum ibid.
§. Non sicut 829.

Q

L. Quae actio 2. De fideicommiss. hered. pet. 278.
L. Quae propter 162. De reg. jur. 821.
L. Qua religiosis 43. De rei vindic. 386.
§. Sed si ibid.
L. Quaedam sunt personae 9. De edend. 37.
§. Nihil ibid. & 38.
§. Nummularios ibid. & 39.
§. Caeterum ibid.
§. Ad nos ibid.
L. Quem poenitet 5. De cession. bon. 759.
L. Quaeris si pacta 28. De pact. dot. 1020.
L. Quaesitum est 9. De distrac. pign. 958.
§. Pomponius 959.
L. Quaesitum est 34. De adopt. 1084.
L. Qualem autem 19. De recept. arb. 179.
§. Dicere ibid.
§. Unde videndum ibid.
L. Quandiu 89. De reg. jur. 1084.
L. Quamvis alienus 10. De dam. infect. 640.
L. Quamvis non adjiciat 11. De in jus vocand. 89.
L. Quamvis senatus 40. Ad SC. Trebell. 279.
§. Persona ibid.
§. Nihil ibid.
L. Qui certo loco 27. De condict. indeb. 402.
L. Qui cedit pen. De cession. bon. 759.
L. Qui damnare 3. De re judic. 209.
L. Quidam 132. De verb. oblig. 1108.
§. Filiusfam. 1110.
L. Qui de usufr. ult. Si ususfruct. pet. 1306.
L. Qui dolo 131. De reg. jur. 335.
L. Qui dotem 46. Solut. matrim. 1131.
L. Qui filiif. 14. De hered. vel act. vend. 510.
§. Si hereditas ibid.
L. Qui hereditatem 19. De acquir. hered. 770.
L. Qui in adoptionem 23. De adopt. 544.
L. Qui injuriae 3. De furtis. 585.
§. Si servus 586. *§. Qui alienis* 587.
§. Quod si ibid. *§. Si ex donatione* ibid.
L. Qui injuriarum 29. De constit. pec. 367.
L. Qui in servitutem 9. De bon. libert. 625.
L. Qui iter 2. Quemadm. ser. amitt. 311.
L. Qui jurasse 26. De jurejur. 218.
§. Si Pater ibid.
§. Jurisjurandi 219.
L. Qui jurato 16. Qui satisda. cog. 93.
L. Qui jussu 12. De iis, qui not. infam. 90.
L. Qui mandat. 56. De solut. 787.
L. Qui non facit 121. De reg. jur. 181.
L. Qui nominibus 44. De admin. & peric. tut. 1096.
§. Sed si ibid.
L. Qui occidit 30. Ad leg. Aquil. 325.
§. Pignori 326. *§. In hac* ibid.
§. Si quis ibid. *§. Si vulneratus* ibid.
L. Qui peculii 46. De pecul. 777.
L. Qui per successionem 194. De reg. jur. 1181.
L. Qui rem 166. De reg. jur. 653.
L. Qui rem 1. Vi bon. rapt. 334.
L. Qui repudiantis 17. De inoff. test. 896.
§. Cum contra 898.
L. Qui res suas 98. De salut. 1114.
§. Diversum ibid.
§. Huic ibid.
§. Rem 1115.
§. Mihi dare 1116.
§. Qui stipulatus 1117.
§. Mihi Romae ibid.
§. Si servus 1118.
§. Aream 1119.
L. Qui sella 7. De serv. rust. praed. 309.
§. In rusticis ibid. & 311.
L. Qui servum 20. De inter. in jur. faciend. 910.
§. In jure 913.
L. Qui servum 41. De neg. gest. 443.
L. Qui tacet 142. De reg. jur. 757.
L. Qui Titii 7. De his, quib. ut ind. &c. 1181.
L. Qui vetante 103. De reg. jur. 8.
L. Qui vias 31. De damn. infect. 874.
§. Si controversia ibid.
L. Quia & solvi 11. De pact. 51.
L. Quia naturalis 10. Ad S.C. Maced. 439.
L. Quia perinde 42. Ad S.C. Trebell. 280.
§. Restituta ibid.
L. Quia plerumque 3. De interr. act. 208.
L. Quia semper 5. De in jus vocand. 85.
L. Quia tantundem 7. De neg. gest. 123.
L. Quidam 22. De jurejur. 216.
L. Quid enim 14. De dolo malo. 147.
L. Quid ergo 2. Deposi. vel contra. 451.
L. Quin etiam 2. De calumn. 137.
L. Quo casu 12. De recept. arb. 176.
L. Quo defuncto 4. De leg. tut. 1169.
L. Quod contra legem pen. Ad leg. jul. repetund. 734.
§. Eadem lex ibid.
L. Quod dicitur 130. De verb. oblig. 1107.
L. Quod in convivio ult. De aleat. 257.
§. Si servus ibid. *§. Adversus* ibid.
L. Quod quis 146. De reg. jur. 788.
L. Quod quis ult. De his, quae pro non scrip. hab. 1090.
L. Quod Sen. Cons. 6. De injur. 753.
L. Quod servus 11. De in rem verso. 445.
L. Quod si artificem 32. De rei vind. 1194.
L. Quod si deferente 21. De dolo malo. 152.
L. Quod si de speciali 26. De minor. 25. ann. 157.
§. Quod si is ibid.
L. Quod si heres 10. De impens. in res dot. 565.
L. Quod si locus 11. De relig. & sumpt. fun. 389.
L. Quod si malit 14. De rei vindicat. 284.
L. Quod si oves 26. De petitio. heredit. 265.
L. Quod si vir 14. De donat. inter vir. & uxor. 828.
L. Quo lucidius 4. De dol. mal. except. 822.
§. Ideo ibid. *§. Et quidem* ibid.
§. Sed an dolo ibid.
L. Quo quidem casu 4. De rei vind. 282.
L. Quoniam 5. De iis, qui not. infam. 90.
L. Quotiens lex 41. De oblig. & act. 334.
§. Si eodem ibid.
L. Quotiens 91. De reg. jur. 1131.
L. Quotiens propter 14. De jurejur. 44.
L. Quotiens 2. De legat. 2. 865.

R

L. Recte dicimus 25. De verb. signific. 317.
§. Quintus Mucius ibid.
L. Rei appellatio 5. De verb. signific. 29.
§. Opere ibid.
L. Reipublicae 2. De jur. dotium. 778.
L. Rem alienam 41. De pigner. act. 943.
L. Rem legatam 18. De adim. vel transfer. leg. 1193.
L. Remittit 6. De jurejur. 214.
L. Restituere 35. De verb. signific. 212.
L. Restituere 75. De verb. signific. 683.

S

L. Saepe ita De verb. signific. 776.
§. Item ibid.

L. Sa-

LEGUM, ET PARAGRAPHORUM.

L. *Satisque pœnæ* 19. De in jus vocan. 8.
L. *Satisdationis* 61. De verb. signific. 803.
L. *Sciendum est* 18. Ex quibus caus. major. 167.
L. *Sciendum est* 25. De re judic. 778.
L. *Sciendum est* 70. De verb. signific. 845.
§. *Verba* ibid.
L. *Sciendum est* 19. De op. nov. nuntiat. 1153.
L. *Sed actio* 3. Si quis caution. 812.
L. *Sed alio jure* 2. Si ex noxal. cau. 94.
§. *Si absens* 95.
L. *Sed an viæ* 12. De pign. 810.
L. *Sed commodius* 4. De ser. cor. 249.
L. *Sed cum* 6. De bon. poss. 595.
§. *Bonorum* ibid.
§. *Notis* ibid.
L. *Sed & domino* 18. Rer. amot. 1032.
L. *Sed & eo nomine* 10. De noxal. act. 327.
L. *Sed & hæ personæ* 55. De procur. 108.
§. *Patronus* ibid.
§. *Non solum* ibid.
§. *Defendere* ibid.
L. *Sed & heres* 8. De ser. cor. 249.
L. *Sed & ipsi nautæ* 4. Nau. cau. stab. 196.
§. *Si nauta* ibid.
§. *Vivianus* ibid.
L. *Sed & is* 4. Quib. ex caus. in possess. catur. 768.
L. *Sed & loci* 4. Finium regund. 336.
§. *In judicio* ibid.
§. *Post litem* ibid.
§. *Sed & si* 338.
§. *Si dicantur* ibid.
§. *Si alter*, ibid.
§. *Qui communem* 339.
§. *Si communem* ibid.
§. *Non solum* 340.
§. *Finium* ibid.
§. *Hoc judicium* ibid.
§. *Sive via* ibid.
L. *Sed & si adjiciatur* 13. Pro socio. 479.
L. *Sed & si alia* 17. De constit. pec. 408.
L. *Sed & si adhuc* 9. Si quis omiss. caus. test. 633.
L. *Sed & si citeriore* 4. De constit. pec. 405.
L. *Sed & si decem* 12. De constit. pecun. 174.
L. *Sed & si cum* 2. De ventr. in possess. mitt. 619.
L. *Sed & si is* 21. De in jus vocand. 8.
L. *Sed & si plus* 9. De leg. præst. 606.
L. *Sed & si plures* 13. Qui satisda. cogan. 862.
L. *Sed eximendi* 4. Ne quis eum, qui in jus vocatus, &c. 89.
§. *Item si* 90.
§. *Prætor ait* ibid.
L. *Sed nec legatarius* 11. De condict. fur. 589.
L. *Sed non esse* 16. De injur. 633.
L. *Sed sicuti* ult. De Carbon. edict. 621.
L. *Sed si ante* 17. De except. 821.
L. *Sed si eum* 3. Ad Senatusconf. Vellej. 448.
L. *Sed si ipse* 14. Ad leg. Aquil. 323.
L. *Sed si ipse* 31. De peculio. 442.
L. *Sed si ita compromissum* 8. De recep. arb. 176.
L. *Sed si par* 2. De rei vind. 281.
L. *Sed si quis* 13. De consti. pecun. 407.
L. *Sed si rivus* 6. Finium regund. 341.
L. *Sed si tantum* 13. De pact. 51.
L. *Sed utrum* 14. De petit. hered. 259.
L. *Semel mora* 26. Solut. matrim. 566.
L. *Sempronius* 26. De usu, & usufr. leg. 1074.
§. *Si fundus* 1076.
L. *Senatus censuit* 52. De contrah. empt. 737.
L. *Sen. Con. Pisoniano* 8. De S.C. Syllan. 636.
L. *Sepulchra* 4. De sepul. viol. 386.
L. *Sequitur* 4. De usurp. & usucap. 720.
§. *Vsucapere* ibid.
§. *Pupillus* ibid.
§. *Furiosus* 722.
§. *Servus* ibid.
§. *Fructus* ibid.
§. *Quod autem* 723.
§. *Labeo* ibid.
§. *Ideoque* ibid.
§. *Item si* ibid.
§. *Item Labeo* 725.
§. *Si pupilli* ibid.
§. *Tunc in* 726.
§. *Sed & si* ibid.
§. *Idem dicendum* ibid.
§. *Heres* ibid.
§. *De illo* ibid.
§. *Sed & si* ibid.
§. *Si antequam* ibid.
§. *Lana ovium* 728.
§. *Si ex lana* 729.
§. *Si rem* 730.
§. *Si tu me* 731.
§. *Cæterum* ibid.
§. *Idem dicendum* ibid.
§. *Si fundum* ibid.
§. *Si dominus* ibid.
§. *Si viam* 733.
§. *Item si* ibid.
§. *Libertatem* ibid. & 734.
L. *Sequens quæstio* 68. De legat. 2. 1085.
L. *Servitus* 5. Quemadm. serv. amitt. 803.
L. *Servitutes* 3. De servitutibus. 306.
L. *Servius existimabat* 35. De man. test. 681.
L. *Servus cujus* 14. De iis, qui not. infam. 90.
L. *Servus legatus* 27. De adim. leg. 1135.
§. *Servo* ibid.
L. *Servus pignori* 3. De manum. 590.
L. *Servus, quod detulit* 20. De jurejur. 216.
L. *Servus tuus* 20. De dolo malo. 151.
§. *Si persuaseris* ibid.
L. *Servi venditor* 5. De evict. 518.
L. *Servum* 11. De manumiss. 797.
L. *Servis legatis* 81. De legat. 3. 1196.
§. *Mulieribus* ibid.
§. *Pecudibus* ibid.
§. *Armento* ibid.
§. *Ovibus* ibid.
§. *Ovium* ibid.
L. *Si ab arbitro* 10. Qui satisda. cogan. 861.
L. *Si à bonæ fidei* 21. De rei vind. 285.
L. *Si ab eo* 18. De pignor. 246.
L. *Si ab uno* 17. Ut leg. nom. cav. 640.
L. *Si à colono* 58. De fidejuss. 1141.
§. *Cum facto* ibid.
L. *Si actoris servus* 2. De eo, per quem fac. erit, &c. 99.
L. *Si ad patrem* 10. De suis, & legit. hered. 1183.
L. *Si à domino* 36. De pet. hered. 268.
§. *Sed &* 269.
§. *Si possessor* ibid.
§. *Si prædo* 270.
§. *Quo tempore* 271.
§. *Fructus* 272.
L. *Si ædes meæ* 38. De serv. urb. præd. 903.
L. *Si æstimata* 2. Pro dote. 750.
L. *Si ancilla* 62. De legat. 1. 620.
L. *Si à milite* 29. De testam. milit. 1052.
§. *Miles* 1053.
§. *Edictum* ibid.
§. *Patri* ibid.
L. *Si apud filiumfam.* 21. Depo. vel contra. 779.
§. *Plus Trebatius* ibid.
L. *Si autem* 4. De bonis libert. 623.
§. *Si libertus* 624.
§. *Si deportatus* ibid.
§. *Si extraneus* ibid.
L. *Si bona fide possessor* 11. De nox. act. 97.
L. *Si colonus* 5. De aqua, & aq. plu. arc. 666.
L. *Si commissa* 13. Rem ratam, &c. 869.
L. *Si communis familia* 9. De nox. actio. 588.
L. *Si communis servus* 29. De stipul. serv. 842.
L. *Si contendat* 23. De fidejuss. 372.
L. *Si convenit* 6. De rescind. vend. 26.
L. *Si convenerit* 18. De pign. act. 423.
§. *Si nuda* 424.
§. *Si fundus* ibid.
§. *Si quis* 425.
§. *Servus* 426.
L. *Si creditores* 5. De separat. 1097.
L. *Si cum filiofam.* 9. De compen. 496.
§. *Sed si* ibid.
L. *Si cum servo* 4. De injur. 757.
L. *Si cum villico* 16. De instit. act. 430.

L. Si

L. Si cum uno 21. De except. rei jud. 455.
L. Sicut aliud est 1. De rer. permut. 500.
§. Unde ibid.
§. Item ibid.
§. Ideoque 501.
§. Igitur ibid.
L. Sicut emptio 20. Locat. & conduct. 521.
§. Sed donationis ibid.
§. Interdum ibid.
L. Sicut non 6. De itinere, actuq. priv. 804.
L. Si debitor 7. Quæ in fraud. 786.
L. Si de interpretatione 37. De legib. senatusque cons. 879.
L. Si domum 45. Locati. 333.
§. Si hominem ibid.
L. Si donata res 36. De donat. inter vir. & uxor. 558.
§. Sponsus ibid.
L. Si duo rei 5. Si quis caution. 813.
§. Item ibid.
§. Æque ibid.
L. Si duo rei 128. De verb. oblig. 1082.
L. Si duo rei 34. De recep. arb. 193.
§. Semel commissa 194.
L. Si duobus 37. De milit. testam. 1047.
L. Si duorum fundorum 42. De act. empt. 915.
L. Si ego hac mente 24. De neg. gest. 366.
L. Si ego tibi 6. Quod vi, &c. 805.
L. Si emancipatus 6. De bon. poss. cont. tab. 603.
§. Quod si ibid.
§. Nepote ibid.
§. Filio ibid.
§. Si filius 604.
L. Si eo loco 9. Si serv. vind. 313.
§. Item Iulianus 314.
§. Qui latiore 315.
L. Si eum, qui 5. De exerc. act. 429.
§. Penult. ibid.
L. Si & rem 22. De petit. hered. 262.
L. Si ex duobus 17. De noxal. act. 328.
§. Si plures 329.
L. Si ex stipulatione 5. De Adquir. possess. 797.
L. Si familia 9. De jurisd. omn. jud. 31.
L. Si filius 12. De interrog. in jur. faciend. 208.
§. Exceptionibus ibid.
L. Si filius 5. Rem pupil. &c. 869.
L. Si filiusfam. 39. De test. mil. 1062.
L. Si filiusfam. 5. Quod cum eo, qui in alie. potest. 437.
§. Si filio ibid.
§. Sed si ibid.
L. Si filiofam. 25. Solut. matrim. 561.
§. Maritum 562.
§. Si post 563.
§. Si qui ibid.
§. Si vir ibid.
L. Si filiofam. 2. Quar. rer. act. non datur. 830.
§. Si in alea ibid.
§. Si servus ibid.
L. Si fundo 53. De evict. 871.
§. Si cum ibid.
L. Si heres 5. De eo, quod certo loc. 402.
§. Si tamen ibid.
L. Si hereditatem 4. De petit. hered. 13.
L. Si id, inquit 2. Quod fals. tut. auctor. 170.
L. Si id, quod pure 7. De rescind. vend. 997.
§. Si pupilli ibid.
L. Si in adoptionem 11. De bon. poss. cont. tab. 604.
§. Exemplo ibid.
L. Si in emptione 34. De contr. empt. 504.
§. Omnium 506.
§. Liberum ibid.
§. Item si ibid.
§. Rei sua ibid.
§. Alia 507.
§. Si emptio 508.
§. Tutorem ibid.
L. Si in lege 24. Locat. & conduct. 523.
§. Si colonus 525.
§. Si domus ibid.
§. Sed & ibid.
§. Colonus 526.
§. Qui in plures 528.
L. Si in rem actum sit 6. De rei vindic. 99.
L. Si in pignore 54. De fidejuss. 947.
L. Si in re communi 19. De noxal. act. 329.
§. Si servi ibid.
§. Si servus 332.
L. Si in singulos 4. De ann. legat. 787.
L. Si intercedat 1. De ser. urb. præd. & alias 21. De ser. 308.
§. Si usufructus ibid.
L. Si insulam 84. De verb. oblig. 854.
L. Si is, cujus 31. Ex quib. caus. major. 689.
L. Si is, qui obtulit 7. De rei vind. 154.
L. Si is, qui solvendo 7. De hered. instit. 762.
L. Si is, qui tres 31. De excus. tut. 1034.
§. Idem 1035.
§. Illa ibid.
§. Eum ibid.
§. Caterum ibid.
L. Si ita legatum 103. De condit. & demonst. 1100.
L. Si ita pater 10. De rit. nupt. 139.
L. Si ita stipulatus 126. De verb. obligat. 965.
§. Titius 966.
§. Chrysogonus 968.
§. Si ita ibid.
L. Si ita stipulatus 55. De fidejuss. 1090.
L. Si laborante 2. Ad leg. Rhod. de jactu. 529.
§. Si conservatis 533.
§. Cum in eadem 535.
§. Si navis 536.
§. Portio ibid.
§. Servorum ibid.
§. Si quis 538.
§. Si res 539.
§. Res autem ibid.
L. Si legati 28. De pignor. 949.
L. Si legatum 2. De edend. 35.
L. Si liber homo 36. De neg. gest. 973.
L. Si locatum 42. Locat. & conduct. 198.
L. Si locus 34. De relig. & sump. fun. 797.
L. Si mandatu 59. Manda. vel contra. 849.
§. Ille illi ibid.
§. Paulus ibid.
L. Si mandavero 22. Manda. vel contr. 461.
§. Item ibid.
§. Interdum ibid.
§. Si hi 466.
§. Iulianus 467.
§. Is, cujus ibid.
§. Qui Ædem 468.
§. Si tibi ibid.
§. Si mandaverim 469.
§. Fugitivus 470.
§. Si curator ibid.
§. Sicut 472.
L. Si modo 23. De usur. 566.
L. Si mulier contra 21. De eo, quod met. caus. 143.
§. Quod metus ibid.
§. Qui possessionem 144.
§. Si dos ibid.
§. Si metu 1. 145.
§. Si metu 2. ibid.
L. Si mulier 21. Rer. amot. 570.
§. Si servus 571.
§. At si in dotem ibid.
§. Rerum 572.
§. Commodi ibid.
§. Hæc actio ibid.
§. Nec viro ibid.
L. Si mulier 9. Testam. quemad. aper. 632.

L. Si

L. Si nepos 5. De conjung. cum emanc. 1182.
L. Sin autem 27. De rei vind. 293.
§. Possidere 295.
§. Si homo ibid.
§. Sed & is 296.
§. Si per filium ibid.
§. In rem petitam 297.
L. Si non expedierit 6. De reb. auct. jud. poss. 768.
§. Si pupillus 769.
§. Quod ergo ibid.
L. Si ob turpem 8. De condic. ob tur. cau. 936.
L. Singulis 6. De except. rei judic. 819.
L. Si optione 10. Ad exhibend. 373.
L. Si patronus 45. De bonis libert. 1064.
L. Si patronum 44. De bon. libert. 1024.
§. Patronus 1025.
§. Si ex bonis ibid.
L. Si pater dotem 12. De pact. dotal. 553.
§. Ex pactis ibid.
§. Si mulier 554.
§. Si fundo ibid.
§. Si pacta ibid.
L. Si petitor 8. Judic. solvi. 855.
L. Si pignori 29. Famil. ercisc. 359.
L. Si plures heredes 9. De vi, & vi arm. 799.
§. Dejectum ibid.
L. Si plures simul 2. De pop. act. 14.
L. Si plures sint 9. De pact. 785.
§. Cumulum ibid.
§. Summæ ibid.
L. Si pœnam 18. De verb. oblig. 27.
L. Si possessor 32. De relig. & sump. fun. 385.
§. Si eodem ibid.
L. Si possideam 2. Pro legato. 749.
L. Si post datum 14. De procur. 104.
L. Si post moram 10. De eo, quod certo loco. 975.
L. Si posteaquam 43. De peculio. 443.
L. Si præcedente 58. Manda. vel contra. 984.
§. Lucius ibid.
L. Si prægnaus 42. De evict. 689.
L. Si procurator 9. De doli except. 477.
L. Si pro te præsente 40. Manda. vel contra. 134.
L. Si publicanus 4. De public. & vectig. 687.
§. De rebus 688.
§. In omnibus ibid.
L. Si pupillus 43. De adm. & peric. tut. 1098.
L. Si pupillus 4. De tribut. act. 434.
L. Si pupillus 21. Ad leg. Falcid. 1091.
§. Si ego 1092.
L. Si quasi 16. De hered. vel act. vend. 510.
L. Si quis ab alio 7. De calumn. 137. & 139.
§. Si ut filiosam. 140.
§. Cum Publicanus ibid.
L. Si quis alienam 46. De act. empt. 1146.
L. Si quis creditorem 14. Quib. ex caus. in possess. eatur. 921.
§. Sed si ibid.
§. Creditor ibid.
L. Si quis cum 29. Comm. divid. 906.
§. Pomponius ibid.
L. Si quis delegaverit 12. De novat. 456.
L. Si quis dolo 2. Si quis aliq. test. prohib. 630.
§. Fratris ibid.
§. Si fidei 631.
L. Si quis enim 40. De relig. & sump. fun. 924.
L. Si quis hac lege 3. De serv. export. 680.
L. Si quis inficiatus 13. Depos. vel contra. 452.
§. Competis ibid.
L. Si quis interrogatus 8. De interrog. in jur. fac. &c. 332.
L. Si quis legaverit 72. De legat. 1. 654.
L. Si quis mancipiis 17. De institor. act. 431.
§. Si servum 433.
§. Si impubes ibid.
§. Ejus ibid.
§. Proculus ibid.
§. Ex hac ibid.
L. Si quis negotia 23. De neg. gest. 259.
L. Si quis negotia 25. De nego. gest. 383.
L. Si quis prægnantem ult. De collat. bon. 619.
L. Si quis pro eo 46. Manda. vel contra. 852.
L. Si quis pro eo 56. De fidejuss. 1112.
§. Item si 1113.
§. Si nummos ibid.
§. Pro furti 1114.
L. Si quis rem 30. De recept. arb. 183.
L. Si quis servo 84. De legat. 2. 1133.
L. Si quis servum 7. Si quis caution. 815.
L. Si quis societatem 74. Pro socio. 790.
L. Si quis solutioni 24. De usur. 567.
§. Cum reus ibid.
§. Mora videtur 569.
L. Si quis sub conditione 1. De curat. bon. dand. 763.
§. Quod si nihil ibid.
§. Sed si grave ibid.
L. Si quis sub hoc 56. De contrah. empt. 680.
L. Si quis testamento 81. De leg. 2. 1063.
L. Si reliquero 8. De legit. tutor. 580.
L. Si res mobilis 10. De rei vindic. 282.
L. Si semel 26. De peculio. 442.
L. Si servus ante 48. Ad leg. Aquil. 581.
L. Si servus 11. Judicat. solvi. 855.
L. Si servus depositus 22. De noxal. act. 228.
§. Is qui 229.
§. Quod est ibid.
§. Dominus 230.
§. Si negavit ibid.
L. Si servus mancipium 57. De ædil. edict. 1018.
§. Quod si ibid.
L. Si servus quem pen. Commod. vel contra. 333.
L. Si Servus 14. De adquir. possess. 811.
§. Tutore ibid.
L. Si servus rapuerit 3. De vi bon. rapt. 750.
L. Si servus 4. De reb. auct. jud. possid. 764.
§. Si quis ibid.
L. Si servi 10. Ususfruct. quemad. cav. 592.
L. Si servo 26. De adim. leg. 1065.
§. Quid ergo ibid.
L. Si servo 84. De hered. instit. 1144.
§. Idem ibid.
§. Item ibid.
L. Si servum 17. De accusation. 1184.
L. Si sine dolo 20. Depos. vel contra. 237.
L. Si sint pen. De tab. exhib. 818.
L. Si socer 44. Solut. matrim. 1022.
§. Lucius 1023.
L. Si socius 16. De reb. cred. 493.
L. Si socii sumus 28. Pro socio. 780.
L. Si statua 27. De injur. 386.
L. Si sterilis 21. De action. empt. 515.
§. Si prædii ibid.
§. Quamvis 516.
§. Cum per ibid.
§. Si tibi 517.
§. Sed & si ibid.
§. Qui domum 518.
L. Si Sticho 53. De peculio. 1084.
L. Si stipulatus 76. De verb. oblig. 238.
§. Cum stipulamur 239.
L. Si sub impossibili 29. De fidejuss. 240.
L. Sit actio 4. De dolo malo. 145.
L. Si tamen 11. De procur. 104.
L. Si tantum 12. Ad S.C. Maced. 440.
L. Si testamento 31. De servit. urb. præd. 639.
L. Si tibi alienam 7. Locat. & conduct. 519.
L. Si tibi decem 17. De pact. 54.
§. Quædam 55.
§. De pignore 56.
§. Si quis ibid.
§. Si pactus 57.

Index Alphabeticus Legum, & Paragraphorum.

Ad verf. & hoc Julianus 58.
§. Pactum 59.
§. Cum possessor 60.
§. Filius ibid.
L. Si tibi 8. Usufru. quemad. cav. 864.
L. Si Titio 22. De pign. & hyp. &c. 1186.
L. Si tutor 17. De auct. & conf. tut. 97.
L. Si tutoris jussu 2. Quod jussu. 445.
§. Si jussu domini ibid.
§. Si jussu meo ibid.
L. Sive autem 12. De leg. præst. 627.
L. Sive de itineris 6. Si men. fal. mod. dix. 367.& 372.
L. Si vendideris 9. De evict. 871.
L. Si vero malæ fidei 12. De rei vind. 282.
L. Si vero mihi 8. De constit. pec. 406.
L. Si via, iter 26. De servit. rust. præd. 638.
L. Si unus ex argentariis 27. De pact. 66.
§. Si cum reo 73.
§. Pactus ibid.
§. Illud 76.
§. Pacta 77.
§. Si cum 79.
§. Sed si stipulatus 80.
§. Sed si generaliter ibid.
§. Item si 81.
§. Si acceptilatio 82.
§. Servus ibid.
L. Si unus ex sociis 67. Pro socio. 493. & 494.
§. Si unus 494.
§. Si quid 495.
§. Non alias ibid.
L. Si usufructus 21. Quib. mod. usufr. amit. 1167.
L. Si usumfructum 23. De liberali causa. 682.& 683.
§. In summa ibid.
§. Si mater ibid.
L. Si vulneraveris 43. Loca. & condu. 316.
L. Si uxor 28. Rer. amot. 1032.
L. Societas coiri 1. Pro socio. 479.
§. In societate ibid.
L. Solet à principe 10. De his, qui not. infam. 102.
§. Quæ virum ibid.
L. Solent enim 2. De alcat. 257.
§. Senatusconsultum ibid.
L. Spatiumque 5. De edendo. 35. 36.
L. Sponsio 7. De verb. signific. 30.
L. Statuliberos 25. De statulib. 1197.
L. Stichum 55. Ad leg. Aquil. 1139.
L. Subsignatum 39. De verb. signific. 690.
§. Bona ibid.
§. Detestari ibid.
§. Incertus ibid.
L. Substitutio 42. De acquir. rer. dom. 163.
L. Sub diversis 51. De cond. & demonst. 1172.
L. Supra iter 11. De aqu. pluv. arc. 672.
§. Cassius 673. & 674.
§. Apud Ferocem ibid.
§. Officium 676.
§. Quod si ibid.
§. Si ex privato 678.
§. Trebatius ibid.

T

L. Tenetur Faviana 5. Si quid in fraud. 625.
§. In actione ibid.
L. Titius cum decederet 43. De act. emp. 1001.
L. Titius, qui 21. De jur. fisc. 961.
L. Titius servum 9. De ser. expo. 998.
L. Titio cum morietur 15. De usufruct.& quemad.&c. 1196.
L. Trebatius 25. De damn. infect. 872.
L. Tutela est 1. De tutelis. 577.
§. Tutores ibid.
§. Mutus ibid.
§. Surdum 579.
L. Tutelas etiam 7. De capit. min. 159.
§. Injuriarum 160.
§. Si libertate ibid.
§. Item cum ibid.
L. Tutor ad utilitatem 22. De adm. tut. 53.
L. Tutor incertus 20. De testam. tut. 579.
§. Testamento ibid.
L. Tutor lege 16. De pign. act. 420.
§. Contrarium 421. §. Etiam ibid.
L. Tutor pupilli 35. De jurejur. 216.& 227.& 402.
§. Prodigus 216. & 228.& 402.
§. Qui non ibid.
L. Tutor, qui 10. De auctor. tut. 368.
L. Tutor, vel curator 36. De rit. nupt. 1020.
L. Tutoris quoque 15. De pact. 53.

V

L. Ubi domicilium 2. De reb. auct. jud. possid. 750.
L. Ubicumque 105. De regul. jur. 17.
L. Ubi non voce 224. De regul. jur. 206.
§. Furiosus ibid.
L. Vel ab eo 2. De dolo malo. 145.
L. Vel alium 10. De recept. arb. 176.
L. Vel filiorum 4. De jurejur. 214.
L. Vel in operis 36. De procur. 108.
L. Vel judicio 20. De procur. 105.
L. Vellejano 1. Ad SC. Vellej. 446.
§. Nam sicut ibid. §. Æquum 447.
L. Vel luxuriosum 2. De ser. cor. 249.
L. Vel mortis causa 2. De publ. in rem act. 240.
L. Vel per literas 2. Si men. fal. mod. dix. 370.
§. Sed si ego ibid.
L. Vel quæ in usum 7. De pign. 809.
L. Vel similem 5. De alien. jud. mut. caus. fac. 163.
L. Vel solvendi 4. De publ. in rem act. 240.
L. Vel totum 2. De tab. exhib. 798.
L. Veluti cum lege 77. Pro soc. 987.
L. Veluti si 7. De edend. 35. 36.
§. Hæc vox. ibid.
L. Veluti si in dotem 23. De relig. & sumpt. funer. 383.
L. Venditor hereditatis 21. De hered. vel act. vend. 1121.
L. Veniunt in hoc 9. Fam. ercisc. 341.
L. Ventri 20. De tutor. & curat. datis, &c. 1188.
§. Curatorem ibid.
L. Verbum oportebit 8. De verb. signif. 46.
§. Actionis ibid.
L. Verum est 3. De bon. poss. sec. tab. 623.
L. Videamus 17. Quod metus causa. 885.
L. Vinum, quod mutuum 22. De reb. cred. 325.
L. Unde si Nerva 79. Pro soc. 987.
L. Voluntate 10. Quib. mod. pign. vel hypo. solv. 959.
§. Creditor ibid.
L. Urbis appellatio 2. De verb. signif. 15.
L. Usurpatio 2. De usurp. & usucap. 719.& 803.
L. Ususfructus in multis 4. De usufr. & quemad.&c. 22.
§. Et extat 23.
L. Ut quandoque 9. De capit. minut. 160.
L. Ut scriptus 12. De bon. poss. sec. tab. 1049.
L. Ut tamen merx 2. De tribut. act. 434.
L. Ut tantum veniat 14. De ser. cor. 252.
§. De filio 254.
§. Si servus ibid.
§. Si is ibid.
§. Pignoris 255.
§. In hac actione ibid.
§. His consequenter ibid.
§. Item non solum ibid.
§. Æstimatio ibid.
§. Interdum ibid.
L. Utique autem 16. De rei vind. 284.
§. Culpa ibid. & 303.
L. Utique 22. De recept. arb. 180.
L. Vulneris magnitudo 8. De injur. 755.
L. Uxor marito 55. De donat. int. vir. & uxor. 1030.
L. Uxores viri 9. De iis, qui not. infam. 90.

GRÆ-

GRÆCARUM
DICTIONUM
Quæ continentur in hoc Secundo Tomo Operum Postumorum.
INTERPRETATIO
HACTENUS DESIDERATA.

PAg. 7. ἐπὶ τὸ δεσπόσαι, ad dominium obtinendum.
pag. 8. ἀορίστως, interminatè. *bis ead. pag.*
pag. 9. στραγγαλίζειν, obtorquere.
ἀπὸ πυλῶνος, ϗ λυτρῶ, ϗ θεάτρω, à janua à balneo, & theatro.
pag. 28. στωϊκώτερον, secundum stoicos, subtilius.
pag. 30. τὸ τυχὸν ἔργον, qualecunque opus.
pag. 32. προσδιορισμὸς, restrictio, limitatio.
pag. 36. πρὸς Τιμόθεον, ad Timotheum.
οἱ τραπεζῖται εἰώθασιν ὑπομνήματα ἐκφέρειν ὧν, &c. solent argentarii monumenta, commentarios edere eorum, quæ &c.
pag. 40. κολλυβισταὶ, trapezitæ.
κέρμα, nummulus, ærusculus.
pag. 44. ἀμφίβολα, dubia.
pag. 45. τὸ κρινόμενον, subjectum.
περὶ ὃ ἂν ἡ βουλὴ, de qua re agitur.
pag. 48. τὰ παλαιὰ συμβόλαια τῶν χρεοφιλούντων ἔκαμψεν, vetera creditorum monumenta combussit.
pag. 50. συνθεσίας, &c. fœdera inire.
pag. 64. τῇ δυνάμει, vi ipsa. *pluries ead. pag.*
pag. 65. τῇ ἐνεργείᾳ. Τῇ δυνάμει, actu, potestate, vi ipsa.
pag. 66. τῇ δυνάμει, vi ipsa. *bis ead. pag.*
pag. 75. φαίνεσθαι, ἢ ἀναφαίνεσθαι παραχρῆμα, comparere, sive existere statim.
εἰ συνένευσεν, ϗ ἐν τῷ δευτέρῳ συμφώνῳ; modo & posteriori pacto annuerit.
pag. 77. τῇ δυνάμει, vi ipsa, potestate.
ἰσοδυναμεῖν, parem vim habere.
ἰσομερείας, ἰσονομίας, æquæ divisionis, æquæ distributionis.
pag. 78. ὁμοίως τὰς ἐν τοῖς λόγοις ὁμολογίας, ὥσπερ τὰς ἐν τοῖς ὅρκοις, pariter in sermonibus, quæ profiteretur, ac in sacramentis.
pag. 79. ἰσοδυναμοῦσαν, parem vim habentem.
pag. 84. ὡς τὴν μέλλουσαν συμβήσεσθαι ζημίαν; tanquam damnum, quod futurum est.
pag. 85. παχυμερῶς, non subtiliter.
pag. 88. Ἔστιν δὲ μήτηρ φίλος τέκνῳ μᾶλλον, est filio mater admodum amica.
Μήτηρ μέν τ' ἐμέ φησι τοῦ ἔμμεναι, me quidem mater ipsius esse dicit.
Αὐτοκασιγνήτω, τώ μοι μία γείνατο μήτηρ; Germanos, quos una mihi genuit mater.
Μή με κτεῖν', ἐπεὶ οὐχ' ὁμογάστριος Ἕκτορός εἰμι, ne me interimas, uterinus enim Hectoris frater non sum.
Ὅς τοι ἑταῖρον ἔπεφνεν ἐνηέα τε κρατερόν τε; Qui mitem tibi interfecit, ac fortem socium.

ἐπὶ μητρὸς οὐδεὶς ἐκποιητὸς; nemo adoptivus matris.
pag. 92. διὰ τῆς γονῆς ἀδηλίαν, ob incertum generis.
pag. 97. ἐνστάσει, ἀντιπαραστάσει, pugnaci contentione, obsistentia.
ἔνστασις, ἀντιπαράστασις, contentio pugnax, depulsio.
pag. 105. δίδωσιν, dat.
pag. 113. ἀμηχανία, rerum difficultas.
pag. 118. ϗ κινῶν ἕτερος μετὰ ταῦτα, ἐκβάλλεται δόλου παραγραφῇ, aliusque postea litem instituens, repellitur except. doli.
pag. 129. κἂν μὴ ᾖ ἡ διοίκησις ἡνωμένη, licet connexa non sit administratio.
ἡ διοίκησις ἐχωρίσθη, administratio separata est.
pag. 144. στραγγαλιὰς βιαίων συναλλαγμάτων, laqueos contractuum vi factorum.
pag. 160. νόμου τεθέντος, lege lata.
pag. 179. τὸν ψῆφον, sententiam.
πολυπραγμονεῖν, investigare sedulo.
pag. 182. ἐπιγραφὴν, inscriptionem.
pag. 188. ἀπρόσωπος, sine persona.
pag. 189. κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, prima ratione. *pluries ead. pag.*
φλεγμονὰς, inflammationes.
κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, ἐφ' ἑαυτῷ, ϗ ἀμέσως, ἀλλὰ κατὰ τὸν δεύτερον λόγον, prima ratione, vi sua, & sine medio, sed secunda ratione.
πλοκὴ, implicatio. *bis ead. pag.*
pag. 190. δικαζόμενον, οὐ δικάζοντα, in judicium vocatum, non vocantem.
pag. 191. συνδικαστὴς, alius arbiter, qui simul judicat.
pag. 193. τῇ δυνάμει, vi ipsa. *bis ead. pag.*
pag. 194. σχῆμα, figura.
pag. 195. αἱρέσεως, haeresis.
pag. 196. ναυφύλακας, navis custodes. *pluries ead. pag.*
χειρέμβολον, manus injectio. *pluries ead. pag.*
μεσοναυτῶν, nautarum in media nave remos agentium.
μηχανικοῖς, mechanicis.
pag. 214. καθ' ὑμῶν, ἢ κατὰ παίδων ὀμνύναι, per vestrum, vel liberorum caput jurare.
pag. 216. πρὸς ἀντιδιαστολὴν, ad differentiam.
pag. 217. ἄδεκτον δικαστηρίου, ϗ ἀπρόσωπον, judicii suscipiendi incapax, & sine persona.
pag. 220. ὁμοιότητα, similitudinem.
ταυτότητα, identitatem.
pag. 223. κλέπτης, furis, ἀπὸ τοῦ καλύπτειν, ab abscondere.
pag. 230. ψυχῇ δεσπόζοντος, animo domini.
pag. 248. τὸ ἀνάλογον αὐτοῖς, portionem ipsis pro rata.

Græcarum Dictionum

pag. 249. κλέπτῃ δ' ἐς νυκτὸς ἀμείνω, furi autem noĉte utiliorem.
ἄφαντον, perditum.
pag. 250. καταδρομον, funem decurſorium.
ἓν πρὸς ἕν, unum ad unum.
pag. 255. οὐ δίδοται, &c. non datur extra rem duplum.
pag. 257. ἀνακόψαι, impedire, retinere.
pag. 258. πένταθλον, quinquertii.
παγκράτιον, παμμάχιον, pancratium.
pag. 270. κατὰ φυσικὴν φθορὰν, κατ' οἰκείαν μοῖραν, ex naturali corruptione, ſua morte.
pag. 272. ὑπερβολικῶς, per exuperantiam.
pag. 288. ἔμβλημα, emblema, vaſis ornamentum, quod avelli poteſt.
ὑπεροχὴν, præſtantiam:
pag. 289. πνεύματος τινὸς διὰ πάσης οὐσίας διοικοῦντος, quodam ſpiritu per naturam omnem permeante.
διηρημένα, diſſita; disjuncta.
pag. 292. ἔμβλημα, Emblema.
pag. 295. ἔγγραφον διαμαρτυρίαν, ſcriptam teſtationem.
pag. 296. κατὰ παρακολούθησιν; per ſequelam.
pag. 299. καλλιγράφοι, bene ſcribentes, librarii:
εὐπρεπῶς, decenter.
pag. 304. διάλυτον, ἀσύνθετον, ſolutum, incompoſitum.
pag. 305. ἐμβατευτικὸν, ſuperficiarium. *pluries ead. pag.*
ἐμφυτευτικὸν, emphyteuticum.
ἐμβατεύειν, ἐμβατεῦσαι, deſcendere, inambulare.
καὶ ἐπορεύθησαν ἐμβατεῦσαι τὴν γῆν, & profecti ſunt deſcendere, pedem ponere in terram.
pag. 308. ἐμβατευτικὸν, ſuperficiarium.
pag. 309. ἀμηχανία, rerum difficultas.
pag. 316. πολυάνδρεια, coemeteria.
pag. 317. πλοκὴν, implicationem.
ἀπὸ τοῦ κοινοῦ, ex communi:
pag. 323. ἐκρήγνυμι τὸν ὀφθαλμὸν, oculum effundere.
pag. 337. εἰργασμένους, αὐτομάτους, qui induſtria percipiuntur, qui ultro promanant.
pag. 338. αὐτομάτους, qui ſua ſponte promanant.
pag. 342. οὐκ ἀναστρέφει ὁ λόγος, non convertitur ſermo.
pag. 360. εἰς τὸ ἐναῤῥύσασθαι ὅλον τὸ ἐνέχυρον, ut luat totum pignus.
pag. 361. εἰ μὴ ἄρα ὑπὲρ τὸ δέον ὑπερθέματιστοῦ, niſi quidem ſupra juſtum pretium licitus ſit.
pag. 362. θετικῶς, συγκριτικῶς, poſitive, comparatè.
pag. 374. κέρδος ἐστὶν ἡ τοῦ σκοποῦ ἀποπληρώσεως, lucrum eſt ad ſcopum pervenire.
pag. 381. ἀμφίβολα, dobia.
pag. 390. μονόπλευρος, δίπλευρος, qui ex altera parte parit obligationem, qui ex utraque.
pag. 392. ἐν προχρείᾳ, in promutuo.
pag. 394. συγκριτικῶς comparatè.
pag. 395. κιστοφόρους, ciſtoferos.
σφραγιστήριον, Iconium:
χαρακτὴρ, Character.
pag. 401. ἀντονομασία, nota, quæ fit vice nominis.
pag. 405. φάσμα, viſio, ſpectrum:
pag. 419. ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων ἑκούσιος, contractuum initium voluntarius.
pag. 421. ἀνυπεύθυνον, non obnoxium.
ἐμβατευτικὸν, ſuperficiarium: *pluries ead. pag.*
pag. 422. ἐμφυτευτικὸν; ἐνοικικὸν, Emphyteuticum; ſuperficiarium.
pag. 423. προτιμήσεως, prælationis. *pluries ead. pag.*
pag. 430. εἰς ὑποδοχεὺς τῶν καρπῶν, tanquam fructuum ſuſceptor.
pag. 447. πλεῖστα τῶν λειτουργημάτων, pleraque munerum publicorum.
pag. 448. Οὐκ ἔστιν ἐν γυναικὶ πλείστη χάρις, non multa eſt in muliere gratia.
pag. 449. ἀναφορὰν, regreſſum. *pluries ead. pag.*
Ἀλλ' ἔστιν ἡμῖν ἀναφορὰ τῆς συμφορᾶς, ſed nobis eſt regreſſus ad calamitatem.
ἀπατώμεναι, ἀπατῶσαι, deceptæ, decipientes.
pag. 459. ἀντίδωρον, remuneratio:
pag. 479. εἰς ἀπέραντον, in infinitum:
pag. 483. ἐπὶ διαλύσει τῆς κοινωνίας, ad diſtrahendam ſocietatem.
pag. 487. περὶ τῶν ἀπιόντων εἰς Ἱεροσόλυμα, de in Hieruſalem migrantibus.
Θεῷ προσεγγισμὸν τοπικὴ μετάθεσις οὐ κατεργάζεται, ad Deum accedere loci tranſmutatio non efficit.
διὰ δημοσίαν ἀποδημίαν, ob publicam profectionem.
pag. 489. πόῤῥω τὰ φρυγῶν, καὶ περσῶν ἐστὶν ὁρίσματα, Phrygum, & Perſarum termini longè abſunt.
pag. 491. ἀναλόγως, pro rata:
pag. 492. κατ' ἐξαίρετον, per præſtantiam:
pag. 495. τὸ δανεῖσαι, οὐκ εἶναι σύγχρησιν, fœnerare, non eſſe converti in proprios uſus.
pag. 496. μηδὲ κασιγνήτῳ ἴσον ποιεῖσθαι ἑταῖρον, nec fratri parem amicum facito.
: . . . . οὐ μέν τι κασιγνήτοιο χερείων.
Γίνεται ὅς κεν ἑταῖρος ἐὼν πεπνυμένα εἰδῇ, non quidem germano fratre inferior eſt, qui ſocius cum ſit, prudenter, ſapienterque noverit.
pag. 498. ἐξ ὑποθέσεως, κατὰ συνθήκην; ex communi conſenſu.
ὁ χαρακτὴρ ἐτέθη τοῦ πόσου σημεῖον, forma poſita eſt quantitatis nota.
οἶνον ὠνοῦντο, οἶνον ἠγόραζον, vinum emebant, vinum comparabant.
pag. 499. ἀμείβειν, ἀλλάττειν, πρίασθαι, ὠνεῖσθαι, permutare, mutare, emere, vendere.
Ῥήϊδιον γάρ ἔπος εἰπεῖν, βόε δὸς καὶ ἄμαξαν, Ῥήϊδιον δ' ἀπανήνασθαι. Facile enim dicere boves da, & plauſtrum, facile autem recuſare.
pag. 501. βεβαιωταὶ, προπωλητῆρες, adſtipulatores, venditorum ſponſores.
pag. 503. ἔλλειψιν, ellipſin.
pag. 504. συνάλλαγμα, contractus:
ἀνώνυμον, nominis expers:
pag. 510. ἐπώνιον, quod ob res venditas fiſco inferebatur.
pag. 515. ἐμφατικῶς, ſignificanter:
pag. 530. εὐνομία, καὶ ἡ ἐπιμέλεια περί τε τὴν ἄλλην πολιτείαν, καὶ πρὸς τὰ ναυτικὰ, recta legum inſtitutio, & cura & ad cœtera, quæ ad res Civitatis pertinent, & ad nauticas.
pag. 533. γυμνωθέντα χρήματα, res nudatas.
pag. 534. συμβολὴν, contributionem, collationem.
ἀποβολῆς γινομένης ὁ ἔμπορος πρῶτος ῥιπτέτω, cum facienda jactura eſt, mercator primus projiciat.
pag. 535. ἀναλόγως, pro rata.
pag. 544. ἀνώνυμος, innominata, nominis expers:
συγγενὴς, cognatus.
pag. 545. μεταφραστὴς, interpres.
ἀνώνυμος, innominata. *bis ead. pag.*
τῶν σημείων, ſignorum.

συ-

Digitized by Google

Interpretatio hactenus desiderata.

τεκμήριον, ἀνώνυμον, σημεῖον, indicium, nomine non designatum, signum.

pag. 548. Θεοὺς, Deos.

νομιζόμενος γονεὺς, οἰόμενος γονεὺς, qui creditur, qui putatur Pater.

τὸ εὐπρεπὲς, καὶ τὸ σεμνὸν, decus, & honestum.

διὰ τὸ εὐπρεπὲς, honestatis gratia.

pag. 549. μητρὸς, μητρυιᾶς, matris, novercæ.

pag. 552. κυρίου, dominus.

pag. 556. ὀξυμαχία, tenue jurgium.

τὴν ὀργὴν μανίαν ὀλιγοχρόνιον εἶναι, iram furorem brevem esse.

pag. 559. φέρε, τὸν δάκτυλον λάβε, age, digitum accipe.

καὶ καταφαρμεῖ τοὺς δακτύλους, τὰς συνθήκας ἐκδίδοσιν, & accipit digitos, pacta, conditiones tradunt.

pag. 564. τὸ πλάτος βασιλικῶν, extensos Basilicon libros.

pag. 566. πράσιμα, venalia.

pag. 567. μονὰ, mora.

ὑπερθέσεως μόνης χάριν, producendi duntaxat gratia.

pag. 570. οὐκ ἐστὶν ἄξιον, æquum non est.

pag. 579. ἀρχαϊσμὸν, archaismum.

pag. 581. τὰ εὔφημα, τὰ νομιζόμενα, digna, legitima justa.

χαρίστια, munera, quæ mutuò sympofia agitantes cognati mittebant.

pag. 582. χαρίστια, ἐφέστια, munera, quæ ultro citroque mittebantur inter cognatos, familiaria.

τὰ ὀφειλόμενα, ἀπροσδεκτα, debita, quæ dabantur ut ferrentur.

pag. 584. κελαινὼ, Celæno, nigra.

μυθολογικῶν, mythologicis.

κλέπτῃ δὲ τε νυκτὸς ἀμείνω, furi autem nocte utiliorem.

pag. 586. πρόθεσις, propositum.

pag. 594. διασαφητικὴ, ad aperiendum, explanandum posita.

pag. 598. σχεδαρίῳ, pugillari.

pag. 616. ἀναλογία, partium mensura; modus.

pag. 628. τεχνικῶς, μεθοδικῶς, secundum artem, ex artis ratione.

pag. 638. ἁρμόζει κατὰ τοῦ χρῆσιν ἔχοντος ὁ ἀκύλιος, datur contra usufructuarium Aquilia.

ἀόριστος, sine terminis.

pag. 640. ἐκ τῆς ἰδίας ἑρμηνείας, ἢ τοῦ ψεύδους, οὐκ ἐκ τῆς τοῦ πραίτορος αὐθεντίας, ex propria interpretatione, dicto, sive mendacio, non ex Prætoris edicto.

pag. 641. ἐμβατευτικὸν, superficiarium.

pag. 642. ἐμφυτεύσεως, emphyteusis.

pag. 650. ἀληθινὸν ἐστὶν οὐκ ἀπορηματικὸν, certum est; non dubium.

pag. 663. ἐν πλάτει, πλατύτερον, cum laxamento, latius.

pag. 666. περὶ ὑδάτων, de aquis.

pag. 673. παραλληλισμὸς, ejusdem, aut similis vocis repetitio.

pag. 674. παραδιάζευξις, falsa disjunctio.

pag. 676. ἄπρεις, inanis.

pag. 683. ἐπώνιον, quod ob res venditas fisco infertur.

pag. 688. ὀνόματι τοῦ τέλους, vectigalis nomine.

pag. 689. ἀποσπασμάτια, fragmenta.

pag. 696. παχυμερέστερον, crassius.

πλοκὴ, implicatio.

pag. 706. ἀορίστως, interminate, sine terminis.

διὰ τὸ ἀόριστον, ex eo, quod fines desunt.

pag. 708. καὶ ἐπέθηκαν, & posuerunt super caput ejus causam scriptam.

ἔγραψε δὲ, &c. scripsit autem titulum Pilatus.

pag. 715. κατηργημένα ζῶντα, inclusa animalia.

pag. 753. μήτε σφοδρότερον, μήτε παρακελευστέον, nec acerbe nimis, nec omnia prætermittens.

pag. 754. ἐπιγράμματα, epigrammata. *bis ead. pag.*

pag. 756. ...... πρό τε παίδων πρό τε γυναικῶν, pro liberis, & pro uxoribus.

pag. 768. πρὸς διαστολὴν, ad differentiam.

pag. 772. τὴν καθόλου νομὴν τῶν δανειστῶν, creditorum possessionem in genere.

pag. 776. λαμβάνομεν, accipimus.

pag. 785. ὑπερημερίαν, ἐκεχειρίαν, dilationem.

pag. 806. εὐώδης κυπάρισσος, bene olens cupressus.

pag. 816. πολυπράγμονα, curiosum, anxium.

pag. 817. πολυπράγμων, curiosus.

pag. 819. ἀμηχανίαν, rerum difficultatem.

pag. 820. παχυτερὸν, crassius, pinguius.

pag. 826. τὸν μετὰ προκατάρξιν, qui post litem contestatam.

pag. 830. ἀναβολαῖα, subices pedanei.

pag. 831. πανδέκται, omnia continentes.

pag. 832. ἀπὸ κοινοῦ, ex communi.

pag. 836. τὴν βασιλικὴν δῆθεν τὸ βουλευτήριον ἡ ἀγορὰ παρέλαβε, basilica, nempe Senatus à foro suscipitur.

pag. 841. ζεῦγμα κατ' ἔλλειψιν, Zeugma per ellipsin.

ζεῦγμα, Zeugma.

pag. 859. προσφωνῶς βεβαιωτὴς, sponsor, adstipulator.

pag. 876. ἐγχειρίζειν τὴν κληρονομίαν, ad hereditatem manus admovere.

θετικῶς, comparatè.

pag. 879. παντὸς ἀμφισβητουμένου δικαίου, κριτήριον εἶναι δοκεῖ κάλλιστον, ὁ χρόνος, omnis dubii juris, interpres optimus esse videtur tempus.

pag. 883. διαθέσει, &c. proposito, gratum faciendi; non animo repetendi.

οὐκ ἐν γυναικὶ φύεται πλείστη χάρις, non est in muliere multa gratia.

pag. 884. κατὰ πρόληψιν, ex præsumtione.

pag. 889. διὰ τοῦ σώματος, κατὰ τὸ σῶμα, ex corpore, secundum corpus.

pag. 891. ἐπὶ τῷ συμψηφισμῷ, in adstipulatione, in adprobatione.

pag. 895. ἱερὰν νόσον, sacrum morbum.

κατ' εὐφημισμὸν, boni omnis gratia.

ψευδόμενοι δ' ἱερὰν φημίζομεν, falsò sacrum dicimus.

pag. 896. νόσος ὀλεθρία, morbus noxius.

pag. 898. μονομερῶς, una parte duntaxat præsente.

pag. 901. κατὰ συναρπαγὴν, per obreptionem.

οἱ γινώσκοντες τὸ ἴδιον δίκαιον, οἱ γινώσκοντες τὸ οἰκεῖον δίκαιον, qui jus suum norunt.

pag. 902. ἐξ ἀντιδιαστολῆς, ex adverso.

pag. 905. ἐν ὑπονοίᾳ τῆς καταδίκης, opinione condemnati.

pag. 909. τὸ εἰς διαίρεσιν καθ' αἵρεσιν δικαστήριον, judicium communi dividundo.

pag. 913. ὁ ἐθέλων ἐκδικῆσαι, qui vult vindicare.

pag. 917. ὡς ἐν ἐπιχειρήματι τὸ ἐναντίον, τοῦ ἐναντίου λογισμοῦ παρασκευάσει, tanquam in argumentatione contrarium, contrariæ rationis apparatu.

pag. 924. λείψανα, reliquiæ.

pag. 925. ἄτιμον εἶναι, minime decorum esse in funeris elatione ab amicis, &c.

ἡγεμονικὸν, principale.

pag. 930. ἰδιοχειρόγραφον, propria scriptura.

ἀποδοῦναι τὸ ἀργύριον δόκιμον, probatum argentum reddere.

καθὼς ἔλαβες, δόκιμον ἀπόδος, prout accepisti, probatum redde.

pag. 941.

Græcarum Dictionum Interpretatio hactenus desiderata.

pag. 941. συνεστῶτος τοῦ δικαστηρίου, stante judicio.
pag. 955. ἀντίστροφον, reciprocum, & inversum ordinem. plures ead. pag.
ταυτολογία, ejusdem rei repetitio.
ἀντιστρέφοντος, inversi, & reciproci ordinis.
pag. 957. ἀντίστροφον, reciprocus ordo, & inversus; bis ead. pag.
pag. 958. τὰς γεωμετρικὰς, germetricas.
pag. 963. ἐπὶ πάντων τῶν εἰρημένων θεμάτων, in omnibus thematibus, quæ posuimus.
pag. 966. πρωθύστερον, præposterum.
δέκα, καὶ ἀνὰ δέκα, decem, & dena.
pag. 968. ἀπροσώπως, persona non adjecta.
pag. 970. ἀπροσώπως, persona non adjecta.
pag. 971. ἀντινομία, legum contrarietas.
pag. 981. ἀλλ' οὐ τοῖς βαρέως, sed non iis, qui graviter, &c.
pag. 1007. εἰς δύο ἀρχὰς, ad duo principia.
ἀνώνυμοι, ἀκατονομάστοι, innominati, nomine non designati.
pag. 1008. συναλλάγματος, contractus.
συνάλλαγμα, contractus.
pag. 1010. διάψαλμα, rhythmi commutatio.
pag. 1012. ἀντίστροφον, ordo reciprocus, & involutus.

pag. 1014. ἐὰν βλάψῃ, si læderetur.
pag. 1020. μὴ ἀπαιτηθῆναι, non repeti.
pag. 1027. ἀπὸ κοινοῦ, ex communi.
pag. 1030. διὰ τὴν θάλψιν τῶν γάμων, ob favorem nuptiarum.
pag. 1039. διχασταὶ divisores.
pag. 1046. παρετυμολογεῖ, etymon tradit.
pag. 1051. ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut plurimum.
pag. 1083. τὸ ἰσάζον, par causa.
τὸ ἰσάζον τῶν πραγμάτων, τὸ ἰσάζον τῶν προσόντων, parem causam negotiorum, & parem causam rerum præsentium.
pag. 1084. τὸ ἰσάζον, æqualitas. *bis ead. pag.*
pag. 1093. ἐλευθέρεια, festa instar liberorum.
pag. 1110. τὸ μᾶλλον, magis.
pag. 1115. μελιτροφεῖα, alvearia.
pag. 1118. τὸ ἰσάζον, æqualitas. *bis ead. pag.*
pag. 1130. γραμματεῖον, quod solvitur civitati, in quam migramus.
pag. 1159. διὰ τὸ κατὰ τῶν συγγενῶν τρέφεσθαι, ex eo, quod à cognatis alantur.
pag. 1171. πένης, πτωχὸς, pauper, egenus.
pag. 1198. ἀστράγαλον, talum.
pag. 1200. τὸ δὲ καθ' ἕκαστον διαιρετικὸς, hoc quidem singula dividens.

JACOBI

JACOBI CUJACIJ J.C.

IN LIBRUM PRIMUM PAULI AD EDICTUM COMMENTARII,

SEU

RECITATIONES SOLEMNES,

Anno 1584.

PRÆFATIO.

ANTE diem quartum nonarum Sextilium ; quo die cœpi me onere deponere ; feci in poteſtate veſtra ut ſtatueretis interim quid mihi eſſet interpretandum ; & alii quidem mox accepta conditione , rogati tamen ſententiam prius optarunt Codicis , cui muneri mos ſcholæ exigit , ut impendatur opera , librum quartum , ſatis jam longo tempore dicentes me extra morem , & ordinem ſcholæ , veluti extra carceres evagatum , & vel nunc tempus eſſe regredi , quod dicitur , ad limen atque gradum . Quos ego , non dicam dolo , non audiebam libenter : revocabant enim me in viam vulgarem , & à me jam ter quaterque peractam , revocabant tractanda , recitanda rurſus ea , quæ neſcius non eram haberi inter omnes , qui juris ſtudioſi ſunt . Et multo certe gratiores mihi fuerunt , qui his ſupervenerunt , & me invitavere ad libros Pauli ad edictum : jucundior enim ſemper fuit mihi tractatio juris , quam Conſtitutionum , quia , & eadem multo plus acuminis , & eruditionis , multo plus nervorum , & momenti habet . Accedit etiam, quod interpretando libros Pauli ad edictum , ſimul una ſaliva , & Vlpiani libros ad edictum interpretabimur , & in conſpectu , & luce clara conſtituemus ſenſum , & ordinem omnem edicti perpetui , qua re nulla poteſt eſſe juris ſtudioſo utilior . Cum Deo igitur , cujus ſemper numen adveneror , & adoro , rogoque ut ſtudia cujuſque veſtrum foveat , ſanitate ſemper reddita allaborantibus , qui ex veſtro numero ſunt non pauci , & huic meo inſtituto adſit placatus propitiuſque .

Ad L. ult. de Juriſdict. *Extra territorium jus dicenti impune non paretur . Idem eſt , & ſi ſupra juriſdictionem ſuam velit jus dicere .*

CUM hac l. conjungenda eſt *l.26. & 28. ad municip. & l.7. de admin.rer.ad civitat. pertin. & l. in honorariis 6. de oblig. & act.* quoniam hæ omnes ſunt de magiſtratibus municipalibus, quas omnes ordine interpretabor, excepta *l. in honorariis* , quam decrevi prætermittere , quandoquidem eam non ita dudum ſum interpretatus. In *l.ult.de Juriſdict.* Paul. ait, *eum, qui non obtemperat jus dicenti extra territorium , id impune facere , id ei non eſſe fraudi . Idemque eſſe , ſi quis non obtemperet ei , qui jus dicit ſupra juriſdictionem ſuam* . Quia juris dicendi verbo utitur, ex eo apparet, eam l. pertinere ad magiſtratus , non ad judices datos, qui

A jus non dicunt , ſed judicant, cognoſcunt, arbitrantur tantum . Sed videamus ad quos magiſtratus pertineat . Alii ſunt magiſtratus urbani , alii provinciales , alii municipales. Si pertineret ad magiſtratus urbanos, non diceret,*extra territorium , ſed extra urbem* , vel *extra terminos urbis* , *ut l. 1. in pr. & §. initio , l. ult. de offic. præf. urb.præfecti urbi nulla eſſe poteſtatem , cum exiit terminos urbis* , id eſt , nullam ejus eſſe poteſtatem extra terminos urbis,qui clauduntur centeſimo miliario. Unde apud Herodianum lib. 2. prætoriani milites,qui exauctorantur, & faceſſere jubentur ultra centeſimum miliarium , jubentur excedere terminos urbis: Præfecti igitur urbi extra territorium, extra centeſimum miliare , nullam eſſe poteſtatem : extra urbem poſſe eum jubere, judicare,poſſe judicem dare, quæ eſt pars mixti imperii, & juriſdictionis, *l.3. h.t.* extra urbem, intra ter-
B minos tamen , non extra terminos urbis . Non pertinet etiam hæc lex ad magiſtratus provinciales , quoniam ad eos ſi pertineret, non diceret , extra territorium , ſed extra provinciam , vel extra provinciæ terminos, *l.10. & l.16.C.*

Theod. de accusat. Intra terminos provinciæ, in qua crimen admissum est, accusationem instituendam esse, apud præsidem ejus provinciæ, non extra. Nec igitur præsidis cujusquam extra suam provinciam potestatem ullam, aut notionem esse: quamobrem, & quem præses prohibet pro alia postulare citra infamiæ notam, is in ea tantum provincia non recte postulat, cui præest is, qui sententiam dixit. Cæterum in alia provincia, si ut dixi, non sit notatus infamia sententia præsidis recte postulat, *l. ex ea causa, inf. de postul.* At quia hæc l. proprie pertinet ad magistratus municipales dicit extra territorium. Est enim territorium universitas agrorum unius oppidi, aut municipii, vel coloniæ, *l. pupillus, §. pen. de verbor. sign.* Est, ut eleganter Siculus Flaccus lib. de limitibus agrorum ait, universa limitatio municipii, sive pertica: nec usquam ea appellatio terminis attribuitur urbis Romæ, vel provinciæ cujusquam, qui longissimi sunt, sed municipii tantum circumsepto permodico. Proinde, vel sola territorii appellatio ostendit, hanc legem proprie pertinere ad oppidaneos, sive municipales magistratus, qui plerunque, ut erant, & duumviri appellabantur. Et ita *l. duumvirum 53. C. de decur. lib. 10.* ait: *duumvirum non impune extollere potestatem fascium extra metas territorii propriæ civitatis:* ipse, qui jus extra territorium dicit, id non facit impune. Is tamen, qui ei non obtemperat, id facit impune. Et *potestatem fascium*, inquit, quia, & duumviri jus virgarum in sævitia habebant, *l. 12. h. tit. l. si privatus 17. inf. qui, & à quib. manum.* Et fasces, aut bacilli eis præferebantur, *M. Tull. 2. Agrar.* Cæteris in coloniis duumviris anteibant lictores cum bacillis: Capuæ cum fascibus duobus. Duumviro autem impune non paretur, non tantum si velit jus dicere extra territorium, sed etiamsi velit jus dicere supra modum jurisdictionis suæ, puta de re, vel summa majore, quam ei per leges liceat. Nec enim magistratus municipalis jus dicere potuit de quacunque re, vel summa, sed de minore tantum lege definita. De majore notio erat præsidis provinciæ. Paul. 5. sent. *Res*, inquit, *judicatæ videntur à magistratibus municipalibus usque ad summam, qua jus dicere possunt.* Idem Paul. hoc ipso lib. in *l. inter 28. ad munic. Inter convenientes, & de re majori apud magistratus municipales agi.* Unde ad *l. ult.* addenda est hæc exceptio: *Nisi inter convenientes, inter consentientes.* Nam si ex conventione litigatorum magistratus municipalis de re majori aditus sit, de ea re jus dicenti litigatores morem gerere debent: qui morem gerere detrectat, id non fert impune. Conventio litigatorum prorogat jurisdictionem. Conventio privatorum non dat jurisdictionem nullam habenti jurisdictionem, vel apertius, non dat jurisdictionem privato, *l. privatorum 3. C. de jurisd.* At magistratus jurisdictionem prorogat, *l. 1. de judic. l. 14. de jurisdict.* Sicut, & notionem judicis, dati forte ad certam summam, etiam prorogat conventio litigatorum, *l. de qua re, §. 1. de judic.* Ad hæc quærit Accurs. *in d. l. ult.* an magistratus, qui usque ad certam summam dumtaxat jus dicere potest, exempli gratia usque ad aureos 100. si supra eam summam jus dixerit, an rata sit sententia saltem intra summam 100. aureorum superfluo detracto, vel circumscripto? Et veriss. est, irritam prorsus sententiam esse, quia res una est, summa una est, quæ petita est, quæ invito actore dividi, aut scindi non potest. Qua ratione etiam qui pro debitore certæ pecuniæ fidejussit, in majorem quantitatem nullo modo obligatur, quia una summa est, quæ divisionem non recipit invito creditore, *l. Græce 8. §. illud, de fidejussorib.* Et idem est statuendum de judice dato, ut quodcumque pronuntiat, vel facit, per omnia irritum sit, si ad officium, vel cognitionem ejus non pertineat, *l. factum 170. de regul. jur.* Idem Accurs. *in h. quæst. l. ult.* facit differentiam inter jurisdictionem contentiosam, quæ redditur inter invitos litigatores, in reum invitum: & voluntariam, quæ exercetur inter volentes, ut inter patrem, qui emancipare, & filium, qui emancipari vult. Facit, inquam, differentiam, quasi possit magistratus voluntariam jurisdictionem exercere extra territorium, non etiam contentiosam, quod certe in magistratu municipali, de quo est l. ult. non est verum. Tantum enim abest, ut magistratus municipalis, qui scil. etiam habet voluntariam jurisdictionem; nec enim omnis magistratus municipalis eam habet: sed & qui habet utramque jurisdictionem, tantum, inquam, abest, ut voluntariam extra territorium exercere possit, puta admissis iis, qui liberos emancipare, aut servos manumittere, vel etiam adoptare aliquem in filii, vel nepotis locum volunt, ut nec præses provinciæ, qui summum imperium habet, eam exercere possit extra suam provinciam: Nam soli proconsuli hoc jus datum esse legimus, ut statim atque urbem egressus est, etiamsi nundum pervenerit in provinciam, habeat jurisdictionem voluntariam, puta ut apud eum manumissiones, & emancipationes, & adoptiones fiant, atque etiam dum è provincia redit in urbem, quoad ingressus sit portam urbis, *l. 2. de offic. procons. & l. emancipari 36. §. 1. de adopt.* Et ita Plin. *lib. 6. Epist. 16.* apud proconsulem Bæticæ, in itinere, cum Bæticam proficisceretur, servum quendam vindicta fuisse manumissum. Majus fuit proconsulis imperium, quam præsidis: majus fuit imperium proconf. quam præsidis, id est, Legati Cæsaris. Præsides, qui dicuntur specialiter, sive Legati Cæsaris provincias obtinent, missu Cæsaris. Proconsules autem provincias obtinent sorte, & auctoritate Senatus. Cura provinciarum proconsularium ad Senatum pertinet, non ad Cæsarem. Dico proconsulis esse majus imperium, quia extra provinciam proconsularem, quæ ei mandata est, voluntariam jurisdictionem exercere potest, non etiam Legatus Cæsaris, quia proconsul de statu personarum cognoscere potest, non etiam præses, sive Legatus Cæsaris, *l. 1. C. de ordine judiciorum.* Plin. libro 10. Epist. 77. *Senatusconsulta, quæ ad status causas pertinent, de his tantum provinciis loqui, quibus proconsules præsunt:* qui locus valde illustrat d. l. 1. fuit tamen provincialibus gravius, & molestius procoss. quam præsidum imperium. Qua de causa apud Corn. Tacit. 1. *annal.* Achaja, & Macedonia postulat levari se proconsulari imperio, & tradi Cæsari, hoc est, se regi à Legato Cæsaris, non à proconsule. Cur ita? Sane quia ex Senatu, qui forte mittebantur, rapaciores erant, quam qui delectu Cæsaris, nulla forte ducta, mittebantur in provincias Cæsaris: & quia cum dignitate procoss. longe præcellerent (erant enim proconsules spectabiles, præsides clarissimi: procoss. Senatorii ordinis, præsides plerunque inferioris ordinis) cum inquam procoss. dignitate præcellerent, & consequenter majoribus impendiis provincias, quas obtinebant, onerabant. Porro de magistratibus municipalibus est etiam *l. 26. ad municip. ex eod. lib. 1. Pauli ad edictum.*

Ad L. XXVI. Ad municipal. *Ea, quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest.*

Ad §. Magistratibus *municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bonæ rei servandæ causa juberi possidere, aut dotis servandæ causa, vel legatorum servandorum causa.*

HÆc l. ait, ea, *quæ sunt magis imperii, quam jurisdictionis, magistratus municipalis exequi, aut facere non potest.* Ubi uno verbo, ne id vos turbet, tollamus errorem Accurs. Non sunt confundendi magistratus municipales cum defensoribus civitatum, quod tamen ille facit semper. Magistratus municipales erant instar Consulum Romanorum: defensores civitatum instar tribunorum plebis, unde etiam dicuntur defensores plebis. Non etiam per omnia verum est, quod idem ait: *Magistratum municipalem neque habuisse merum, neque mixtum imperium.* Non habuisse merum sane verum est, at non habuisse mixtum falsum omnino est, quia jurisdictionem habuerunt, & jurisdictio nunquam sine mixto imperio est. Unde & mixto imperio nomen, quod perpetuo jurisdictioni commixtum sit, quodque eam perpetuo comitetur, eique commisceatur, alioqui ridicula esset jurisdictio, si nullæ essent imperii vires jurisdictioni permixtæ eo sublato. (†) Constituamus igitur magistratus municipales jurisdictionem, atque adeo mixtum imperium habere, sed ea, quæ sunt magis

---

(†) *Vide Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 4.*

Digitized by Google

gis mixti imperii, & majoris cujusdam potestatis, quam jurisdictionis nudæ, magistratus municipales non habere: quod declarat propositis his exemplis: *Magistratum municipalem non posse restituere in integrum, hoc reservari præsidibus provinciarum: magistratum municipalem non posse bona rei servandæ causa, id est, crediti vel dotis servandæ causa, quæ mulieri soluto matrimonio restituenda est, vel legatorum servandorum causa, si eorum nomine non caveatur legatario: non posse inquam vice cautionis, quæ non præstatur, jubere bona possideri, quoniam hæc magis sunt imperii, quam jurisdictionis.* Et utique hoc reservandum majori potestati, puta præsidi provinciæ. Ait: *Rei servandæ causa, aut dotis servandæ causa, aut legatorum servandorum causa*, adde, *vel damni infecti nomine*, ob id, quod vicinus vicino cavere recusat damnum infectum, non posse magistratum municipalem mittere in possessionem ejus rei, ex qua B
damnum timetur. Missio in possessionem magis est imperii, quam jurisdictionis, & soli magistratui provinciæ competit, non municipali, nisi ei mandata sit ea potestas à præside provinciæ: eam igitur magistratus municipalis non habet suo jure, sed ex mandatu præsidis, *l. pen. §. ult. de officio ejus, cui mand. est jurisdict.* quod & Ulp. primo ad edictum scribens de eadem cautione damni infecti notat, plerumque à præside mandari magistratibus municipalibus, puta ut jubeant damni infecti caveri, & ut vice cautionis mittant eum, qui sibi caveri desiderabat in possessionem earum ædium, ejusque partis ædium, ex qua damnum timebatur, *l. 1. & 4. §. 1. de dam. infect.* Eademque de re scribens Ulpian. eod. lib. 1. notat *in l. 4. de jurisdict. jubere cavere prætoria stipulatione, puta damni infecti, vel qua alia cautione prætoria, & mittere in possessionem cautionis vice magis esse* C
imperii, quam jurisdictionis. Et ideo id exequi magistratus municipales non posse sine mandato præsidis.

Ad Legem V. de damno infecto. *Prætoris officium est, ut missus in possessionem, etiam eam per longi temporis spatium in suum dominium capere possit.*

Ad §. Si plures *sint domini, qui cavere debent, & aliquis non caveat, in portionem ejus mittetur. Et contra, si aliquot sint, qui caveri sibi desiderant, & alius pretiosiores, alius viliores habeat ædes, sive unius domus plures habeant partes dispares: tamen non magnitudine dominii quisque, sed æqualiter mittentur omnes in possessionem.*

Ad §. Si & dominus *proprietatis, & fructuarius desideret sibi caveri damni infecti, uterque audiendus est. Nec enim injuriam sentiet promissor, non plus cuique præstaturus, quam* D
quod ejus intersit.

Libro 1. ad edict. Paul. scripsit de jurisdictione, & officio duumvirorum, sive magistratuum municipalium, ad edictum de damno infecto, quo prætor, vel præses duas res magistratibus municipalibus injungit, & mandat, cautionem, & possessionem, ut Ulpian. ait in *l. 4. §. 1. de dam. infec.* cætera suæ jurisdictioni reservat, quæ pertinent ad causam damni infecti. Arcta & exigua admodum res est jurisdictio magistratuum municipalium: Nam & finibus angustis circumscribitur, nempe territorio proprie civitatis: Extra territorium nulla est. Et certo quoque modo, certave quantitate & summa, supra quam, & eorum nulla est potestas, nisi inter consentientes, ut Paulus docuit *in h. lib. 1. l. ult. de jurisd. l. 28. ad municipal.* Item ea, quæ magis sunt imperii, E
quam jurisdictionis, suo jure magistratus municipales exequi non possunt: ut ecce non possunt in integrum restituere, non possunt cavere prætoria stipulatione, non possunt vice cautionis in possessionem mittere, non possunt jubere possidere, quod eod. libro idem Paulus ostendit *in l. 26. ad municipal.* quoniam ea omnia magis sunt imperii, quam jurisdictionis, majoris scil. potestatis sunt, non potestatis cujuslibet, non magistratus cujuscumque, *l. 4. de jurisdict.* Ea, inquam, magistratibus municipalibus suo jure non competunt, mandari tamen iis, & delegari possunt à prætore, vel præside, qui ea suo jure habent: mandari potest cognitio restitutionis in integrum, *l. ult. ubi, & apud quem cognit. rest. in integr.* mandari potest, ut jubeant interponi cautionem prætoriam, & ut detrectantem cavere puniant, misso adversario in possessionem ejus rei, de qua agitur, *l. pen. §. ult. de officio ejus, cui mand.* Quod etiam specialiter in illo edicto de damno infecto expressum est, nimirum, ut si res damni infecti celeritatem desideret, & periculosa prætori, vel præsidi dilatio videatur, si ex ea causa sibi reservet jurisdictionem, tum magistratibus municipalibus injungat, & mandet, ut ipsi jubeant cavere damni infecti: & ut reo non cavente actorem, qui damnum timet, & qui eum sibi caveri desiderat, mittant in possessionem ejus rei, ex qua periculum timet, *l. 1. de dam. infec.* Qua ex causa tria decreta interponi solent (ea mihi venia sit latius exponere) Si vicini tui ædes ruinosæ esse videantur, ita ut timeas, ne decidant in tuas, forte depressiores, easque demoliant, & res, quæ in eis sunt, corrumpant, postulare potes à prætore, vel pro prætore in provinciis, ut jubeat tibi vicinum, qui ædium earum dominus est, cavere damni infecti, id est, de damno nondum facto, sed quod tu factum iri speras: quandoquidem si hac cautione tibi non prospexeris, plerumque eveniet, ut ædibus illis in tuas prolapsis nulla tibi de damno dato, nisi ex magna causa, in eum detur actio, *l. 6. h. t.* Postulanti .a. tibi cautionem damni infecti, prætor ex decreto, ut ipsemet ait in edicto, *l. 7. h. t.* jubet vicinum, ad quem pertinent ædes vitiosæ, tibi caveri damni infecti, hoc fere modo: quod earum ædium loci operisve vitio quandocunque tibi damnum contigerit, ejus rei nomine, quanti ea res erit, tibi heredive, successorive tuo, eive, ad quem ea res pertinebit, tantam pecuniam recte præstari. Et hæc formula cautionis damni infecti. At si huic decreto prætoris non pareat dominus vitiosarum ædium, id est, si neque fulciat, aut reficiat ædes suas, neque tibi caveat damni infecti, pœnæ causa, & cautionis vice ex alio decreto prætor mittit te in possessionem earum ædium, vel ejus partis ædium, ex qua damnum times, *l. si finita 15. §. si quis damni, hoc tit. l. 1. inf. quibus ex causis in possess.* Qua quidem missione contrahitur jus prætorii pignoris, *l. 23. de pecul.* id est, ex eo decreto tibi ædes vicini pignori esse incipiunt, tu incipis esse custos earum ædium pignoratitius, non possessor proprie. Neque enim dominus earum ædium possessione expellitur: sed simul cum eo jubet te prætor esse in possessione, ut saltem tædio ejus rei extorqueas ei cautionem damni infecti, *d. l. si finita 15. §. si quis autem*. Aliud est esse in possessione, longe aliud possidere, *l. 10. de acquir. poss.* Id vero decretum quo te prætor mittit in possessionem, è tribus secundum est, quod ex hac causa interponitur, at quantum ad possessionem attinet, primum est. Quod si post hoc decretum adhuc vicinus perseveret non cavere, tunc prætor ex tertio decreto, quod similiter quantum ad possessionis causam attinet, est secundum, & ita appellatur in *d. l. si finita, §. Julianus*, expulso domino vitiosarum ædium, ut ait *d. lex si finita, §. ubi autem:* plane jubet te solum eas ædes possidere, & per continuationem possessionis earum ædium, eas tibi usucapere permittit, *d. l. si finita, §. Julianus, §. si de vectigalib. in fin. l. ii, cui pignor. 12. l. damni 18. §. pen. l. cum postulassem 44. §. 1. hujus tit. l. 3. §. ult. de acquir. possess.* Hic est ordo, qui servatur in causa damni infecti. Et duas quidem res priores interdum prætor, vel præses mandat magistratibus municipalibus, vel delegat, nempe cautionem, & missionem in possessionem, puta ut jubeant magistratus municipales cavere damni infecti ei, quem ea res continget: & nisi ei caveatur, quem ea res contingit, quia ex ea re timet damnum, ut eum mittant in possessionem ædium, quæ ad ruinam proclives esse videntur. Et hoc est, quod ait *l. 4. §. 1. hujus tit.* duas res prætorem, vel præsidem injungere magistratibus municipalibus, cautionem, id est, ut habeant, & curent caveri damni infecti prætoria stipulatione, & possessionem, id est, missionem in possessionem ex primo decreto: cætera prætorem, vel præsidem suæ jurisdictioni reservare, ut si post primum decretum possessionis nolit cavere, ex secundo jubeat actorem ædes ruinosas jure dominii possidere, & reficere tanquam suas, atque etiam usucapere, vel ut missum in possessionem, si qua causa justa id suadeat, jubeat discedere de possessione, ut *d. l. si finita, §. item*

videamus, *l. de die 28. §. tutor, Qui satisd. cog. l.6. §. ult. ut* A *in possess. legat.* Unde recte Paul. *in h. l.5.* prætoris officium esse, ut missus in possessionem, ex primo decreto scilicet, etiam ex secundo decreto eam rem possidere, & per longi temporis spatium usucapere possit. Prætoris, inquam, vel præsidis, non duumvirorum, quoniam hoc postremum decretum prætor suæ jurisdictioni reservare solet: quanquam & id quoque si vellet, mandare posset, quia ei jure magistratus competit, & *possidere*, inquit, & *usucapere*, quia prætor dominum facere non potest, *l. qui usumfruct. si usufruct. pet.* sicut nec heredem facere potest, *§. quod. a. Inst. de bon. possess.* sed potest facere tantum possessorem jure dominii: possessorem vice domini possessorem ejus conditionis, ut jure civili per usucapionem dominium adquirere possit: usucapio, non prætor dominum facit, usucapio, quæ à ll. proficiscitur non à prætore, ut M. Tull. ait, non à patre re- B linquitur, & in *d. l. si finita, §. Julianus, & §. seq. & l. 1. de dam. insec.* dominum constitui secundo decreto, id est, dominum possessionis, non dominum proprietatis, sive possessorem jure dominii, ut ait *l. 7. de usufruct. & d. l. si finita, §. illud quæritur.* Et ibidem alienationem fieri, alienationem possessionis scil. non proprietatis citra usucapionem. Et in *l. 5. communi divid. Si jussi sumus* (hæc sunt verba legis) *eas ædes possidere, ut ex hoc dominium earum nancisceremur*, id est, si ex possessione nobis à prætore data, eaque continuata legitimo tempore jure usucapionis dominium earum nancisceremur. Et quod summe notandum est, in *l. 3. §. 1. de reb. eorum, qui sub tut.* cum dixisset, ex primo decreto à prætore vicinum, qui damni infecti sibi caveri velit, recte mitti in possessionem rerum pupillarium, quod deinde subjicit, *ut procedat*, juberi etiam possideri poterit: eo loco C deest vox *usucapio*, ut Basilica ostendunt, quæ pro, *ut procedat*, habent, *ἐπὶ τὸ διεκποιεῖσθαι*. Et hæc sententia manifesta est post missionem in possessionem, post primum decretum, ut procedat usucapio, opus esse secundo decreto, quo qui missus est in possessionem, jubeatur possidere. Secundum decretum probat usucapionis causam. Itaque nihil supradictis ll. juvantur Joan. Bulgarus, & Accurs. qui prætorem dominum facere posse, & vere facere secundo decreto contendunt, nihil etiam juvantur *l. 2. in fin. si ex nox. causa agatur*, quia non prætoris jussum in ejus legis specie, sed noxæ deditio, aut abductio servi indefensi, qui noxam nocuit, quæ quidem est à l. 12. tab. sicut usucapio, dominum facit eum, qui noxæ deditum accipit, vel qui eum indefensum abducit jussu prætoris. *l. elect. 26. §. ult. de nox. act. l. 5. & 6. de Pub. in rem act.* Ductio pro noxæ dedi- D tione est. Denique sola lex dominium facit non prætor: prætor possessorem tantum facit, vice domini tamen, quem & ipse tuetur quasi dominum. Nos in hac re Jacobi sententiam tuemur, Obser. XXI. cap. 36. adversus illos, quos & Accurs. refert in *h. l. 5. & aliis plerisque locis.* Cætera, quæ sunt in hac l. paucis absolvam. Quæ sequuntur in h. l. sunt de primo decreto possessionis. Initium est de secundo, cætera de primo.

AD *d. §. si plures, &c.* Sententia hujus §. hæc est, si plures sint domini ædium vitiosarum pro indiviso (sic enim intelligere oportet) singuli specialiter cavere debent, pro partibus sui dominii, quod in iis ædibus habent, non in solidum: vel si unus tantum pro sua parte caveat, alter cessset, in cessantis tantum parte mittitur vicinus, qui sibi E cavere desiderat, neque enim singuli debent obligari in solidum, sed pro sua parte tantum, *l. 27. plures, l. ex damni 40. §. 3. hoc tit. l. 6. §. si damnum, communi divid. l. qui servum 20. §. ult. de interrog. in jur. fac.* At ex contrario si plures sint domini, qui sibi caveri desiderent, quorum ædes sint diversæ, & aliæ pretiosiores aliis, vel si unius domus plures sint domini, ex disparibus partibus, unus ex majore, vel pretiosiore, alter ex minore, qui sibi caveri desiderabant, Paul. eleganter ait, nisi eis caveatur æqualiter, omnes esse mittendos in possessionem ædium, quæ damnosæ inveniuntur, non pro magnitudine dominii cujusque, quod in propriis ædibus habet; id est, non ut cujus domus, cujusve pars pretiosior est, is quoque mittatur in possessionem amplio-rem vitiosarum ædium; sed ut omnes mittantur ex æqualibus portionibus, etiamsi inæquales partes dominii habeant. Et ratio differentiæ hæc est, quia si hæc proportio servanda esset, nunquam exacte servari posset, cum plures sibi caveri desiderant, aut plane ea res nullum, aut perdifficilem haberet exitum, *d. l. si finita, §. ex hoc edicto h. t.* Et expeditius est, ea ratione non inspecta de suo quemquam damno stipulari, quod extimescit sine adjectione partis, propter rationem *d. l. plures*, quæ subtilissima est, ne specialiter, & nominatim stipulando in partem, videantur etiam stipulari in partem suæ partis, quia singulas partes indivisas habent, quæ intellectu, non corporis sensu percipiuntur, & vel minima quæque portiuncula ædium, vel minimum quoque tignum, aut cœmentum inter eos commune est. Melius est igitur non adjecta parte *ἀορίστως*, de suo quemque damno, quod quandoque cuique contigerit, stipulari, quod vi quidem ipsa certe est stipulari in partem, sed non figura verborum. Vicino autem non promittente, omnes simul pro æqualibus partibus in possessionem mitti, quamvis ex inæqualibus partibus domini sint, post tamen concursu partes facturi, vel damno dato, si eis cautum sit, acturi ex stipulatu in partem pro suo quisque damno, non in solidum, *d. l. ex damni, §. ult. d. l. si finita, §. si plures, & §. eum autem, & d. l. plures.* At ex contrario cum plures sint domini vitiosarum ædium, qui vicino cavere debent, non est difficile, vel anceps in partem stipulari nominatim, & promittere, aut in partem mitti in possessionem, idque ita fieri oportere prætor in Edicto significat his verbis: *eum, cui non cavebitur in possessionem ejus rei ire jubebo, l. 7. h. t.* Ubi *ejus rei* sic accipit Ulp. *l. 4. §. 1.* sive tota res, sive pars rei sit, cujus fabrica urgeatur in lapsum, cogatur in *labinam*, ut Hieronymus loquitur. Aliquando domus tota vitium facit omnibus, pluribusve partibus præpetibus ad ruinam. Quod *convitium* dicitur in antiqua inscriptione Veronensi, quæ est in ostio curiæ pauperum. Et ita se habet; Magistri illi, quorum scilicet nomina in ea inscriptione ponuntur, convitium refecerunt. Aliquando una pars vitium facit, & vitium est veluti parietis vetustas, venter, ut Alphenus loquitur in *l. si quando 17. si servit. vindic.* Aut hians ruina. Ovid. in Metamorph. lib. 4. fab. 4.

Fissus erat tenui rima, quam duxerat olim,
Cum fieret, paries domui communis utrique.
Id vitium nulli per secula longa notatum, &c.

Hoc casu cum pars tantum ædium vitium facit, ex ea, vel in eam partem tantum missio fit, vel etiam in domum totam, ut declarat *d. l. si finita, §. ex hoc edicto, & l. emptor 38. §. 1. h. tit.* Postremo subjicit Paul. dominum vitiosarum ædium, quem dixi supra pluribus proprietatis dominis, qui sibi caveri desiderant, cavere debere, subjicit, eundem etiamsi unus sit dominus proprietatis, alter dominus ususfructus, qui sibi caveri desiderant, utique caveri debere, puta unicuique pro damno futuro, quod cuique contigerit. Idemque est, si unus sit dominus soli, alter dominus superficiei, *l. 13. §. superficiarum, l. inter quos 39. §. damni, h. tit.* pluribus præstitam cautionem non onerare dominum vitiosarum ædium, quia non plus cuique præstat, quam quod ejus interest, præstat scilicet non idem duobus, sed suum cuique damnum seorsim, *d. l. plures*, ubi scil. damnum contigit: nam antequam damnum contigerit, non pro portione ejus damni nominatim, quod cuique contingere potest, sed ut dixi supra, *ἀορίστως*, de suo quisque damno sibi cavet, & cuique cavet dominus vitiosarum ædium, vel si non caveat, omnes æqualiter, & in solidum mittuntur in possessionem, *d. l. si finita, §. cum autem.*

Ad L. XIX. De in jus vocando. *Satisque pœnæ subire eum, si non defendatur, & latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus. Sed si aditum ad se præstet, aut ex publico conspiciatur, recte in jus vocari eum, Julianus ait l. 21. Sed & si is, qui domi est, interdum vocari in jus potest: tamen de domo sua nemo extrahi debet.*

Ad L. *Sed etsi is XXI. eod. L. Qui vetante prætore CIII. de reg. jur. L. in bonorariis XXXV. de oblig. & action. L. Filiusfam. si volente VIII. de administrat. rer. ad Civit. pert.*

Cer-

CErtum est, neminem invitum de domo sua in jus vocari posse, vel (ut fieri solebat) olim, si vocantem non sequeretur, extrahi, & rapi adstricta cervice, obtorta gula, quod Græcis est *στραγγαλίζειν*, vel ut est in Phormione, *pugnis in venteem ingestis*: hic erat mos vocandi in jus adversarium, nec erat opus vocanti præcepto judicis. Et ita quidem vocabatur ab adversario is, cum quo ei res erat, cum quo acturus erat, si forte eum offenderet in publico. Nam de domo sua in jus vocari non potuit. Et rationem hanc esse Cajus ait in *l.18.h.t.* quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, ut Cic. pro domo sua: *Domus est*, inquit, *profugium ita sanctum omnibus, ut inde neminem abripi fas sit*. Et propterea eum, qui inde in jus vocaret adversarium, Cajus in *d. l.* 18 ait, vim inferre videri. Ideoque eo nomine, & de vi accusari, puta si domum ejus domino invito introiverit, eo, inquam, nomine, & de vi accusari, & injuriarum act. conveniri potest, quasi imminuta dignitate patrisfamil. cujus domum eo invito, vel inscio introjerit. Idque confirmat *l. qui in domum* 23. *de injuriis*. Ob eam ergo rem injuriarum conveniri *potest*: *Sicut* & eum, qui vocatum in jus, & satis offerentem, sive fidejussorem idoneum offerentem judicio sisti, nihilominus manu injecta rapit in jus, constat teneri act. *injuriarum*, *l. 5. §. ult. qui satisd. cog.* Et eum quoque, si Porphyrioni, & Acroni credimus, qui non antestatum in jus vocat, & ducit in illum locum Horatii, sat. lib. 1. 9.

----Quo tu turpissime? magna
Inclamat voce, & licet antestari? ego vero
Oppono auriculam, &c.

Paulus itaque ait in l.19.eum, qui domi suæ abditus est, qui domi suæ latitat, etiamsi inde invitus in jus vocari non possit, *non ideo* actorem facere quicquam damni, & illum satis pœnæ subire, quia si boni viri arbitratu non defendatur, adversarius mittitur in possessionem bonorum ejus rei servandæ causa: pœna debitoris domi latitantis est missio in bonorum ejus possessionem, *l. Fulcinius 7. ff. quib. ex caus. in poss. eatur*. Recte autem dicitur, invitum ex domo sua non vocari ex *d. l. qui in domum*, puta domo ejus vi, aut fraude introita: nam si ipse ultro creditori, vel adversario suo præbet aditum in domum suam, tunc recte Paul. ait, *eum inde in jus vocari posse*, dicente creditore: *eamus in jus, veni, sequere me ad tribunal.* Potest etiam ex domo aliena, in qua diversatur, aut demoratur, videlicet si in eam creditori pateat aditus, vel ex domo principis, cujus rei est exemplum apud Tacit. 2. & 4. Annal. de Urgulania, quam amicitia Augustæ extra modum extulerat. Ea ob creditam pecuniam in jus vocata à Lucio Pisone sequi noluit, & Pisone contempto, petrexit in domum Cæsaris: unde Piso non destitit eam excire, spreta Augustæ potentia, quoad pecunia quæ petebatur, ad eum Augusta deferri juberet. Idemque esse Paul. ait, *si quis in domo sua ex publico conspiciatur, e fenestra, scilicet, e conspectu in jus vocari potest*, potest etiam ex janua, aut vestibulo domus suæ, si in eo consistat. Et ita in *l.20.* ubi ita scriptum: *sed etsi à binea*, pro à vinea. Græci in Basil. habent, *ἀπὸ πυλῶνος*, id est, *à janua*, quod ego valde probo. Nam & à vinea cur potius diceret in jus vocare licere, quam ab alio quocunque genere agri? sed etiam *à vinea*, inquit, *& balneo, & theatro, nemo* dubitat in jus vocare licere. Rectius Basilica *ἀπὸ πυλῶνος καὶ λουτροῦ καὶ θεάτρου*, *à janua*, vel ut veteres loquebantur, *janea*, quibus & Janitor Janius apud Festum. Supra dictis a. casibus in jus vocari de domo sua debitor potest, puta si aditum ad se præbeat, si in fenestra domus suæ, si in janua conspiciatur: vocari, inquam, non etiam extrahi, & abripi obtorto collo, ut fiebat, ut idem Paulus adjicit in *l.21.* quæ repetita est in *l.103. de reg. jur.* A magistratu quilibet domo extrahi potest, hoc est certissimum, ut in oratione pro Cluentio, à Triumviro Oppianicus domo latitans extrahitur, sed non etiam à privato, nec si cum eo in jure experiri velit, quæ lex est etiam apud Quintil. 7. c. 8. *de domo sua in jus deducere, ne liceat*. Quid vero, inquies, hæc pertinent ad edictum de damno infecto? Sane plurimum. Nam si absit dominus vitiosarum ædium, vel quod idem est, si domi latitet, nominatim edicto comprehensum est, quod jubeat prætor ei domum denuntiare, vel libello postibus affixo, ut postulanti vicino sibi caveri damni infecti, in jure de ea re agenda adsit, *l.4. §. prætor, de dam. infec.* quem in locum Ulpia. annotat, verecunde prætorem denuntiare jubere, verecundiam prætorem desiderare in eo, qui denuntiat: verecunde, inquam, denuntiari jubere debere, non extrahi de domo sua. Hæc sunt verba Ulp. ex *l.1. ad edict.* Proculdubio igitur ad idem edictum referuntur, atque pertinent verba eadem, quæ Paulus æque usurpat *l.1. ad edictum.* Porro eodem edicto datur actio in factum adversus magistratum municipalem, qui cum ab eo postularet is, qui periculum verebatur ex vitiosis ædibus vicini, uti curaret sibi caveri damni infecti, id non curavit, nec eum misit in possessionem earum ædium, quæ actio competit in id, quod actoris interest, rem enim persequitur, non pœnam, *d. l.4. §. in eum*. Sed datur tantum, ut significavi, ei, qui à magistratu municipali, sedente pro tribunali ex edicto prætoris postulavit cautionem damni infecti, *d. l.4. §. hæc autem*. Qui locus aperte ostendit, magistratus municipales tribunal habuisse. Quod notandum etiam est, nec enim omnes, qui jurisdictionem habent, tribunal habent, sed imam quandam sellam tantum, *l. 1. de jurisdict.* quin & lictores magistratibus municipalibus præibant cum fascibus aliquot, *l. duumvirum* 53. *C. de de decurion. lib.* 10. At illa actio in factum perpetuo datur in magistratum municipalem, qui postulanti non curavit caveri damni infecti: datur & heredi ejus, qui postulavit, & in heredem magistratus non temere, sed causa cognita, *l.6. de magistrat. conveniend.* quam conjungi velim, cum *d. l.* 4. *§. ult.* Et hæc omnia, ut Ulpianus tractavit lib 1. *ad edictum*, verisimile est etiam eadem tractasse æque Paulum *l. 1. ad edictum*, & ad illud idem edictum de damno infecto: & vero inde rapta occasione, quia, ut dixi, ea actio perpetua est in magistratus municipales, eodem libro 1. Paul. tractavit generaliter, quæ actiones prætoriæ essent perpetuæ, quæ temporariæ, *l. in honorariis 35. de oblig. & actio.* Et quia actio in factum, quæ ob negligentiam eorum in magistratus municipales datur, non datur etiam in Rempublicam, id est, in municipium, cujus vice fungitur magistratus, quia scil. ex propria culpa, & delicto magistratus venit, cum nec detur in heredem ejus, nisi causa cognita, *d. l.6.* Adjecit Paul. in *d. l.* 35. ex contractu tantum magistratuum municipalium, sive duumvirorum in Rempublicam perpetuo actiones dari, veluti ex locatione, ex venditione, ex mutuo, deposito scil. magistratu, & re versa in utilitatem Reipub. *l. civitas 27. de reb. cred. l. 3. §. in eum, de administ. rer. ad civit.* Culpæ autem nomine, quam in eo officio gerendo admisit magistratus municipalis, tantum abest, ut Respub. teneatur iis, quibus ea res fraudi fuit, ut in eum magistratum potius, & in fidejussores, qui pro eo intervenerunt, caverunt Rempub. salvam fore, eo nomine Reipub. experiri liceat, si quid culpa ejus Reipub. nocitum sit. Et huc pertinet ex eod. li. Pauli *l. 7. de administr. eerum ad civit.* cum qua conjungi velim, quod proponitur in *l.6. eod. tit.* ex Ulp. lib. 1. ad edictum, quod æque lib. primo annotasse Paulum credibile est, *magistratus municipales non tantum dolum, sed latam negligentiam, & hoc amplius, diligentiam Reipub. præstare oportere*. His verbis etiam diligentiam ostendit in administratione Reipub. & levem culpam magistratus municipales debere Reipub. præstare, ut in *l. contractus 23. de reg. jur.* Quosdam contractus (ii sunt commodatum, mandatum, tutela, negotium gestum) non tantum dolum, & culpam recipere, sed & diligentiam, id est, etiam in iis contractibus, quod commodatarius, procurator, gestor, tutor, levi, aut levissima culpa fecerit, quo quid abesset commodatori, mandatori, pupillo, vel domino negotiorum, venire, atque præstari: diligentiæ ex adverso respondet culpa levis, & levissima, *l. ult. in fine, C. de pact. convent. tam sup. dot.* Huic vero sententiæ consequens est, quod proponitur in *d. l.* 7. ut si quis filiusfam, eum esset in duumviratu, male gessit, ita ut ob eam rem aliquid Reipub. absit, ipse quidem teneatur Reipub. in solidum, ut ex cæteris omnibus causis certum est, filiumfamilias, tanquam patremfamilias teneri in solidum, *l. 39. de oblig. & act. l.6. §. si filiusfam. de act. empt.* & vel carcere coerceri posse, si non habeat unde solvat, *l. pen. & ult.*

Digitized by Google

& ult. C. qui bon. ced. possunt. Pater a. ejus de peculio tantum, A non in solidum, si eo nolente filiusfamil. magistratum municipalem gesserit, cum uterque esset decurio. Sumebantur enim magistratus municipales ex ordine decurionum, *l.3. §. ult. de pecul.* At si volente patre duumvir filius factus sit, & pater ipse in solidum tenetur Reipubl. quasi fidejussor pro filio. Voluntas, & consensus patris, etiamsi non intervenerit stipulationi, pro fidejussione, & pro stipulatione est, *l.2. ad municipal. l. si filiusfam. de tutel.* Et hactenus veluti in unam lineam contuli ex lib. 1. Paul. ad edictum leges 9. quæ omnes sunt de magistratibus municipalibus. Et pertinent ad edictum de damno infecto, etiam l.5. eod. quam heri exposui: nam etsi nominatim non loquatur de magistratibus municipalibus, quod tamen ait, *prætoris officium est, ut missus, &c.* sic exaudiri debet, prætoris, vel præsidis officium, non etiam magistratuum mu- B nicipalium, *l.4. §. si forte, eod. tit.* ut missus in possessionem videlicet à se, vel à magistraribus municipalibus, ex 1. decreto, etiam secundo decreto à prætore, vel præside jubeatur eam rem possidere, & usucapere permittatur. Aliæ leges 8. hæ sunt, *l. ult. de jurisdict. l.19. & 21. de in jus voc. l.35. de obligat. & act. l.25. & 28. ad municipal. l.8. de administr. rerum ad civit. l.103. de reg. jur.* Cæteræ, quæ restant ex hoc lib. 1. an etiam pertineant ad magistratus municipales, vel quorsum pertineant, explicabimus die crastina.

Ad L.II. Si quis in jus vocatus non ierit. *Ex quacunque causa ad Prætorem, vel alios, qui jurisdictioni præsunt, in jus vocatus venire debet: ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictio ejus sit.*

Ad §. Si quis in jus vocatus non ierit, *ex causa à competenti* C *judice mulcta pro jurisdictione judicis damnabitur, rusticitati enim hominis parcendum erit. Item si nihil intersit actoris, eo tempore in jus adversarium venisse, remittit prætor pœnam: puta quia feriatus dies fuit.*

HÆc tituli verba, *si quis in jus voc. non ierit*, sunt Edicti verba, quæ in h. l.2. Paulus interpretatur. Hoc vero edicto coercetur is, qui in jus vocatus, vocantem, ut debet, non sequitur: sed statim se alio proripit, ne ducatur in jus, nam ire debet, & sequi illico (ut & l.12. tab. sancitum est, his verbis: *si in jus vocatus est, atque eat*, id est, *protinus eat*) etiamsi forte vocetur ad magistratum incongruum, & incompetentem, cujus jurisdictioni suppositus non sit, ut vel hoc ipsum apud eum exploretur, an ejus jurisdictio sit. Et eleganter Ulpian. *in l.5. de judic.* ait, *eum,* D *qui ex aliena jurisdictione vocatur, ad prætorem venire debere: prætoris esse causa cognita existimare, an sua jurisdictio sit, vocati esse non contemnere prætorem, ad quem vocatur.* Nam etiam si privilegio fori sit munitus, venire debet, ut id privilegium alleget, notumque faciat prætori, ad quem vocatur, & revocet domum. Ac Paulus hoc loco indistincte ex quacunque causa ad prætorem, vel ad alios, qui jurisdictioni præsunt. Ergo si ad magistratum municipalem, in jus vocatum venire debere, ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictio ejus sit, quo genere ne dicas, ut Accurs. *eum sibi jus dicere*, nec frustra, & inepte utare distinctione, qua utitur Accurs. nec enim, qui existimat, vel arbitratur, vel statuit, an sua jurisdictio sit, sibi jus dicit, non sibi jus dicit, aut rei suæ familiari, sed tuetur auctoritatem majestatemque publicam. Asconius Pedianus in prætura urba- E na, *eum, qui potestatem suam non defendit, imminuti magistratus veluti majestatis reum esse.* Et *l. item apud, §. idem ait, eum, qui, de injur.* magistratum injuriam factam sibi, dum præest jurisdictioni, factam honori, quem sustinet potius, quam sibi, ipsum ulcisci, nec tamen ideo sibi jus dicit. Alia est persona ipsius, alia est civitatis, quam sustinet. M. Tull. proprium magistratus esse, inquit, intelligere, se gerere personam civitatis. Illo a. veluti anteloquio præmisso subjicit Paul. in *h. l.2.* sententiam edicti, quæ est hujusmodi: *eum, qui in jus vocatus non it, & se subtrahit statim, ne sibi manus injiciantur, ex causa à competente judice mulcta pro jurisdictione judicis damnari. A competente judice*, inquit, quia non omnes judices mulctæ dictionem habent. Prætores, præsides, atque etiam magistratus municipales dictionem mulctæ habent, *l.2. §. ult. de jud. l. aliud est fraus, §. ult. de verb. sign.* non defensores civitatis, *l.5. C. de defens. civit.* non procuratores Cæsaris, *l. 2. C. de modo mulctarum*, non curatores Reipub. *l. 3. C. eo.* Et *pro jurisdictione judicis*, inquit, quia non in omnibus magistratibus, qui jus mulctæ dicendæ habent, idem servatur modus, sed alii majorem, alii minorem mulctam infligere possunt, ut ostendit titul. *de modo mulct. & l.5. C. quando provocare non est necesse, & lex un. de via publica*, quæ est Græca. Et ideo ait *pro jurisdictione judicis, secundum jurisdictionem judicis, secundum jus potestatis, quod à lege habet.* Rursus ait: *ex causa mulcta damnari*, id est, causa cognita. Basilicæ τοῦτο δὲ μετὰ διαγνώσεως. Et hoc quidem, inquit, *adhibita cognitione causæ*, quia ut subjicit, *rusticitati hominis, qui in* B *jus vocantem non sequitur, venia datur*, & tamen ex edicto superioris tituli *de in jus voc.* rusticitati hominis ejus, qui in ius vocat, quem non vocare debet sine venia prætoris, veluti parentem, aut patronum, non parcitur, *l. 2. C. de in ius voc.* quia reverentia, quæ his personis debetur, jure naturali debetur, cujus ne rustici quidem ignari sunt. Est enim hujus juris cognitio diffusa in omnes, & ea quoque irreverentia punitur in omnibus, & quemadmodum puniatur, superiori titulo ostenditur, *l.12. & ult. & penult.* non hoc tit. Ideoque quod additur in *h. tit. sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non habuerit*, proculdubio in superiorem tit. referendum est, ut ille sit de in jus voc. *& si quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.* Hujus vero tituli sunt hæc tantum prima edicti verba: *Si quis in jus voc. non ierit.* Cur etiam dixerit *ex causa*, alia ratione Pau- C lus declarat hoc loco, nimirum, quia si in jus vocatus die feriato non ierit, quo nihil interest actoris adversarium in jus venisse, quia eo die, ut Plaut. loquitur Alcedonia sunt apud forum, nulla ei mulcta ob eam rem irroganda est, qui etsi venisset, frustra venisset. Mulcta his irrogatur tantum, qui congruo loco, & tempore vocantur, neque eunt. Et adjicitur in Basil. inter hanc l. & seq. ex *l.2. C. de annal. except. eum, cui non est bona copia in jus vocandi adversarium, vel quia abest, aut infans, vel furiosus est, nec procuratorem, aut tutorem, aut curatorem habet, vel quia potens est dignitate, gratia, pecunia multa, atque ita conventu difficilis, si velit interrumpere præscriptionem temporis, & jus, quod in illum habet, servare incorruptum, idipsum debere contestatione complecti apud præsidem provinciæ, vel Episcopum.* Hanc contestationem vim habere interruptionis. Possis & in extremo D hujus l. quo loquitur de die feriato, addere, quod eodem lib. Paulus scripsit in *l.4. inf. de feriis*, ferias solemnes, veluti messium, & vindemiarum, secundum consuetudinem cujusque loci præsides provinciarum statuere debere, non magistratus municipales, *ut l. si in aliquo 7. de officio procos.* de his Statius libro 4. sylv.

Certe jam Latio non miscent jurgia leges,
Et pacem piger annus habet, messesque reversæ
Dimisere forum, nec jam tibi turba reorum
Vestibulo, querulique rogant exire clientes.

Minutius Felix in Octavio: *ad vindemiam*, inquit, *Feriæ judiciariam curam relaxaverant.* Et ea de re Theodos. Imp. ad Senatum in No. *ne decuriones ad Senatoriam dignitatem aspirent. Nos*, inquit, *otio quodam vos frui quodam tempore* (tempus illud vindemiarum, & messium intelligit) *patimur, ne labore videamini defatigari continuo.* E

Ad L.I. In jus vocati ut eant. *Edicto cavetur ut fidejussor judicio sistendi causa datus pro rei qualitate locuples detur, exceptis necessariis personis. Ibi enim qualemcumque accipi jubet, veluti pro parente patrono.*

ALiud edictum idem Paul. eod. lib. 1. proponit in *l.1. in jus voc. ut eant.* quo scil. is, qui vocatur in jus, & fidejussorem dat judicio sistendi causa, ne eat in jus statim, & ne mulctam subeat, jubetur assiduum, & locupletem fidejussorem dare pro rei qualitate, *l.5. §.1. qui satisd. cog.* pro rei qualitate πρὸς τὴν ὑπόθεσιν, pro magnitudine rei, quam actor petit, *l. 234. de verb. sig.* Cum hac tamen ex-

exceptione, nisi is; qui vocatur (apagete à Joannis, & A Accursii interpretatione) nisi, inquam, is, qui vocatur, vocanti sit ex necessariis personis, puta pater, patronus, patrona, qui quæve vocatur cum venia Prætoris uti oportet, vel ex liberis ejus, qui vocat, vel uxor ejus, vel nurus, vel pronurus, *l.2.hoc tit.* vel quia ab iis personis Prætor hoc edicto qualemcumque, id est, etiam non locupletem fidejussorem accipi jubet, qualemcumque ab iis oblatum pro locuplete habet, *l.3. hoc tit.* Imo in eum, qui ab iis oblato fidejussore, eo non contentus, eos in jus ducit, qui oblato qualicumque fidejussore judicio sisti eam sibi necessitudine conjunctam personam in jus ducit, actio in factum, sive judicium pœnale 50. aureorum datur, *l.2.hoc tit.* Perinde atque si eum in jus vocaret sine venia, & hac, & illa causa pœna 50.aureorum infertur, & persolvitur ei, qui in jus vocatus est, quia querela, injuria, indignatio ejus est, *l.12.* B *& l.ult. sup. de in jus voc.* Et observa necessariis personis annumerari liberos nostros, sive sint emancipati, sive in potestate nostra. Nam & eos, qui sunt in potestate nostra, nonnunquam in jus vocamus, maxime si castrense peculium habent, aut quasi castrense, *l.4. de judic. l.si quis uxori, §.sed si filius, de furtis*. Et ab iis quoque non desideramus locupletem fidejussorem judicio sistendi causa. Neque enim tam amare, & severe agendum cum illis est, qualicunque fidejussore contenti esse debemus. Et his adde parentes, & liberos patroni, vel patronæ ex *l.2. §. prætor, inf. qui satisd.cog.* ubi hoc edictum latius exponitur. Nam & cum patronis, parentibus, & liberis eorum, nobis quædam conjunctio, necessitudo, cognatio est, *l.cum tale 72. de condit.& demonstr.* illo loco: *libertum conjunctum patroni liberis.* Et in l.ult.quæ Græca constitutio Justini est, *C.de* C *bon.lib. videntur,* inquit, *liberti cognati esse patronorum,* δοκοῦσι συγγενεῖς εἶναι. Non dubito quin ad hæc Paul. adjecerit etiam, quod Ulpian.notat *lib.1.ad edict. si judicio sisti detur fidejussor non subjectus jurisdictioni illius, ad quem quis vocatus est, pro non dato haberi, l.1.sup.si quis in jus vocat.non, l.6. inf. qui satisd. cog.* nisi ut additur in *d.l.* suo privilegio, id est, præscriptioni fori specialiter renuntiaverit, *l.7.inf.qui satisd. cog.* Ex quo intelligitur, fidejussorem judicio sisti non alibi posse conveniri, quam in foro, in quo reus sisti promisit. Idcirco desiderari, ut ex eo foro sit.

Ad L.IV. de Petit. hered. *Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat: etiam id, quod postea cœpit possidere, restituet.*

HIs addam ex eodem lib.Pauli, quod est in *l.4. de petit.* D *hered.* cujus verba hæc sunt: *si hereditatem petam, &c.* crediderim hæc verba P. referenda esse ad magistratus municipales, qui etsi de re majori jus dicere non possint, nisi inter convenientes, *l.ult. de jurisd. l.28.ad municipal.* tamen si apud eos actum sit de petit. hered. de re quadam hereditaria minima, quam possidebat is, cum quo agebatur: petitio enim hereditatis datur etiam adversus eum, qui vel rem minimam ex hereditate possidet pro herede, vel pro possessore, *l.9.& 10. hoc tit.* quamvis igitur apud magistratus municipales petitione hereditatis actum sit de re quadam minima: si tamen post judicium acceptum reus ejusdem hereditatis alias res possidere cœperit, & hæ quoque res officio judicis actori restituendæ sunt, etiamsi omnes coacervatæ excedant modum jurisdict.ejus. Et ratio hæc est, quoniam petitio hereditatis formatur ex persona E actoris, non ex persona rei, sive possessoris, nempe hoc modo: *si paret heredem non esse,* quod ubi constiterit, damnatur, ut heredi id omne restituat, quod possidet ex hereditate rei judicatæ tempore, *l.item veniunt, §.pen. l.si quo tempore, hoc tit.* Et ad eundem modum sæpe fit, ut qua de re magistratus jus dicere non possit, neque adiri ab initio, cognitione suscepta alterius rei, quæ ad ejus jurisdictionem pertineat, si & in eam cognitionem res illa inciderit, de qua principaliter adiri non possit, ut de ea jus dicere possit, ut in *l.1. C.de ord.judic. l.3. C.de judic.* Notanda est ratio, quam attuli ad hanc *l.4.* quia petitio hereditatis formatur ex persona actoris, non ex persona rei: atque si actio formaretur ex persona rei, veluti actio aquæ pluviæ arcendæ, *si paret te opus fecisse, quo aqua pluvia mihi noceret:* sane in hanc act. venit tantum id operis, quod tum factum habuit, non quod post litem contestatam fecit, *l.Antæus 14. §.ult. de aqua,& aq.plu.arcend.* Et ita est accipienda *l.23. sup.de judic.* quam huic l.4.objicit Accurs.neque ab ea se expedivit, non animadversa diversa ratione formandæ actionis, modo ex persona actoris, modo ex persona rei.

Ad L.II.de Pop.act. *Si plures simul agant populari actione, prætor eligit idoneiorem.*

QUod attinet ad hanc l.2. quemadmodum Ulp. lib.1. ad Edict.inter cætera proposuit Edictum, *si quis jus dicenti non obtem.* quod patet ex *l.un. si quis jus dicenti non obtemp.* quæ ex eodem lib. sumpta est, ita & Paul. de eod. edicto egisse probabile est. Quæ autem ex eo edicto datur actio pœnalis in actorem, vel reum, qui magistratui urbano, vel provinciali jus dicenti non obtemperat, jus, inquam, dicenti non obtemperat in eo, quod extremum jurisdictionis ejus est, in extrema linea jurisdictionis, in executione ultimi decreti sui, puta dum jubet rem restitui, de qua agitur, & qui damnatus est, eam restituere detrectat, vel eam non patitur auferri, vel abduci sibi: Quæ, inquam, in eum nec obedientem ex illo edicto datur actio in factum pœnalis, non perpetuo quidem, sed intra annum, & in eum tantum, non in heredem ejus, *d.l.un. §. ult.* ea actio videtur quidem fuisse popularis, quoniam pertinet ad vindictam publicæ Majestatis, quam reus, vel actor contempsit in extremo articulo jus dicentis, in eo scil. quod rei caput est, & publice interest omnes cives ad defendendam, & vindicandam causam publicam, ad defendendam Rempubl.admitti, *l.4. de no.op. nunt.* Qua ratione certum est, actionem etiam albi corrupti esse popularem, *l.7. de jurisd.* id est, permitti cuilibet ex populo agere volenti. Nam quod dicitur ex illo edicto: *si quis jus dicenti non obtemp.* actionem esse annuam, & non dari in heredem, *d.l.un.§.ult.*id Ulp. eod. lib. generaliter ita se habere definit in omnibus popularibus actionibus, *l.ult. hoc tit. omnes,* inquit, *populares actiones, neque in heredes dantur, neque in annum extenduntur.* Quod confirmat etiam *l.5.§.quæ autem, de his, qui deje. vel effud.* Et omnes actiones, inquit, recte. Nam interdicta popularia, quæ habemus sunt perpetua, ut interdictum de *lib. homine exhib.* quod est populare, perpetuum est, quia tuendæ libertati nulla præscriptio temporis obstare potest, *l.2. C.de præscript. long. temp.* pro libertate, & adversus libertatem. Itemque interdictum de via publica, ne fiat deterior: quod est populare, *l.licet, de procurat.* & perpetuum tamen, quia jus viæ publicæ tempore amitti non potest. Longeque est alia ratio actionum popularium, veluti sepulchri violati, quæ finitur anno, vel ex edicto de ejectis, vel effusis, si quid transeunti nocitum sit, quæ est annua. Et similiter actio de albo corrupto, & actio ex illo edicto, *si quis jus dicenti non obtemp.* quod idem dicitur in *d.l.un. §.ult.* eam actionem non concludi ad id, quod interest actoris, sed ad meram pœnam, id est, quanti ea res est, pro modo contumaciæ, quantique ad eam rem æquum esse videbitur: etiamsi nihil intersit actoris, veluti agente quolibet ex populo vindicandæ tantum contemptæ majestatis gratia, non quod ad rem ejus familiarem quicquam ea res pertineat. Illud idem obtinet in plerisque actionibus popularibus, ubi certa pœna lege, vel edicto definita non est, ut in actione sepulchri violati, *l.3. de sepulc.viol.* & in actione de ejectis, vel effusis, *l.1.de his, qui dejec. vel effud.* Nec tamen in omnibus judiciis popularibus. Nam interdictum de via publica deteriore facta datur in id, quod actoris interest, nimirum, quia nullus est de populo, cujus non aliquid intersit viam publicam non deteriorem fieri. Illius vero actionis causa, quæ competit ex edicto, *si quis jus dicenti non obtemperaverit,* impulit Ulp.non tãtum, ut eo lib.annotaret, quod est in *l.ult.hoc tit. populares actiones non extendi in heredem, nec ultra annum,* sed etiam, ut de iis actionibus generaliter annotaret, sive ex causa edicti, *si quis jus dicenti, &c.* sive ex alia causa actum

sit

sit ab aliquo ex populo, post rem judicatam, si alius ex eodem populo ex eadem causa experiri velit, obstare vulgarem exceptionem rei judicatæ, *l.3.hoc tit.* quæ est ex eod.lib. Ulpian. Ab initio quidem patere omnibus ait actionem popularem, vel publicam, sed eum, qui occupavit agere, & qui peregit reum, excludere cæteros, nisi per collusionem causam egerit, & ejus collusionem alius probet, qui denuo agere velit eadem de re, *l.eum, qui,§.in popularib.de jurejur. l.3. §.si tamen postea*, *de lib.hom.exhib.* Denique extra hunc casum, non amplius, quam semel, populari actione agendum est. Quid si ab initio sint plures ex populo, qui populari actione agere velint, quid fiet? Arbitrio judicis, seu prætoris, quod *divinatio* dicitur, delectu prætoris opus est, qui ex dignitate, diligentia, fide, consilio, auctoritate, probitate, cujusque arbitratur, uter agere debeat, ita tamen ut primum eligat eum, ad quem maxime ea res pertineat, id est, cujus maxime interest, *l.3. §.si tamen*, *de lib.hom.exhib.* Ejus enim principaliter interest, cujus maxime interest, *l.35.sed utrum, de minorib. l.servo legato, §.si testator, de leg.1. l.ult. de collus.deteg. & l.19. C.de liber.causa.* Debet igitur eum prætor præferre cæteris omnibus, cujus maxime interest, quod & Ulpian.notat in *l.3.hoc tit.* Illo autem cessante, vel deficiente ex cæteris Paulus notat in *h.l.12.* causa cognita prætorem eligere debere idonejorem ad sustinendam magnitudinem causæ, ut *d.§.si tamen plures: si plures*, inquit Paulus, *simul agant*, id est, *agere velint populari actione*, *prætor eligit idonejorem, videlicet, si deficiat, cujus maxime intersit.* Et ita est hæc l. interpretanda, & aptanda edicto, *Si quis jus dicenti non obtemperaverit.*

Ad L.II.de Verb.sign. *Urbis appellatio muris: Romæ autem continentibus ædificiis finitur, quod latius patet. Cujusque diei major pars est horarum septem primarum diei, non supremarum.*

JAm ex superioribus ll. satis odorati sumus, libr. primo Paul, tractasse de jurisd. & consequenter de magistratibus, qui jurisdictioni præsunt, & de edictis ad eorum jurisdict.pertinentibus, & generaliter de officio eorum, quod quidem latius patet, quam jurisdictio, *l.1. de jurisdict.* Et sane quod in hac l.2. proponitur de definitione urbis, & Romæ, & majoris partis diei, ad magistratus urbanos, puta, ad Tribunos plebis pertinet. Qua ratione vero, aut via? nempe hac: quia lege vetustissima sancitum erat, *ne tribuni plebis abnoctare*, vel, quod idem est, *pernoctare urbe possent*, *neve interdiu abesse majorem partem diei*. Appian. 2. de bello civili: *non licet*, inquit, *tribunis extra muros exire.* Et Dio 39. μηδεμίαν νύκτα ἐκ τῆς πόλεως: *Tribuno plebis nullam noctem ab urbe abesse licebit, quia scil. ut vim fieri vetaret, assiduitate ejus, & præsentibus oculis opus erat.* Dionysius Halicarn.8. περιγέγραπται τὸν δημαρχοῦντα. *Circumscribitur*, inquit, *potestas tribunorum plebis mœnibus urbis, nec extra urbem eis pernoctare fas est*, nisi, ut subjicit idem Dionys. *feriarum Latinarum causa*, de quibus in *l.2.de Orig.jur.* quæ in monte Albano celebrari solebant, aliquot diebus intervenientibus omnibus magistratibus urbanis. Recte autem ibi, *non posse Tribunum pleb. abnoctare ab urbe*, *extra urbem*, *extra muros*, *extra continentia urbis*. Idemque Servius in illum locum Virg.

Torquet medios nox humida cursus.

scribens, diem civilem scil.secundum Rom. à media nocte incipere, illa re juris indicari, quod eum tribuno pleb. inquit, abnoctare ab urbe non liceret, licebat tamen exire post mediam noctem, & ante meridiem reverti. Et ita quoque invenio apud Livium lib.5. *Flamini diali noctem unam manere extra urbem nefas fuisse, nisi adversa valetudo intercessisset.* Quo etiam casu nec ultra binoctium abesse potuit, ut Cor.Tac. 3.*annal.* Recte igitur omnes illi *extra urbem, vel extra muros.* Et improprie Gell.3.cap.2. qui *tribunum plebis dixit Roma nullum diem potuisse abesse*. Roma pro *urbe* improprie. Aliud enim est urbs, aliud Roma. Urbis appellatio ostenditur esse in *h.l.2.* arctior: Roma latior, quia, ut ait Paul. in *h.l.* urbs muris finitur: Roma continentibus ædificiis, suburbiis, quæ sane sunt extra urbem: id ostendit *l.pen. §.pen. de excus. tut. & in hoc ipso tit. de verb. sig. l. ut Alfenus, l. ædificia: & l. qui in continentibus*: urbs igitur finitur muris, Roma continentibus ædificiis, *l.4. §.pen.de pen.legat.l.qui Romæ 84.de leg.3.* Ideoque in legem committit tribunus plebis, qui pernoctat, sive abnoctat in suburbiis, id est, qui totam noctem manet in suburbiis, quia extra urbem pernoctare vetatur. Et qui in suburbiis pernoctat, licet non pernoctet extra Romam, penoctat tamen extra urbem. Vis videre, quam hoc exemplum conveniat huic loco, conferas cum h. l. *l. urbana familia 166. inf. h.t.* quæ explicata urbis appellatione, & inde urbanæ familiæ, deinde explicat quid significet verbum pernoctare. Quo fine? nisi quia respicit ad illam l. qua tribunus pleb. extra urbem pernoctare vetatur. Quia autem hoc loco subjicit Paul. quam dicamus esse majorem partem diei, crediderim ex *d. l. urbana, §. pernoctare*, licet alia mens videatur fuisse Servio in *d. loco*: hanc in l. illa fuisse factam differentiam inter diem, & noctem, quod non licuerit tribuno pleb. ne minimam quidem partem noctis abesse urbe; interdiu non licuerit abesse majorem partem diei; cæteram partem licuerit: Quod sane hæc verba, *majorem partem diei*, inter notas Diaconi notata sunt singularibus literis tribus, id argumento est, ea verba esse ex formula legis alicujus, quam interpretatur Paul. hoc loco definiens majorem partem diei, naturalis scilicet, qui constat horis 12. tam æstate, quam hyeme, sed hyeme brevioribus, æstate majoribus: Majorem, inquam, partem diei esse 7. horarum primarum, non septem supremarum. Romani olim, imo & hodie pleræque civitates Italiæ à summo mane numerant horam 1. deinde 2.3.4.5. & deinceps. Atque ita sexta hora diei est meridies, hora autem 12. suprema tempestas, id est, vespera, major vero pars diei est 7. horarum primarum non supremarum, quia mane homines integriores sunt ad negotia omnia. Et quia illæ horæ potissimum foro, & negotiis insumuntur. Martialis, quem in hunc locum adducit Alciatus, *Sexta quies lassis, septima finis erit.* Octava dabatur balneo, nona cœnæ. *Plin. lib. 3. epist. 1. ubi hora balnei nuntiata est. Est autem*, inquit, *hyeme 9. æstate 8. in Sole ambulat nudus, tantus accubat.* Spartian. in Adriano: *neminem nisi ægrum in publico lavari passum ante horam 8.* Idem Martialis, *Imperat extructos frangere nona thoros.* Cœnam intelligit. Major pars diei est horarum 7. non supremarum. Sane ita est. Nam & melior pars diei horarum 6. primarum, non 6. postremarum, qua de causa & iis, qui operas à mane debitas præstiterunt, quos transacta meliore parte diei, id est, medio die interjungere, & ut Varro loquitur, suo insititio somno diffindere licet, *l.medicus 23. de oper. libert.* Item qui diurnas operas promisit, sed non à mane eas præstitit, sed à sexta hora, id est, à meridie, totius diei nomine tenetur, perinde, ac si nihil egisset, *l.2. de ann. leg.* quia deficit meliori parte diei. Quamquam, & eum liberari constat, qui eas præstitit à diluculo usque ad sextam tantum, *l. 3. de oper. libert.*

Ad Legem IV. de Verb. sig. *Nominis appellatione rem significari, Proculus ait.*

HÆc verba, quo referenda sint, non tam facile est dicere, quam verba qualiacumque condere: Nihil nos juvant interpretationes doctorum, nihil etiam Alciat. qui in hunc titulum scripsit melius, quam in nullam aliam partem juris: ita tamen, ut plus, ne quid in hac parte juris deesset, diffideret, quam in aliis omnibus. Et ille vero cum cæteris errans perperam legit in h. l. *pecuniæ*, pro *nominis*, ac proinde nihil ipse, neque alii afferre possunt, quod proprie ad verba h. l. pertineat, quæ sunt de nominis non pecuniæ appellatione. Possunt quidem meo judicio ea verba non improbabiliter referri ad edictum ante relatum, quo prætor jubet eum, qui in jus vocatus est, judicio sistendi causa locupletem fidejussorem dare pro qualitate rei, quam actor petit, *l.1.in jus voc.ut eant.l.5.§.1.qui satisd.cog.* ubi procuIdubio est, rei appellatione non tantum contineri corpora, quæ actor petit, sed etiam nomina, id est, debita & obli-

& obligationes, quas constat in jure, non in corpore consistere, res incorporales, non corporales esse, *l. 1. §. ult. sup. de rer. divis.* Et ita rem accipi constat in stipul. rem pupil. salvam fore, id est, non ea tantum, quæ in patrimonio ejus sunt, sed etiam nomina, *l. 9. rem pup. sal. fore.* Et cum agitur de missione in possessionem rei servandæ causa: Rei enim servandæ, id est, debiti sive nominis servandi causa, ut Nov. 53. debiti servandi causa. Et sæpe apud Plaut. *rem solvere*, id est, nomen dissolvere, *res tibi soluta est*, recte in Curculione, & alibi sæpe, & in illo loco vexato Ciceronis, in eo decreto, *soluta re Scaptio*, ubi perperam Ursinus legit. *Solvitur æs Scaptio.* Nam nihil elegantius, quam dicere, *rem solvere*, aut *dissolvere rem*, id est, dissolvere obligationem pecuniæ debitæ, factam per numerationem: at ut in illo edicto rei appellatione etiam nomen continetur: ita e contrario Paulus ex Proculo docet hoc loco, interdum nominis appellatione rem significari, id est, corpus, quod est in obligatione. Proprie nomen est jus, id est, obligatio, actio, res incorporalis, quæ intelligi potest, tangi non potest, vel cerni. Item chirographum non est charta, tabella, instrumentum, sed obligatio, actio, *l. servum filii, §. eum, qui, de leg. 1. l. Lucius, §. civibus, de leg. 2. l. qui chirographum, de leg. 3.* At nonnunquam iis appellationibus nominis, vel chirographi etiam res, quæ debetur, significatur, veluti prædium, aut municipium. Et ita Basilica, quod hic de nomine Paulus, de chirographo interpretantur, quoniam utriusque appellationis eadem vis est, & potestas, *τῶν ὀνόματι τῷ γραμματεῖῳ τὸ ἀπαιτούμενον πρᾶγμα σημαίνεται. Appellatione chirographi etiam res debita significatur*, quæ tamen non est propria significatio, vel nominis, vel chirographi: hæc enim duo verba juris intellectum habent.

Ad L. CV. de Reg. jur. *Ubicunque causæ cognitio est, prætor desideratur.*

HÆc l. unico tantum versu constat: *ubicunque causæ cognitio est, prætor desideratur*, nec in proclivi etiam est omnibus eam explicare, debui hanc legem, sive regulam aliis novem adjungere, quas initio exposui, quia & hæc ut illæ omnes possunt aptari iis, quæ diximus de magistratibus municipalibus, sive de duumviris, & de causa damni infecti, qua in causa tria decreta interponi ostendi: Unum, quo jubetur caveri *damni infecti*, alterum, quo *in possessionem iri*, & tertium, quo *eam rem possideri*, *qua de agitur*, tria decreta, & ea, inquam, interponi causa cognita, explorata, & bene perspecta in consilio. Decretum enim est sententia, quæ sequitur causæ cognitionem. Hæc igitur duo fere simul commeant, decretum, & causæ cognitio. Et quod notandum, ea tria decreta interponuntur die feriato etiam, *l. 2. de feriis.* Ac rursus, ut dixi, interponuntur à prætore, vel præside suo jure, id est, jure magistratus, quem gerit, & vi jurisdictionis, quam exercet. Et per consequens eorum decretorum interpositio mandari potest duumviris, sive magistratibus municipalibus. Et vero injungitur prætoris edicto, ut quoties res celeritatem desiderat, & id à duumviris postulatur, duo priora decreta interponantur, *l. 1. & 4. de damn. infec.* alioqui magistratus municipales, hisce rebus se immiscere non possunt, quia magis sunt imperii, quam jurisdictionis, & quæ hujusmodi sunt, magistratus municipales facere non possunt, nisi ex mandato, ex vice aliena, *l. 26. ad municip.* Tertium autem decretum, quod est majoris momenti, quoniam eo dominium, aut verius possessio jure dominii, vel usucapionis occasio præbetur ei, qui decretum illud obtinet: prætor etiam mandare, id quidem potest, sed mandare non solet: tertium sibi, suæ jurisdictioni reservat. Sciendum est prætori, vel præsidi alia competere jure magistratus, & jurisdictionis suæ: hæc mandare potest, aut mandata jurisdictione tacito jure transferre in alium: alia vero prætori, vel præsidi specialiter competere jure legis certæ, aut Senatusconsulti, aut constitutionis Principum. Et hæc mandare non potest, quia legis sunt: aut permittente lege ei concessa, jurisdictionis non sunt. Hæc est certissima distinctio, quæ proponitur in *l. 1. de offic. ejus, cui mand.* Secundum quam recte dicemus, aliam esse causæ cognitionem, quæ prætori, vel præsidi pro sua jurisdictione, suo jure, suo marte, ut ita dicam, competit, veluti de *damno infecto*, & aliis quamplurimis causis. Et hujus causæ cognitionem mandari posse magistratibus municipalibus, sive duumviris, vel etiam aliis privatis, *l. ult. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Nullus vero est magistratus, ne municipalis quidem, cui causa cognita jus decernendi non sit de rebus ad suam jurisdictionem pertinentibus. Imo & quacumque de re adeatur, an de ea re jurisdictio sua sit, ut generaliter definit *l. 2. si quis in jus voc.* quod non fit sine causæ cognitione, *l. 2. §. sed etsi, de judic.* Ergo ubi hæc causæ cognitio est, ibi non omnino prætor desideratur, quia ea causæ cognitio etiam privato mandari potest. Nec igitur ad id genus cognitionis, quæ pro parte jurisdictionis est, & competit cuique magistratui, jure suo, hæc regula pertinere potest. Verum alia est cognitio causæ, quæ specialiter lege, aut Senatuscons. aut constitutionibus principum prætori, vel consuli, vel præsidi datur, veluti ex Senatusconsulto Syllan. notio, sive cognitio de domino in familia occiso, ad quam omnino prætor desideratur, nec à prætore hæc notio alii cuiquam mandari potest, quia ei lege datur, non ei pro sua jurisdictione competit. Et lege speciali datur, quæ noluit alterius notionem esse, quam prætoris, *l. 1. §. & si à familia, de offic. ejus, cui mand.* Et ex l. Corneli. cognitio inter sicarios, vel quæ alia quæstio, & cognitio prætori permissa, qui legibus quærere propterea dicitur: legibus publicorum judiciorum. Nam & hanc quæstionem, sive notionem publici judicii alii delegare, vel mandare non potest, *d. l. 1. de offic. ejus, cui mand.* Et ex oratione D. Marci cognitio de transactione alimentorum, quæ non temere permittitur iis, quibus alimenta relicta sunt, sed causa cognita à prætore ipso, non ab eo, cui eam cognitionem mandaverit, nec enim eam mandare potest, quia eam habet à lege speciali, non à se, non jure magistratus sui, *l. cum ii, §. sed nec mandare, de transact.* Item ex oratione Severi cognitio de alienandis, vel obligandis prædiis minorum, quam 25. annorum, quæ etiam mandari non potest, *l. 2. de offic. ejus, &c.* Hæ notiones omnes alii mandari non possunt, quia ex lege veniunt speciali, non ex jurisdict. magistratus propria. Adde ex l. Ælia Sentia cognitionem, vel probationem causæ, quæ etiam mandari non potest, manumittendi servi, quem scil. minor 25. annis vindicta manumittere vult, vel etiam manumittendi servi minoris 30. annorum, quem major ætate dominus vindicta manumittere vult, *d. l. 2. de offic. ejus, &c.* Quæ quidem probatio, & cognitio causæ manumissionis fit, aut fieri potest à prætore solo in urbe, vel à consule, & in provinciis à præside solo advocato consilio, quod quidem consilium in urbe à Theoph. nostro, & Ulp. lib. sing. reg. didicimus constitisse ex decem: prætore sedente in medio. Sexto igitur loco. *Livius 29. sedebat prætor in medio consilii.* Unde M. Tull. pro Cluentio: *quid est Quinti Naso, cur tu in hoc sexto loco sedes?* id est, in medio. In provinciis autem, ut idem Theoph. & Ulp. docent, præside præbente consilium advocabantur 20. ut & in municipiis, quoties alia de re duumviri consultabant, ut indicat inscriptio Neapolitana, in qua ita habetur: *hoc opus omne facito arbitratu duumvirorum, & duumviratium, qui in consilio esse solent Puteolis, dum non minus 20. adsient*, ubi extitit Corrector lapidum, qui scripsit esse legendum, *duumviralium*, non *duumviratium*, perperam; cum ii, qui duumviratu functi sunt, non tantum duumvirales dicantur, *l. 1. de albo scribendo*, ut consulares, sed etiam duumviratii, ut prætoritii, vel ædilitii, imo & duumviralitii, ut apud D. Augustin. *de cura pro mortuis agenda: Curialis*, inquit, *pauper vix ejus loci duumviralitius. Duumviralitius*, ut *prætoritius*, *& quinquennalitius* in antiquis inscriptionibus. Sed ad rem. Adde superioribus, ex Senatusc. Turpil. judice sedente pro tribunali dari, præberi accusatori postulanti abolitionem, id est, veniam omittendæ accusationis, quæ etiam à præside, vel prætore alii mandari non potest, *l. 1. §. abolitio, ad Senatus. Turpil.* Adde cognitionem tutoris ex inquisitione dandi lege Attilia, vel lege Julia, & Titia, quæ quæstio, &

notio etiam mandari non potest, & omnino desiderat prætoris, vel præsidis curam, & interventum, *l.8. de tut. & curat. dat.* Adde cognitionem indulgendæ creditoribus defuncti, & creditoribus heredis, vel indulgendæ inter hos, & illos separationis bonorum, quæ notio, ut ait *l.t. §. de iis autem, de separat. Est prætoris, vel præsidis, & nullius alterius*, inquit. Omnino igitur, & ea notio prætorem, vel præsidem desiderat. Et ad hæc nimirum genera cognitionum hæc reg. pertinet, *ubicumque causæ cognitio est, ibi prætor desideratur*. Nam ad eam notionem, quæ prætori suo jure competit, veluti de damno infecto, omnino prætor non desideratur, quia eam duumviris potest mandare, vel aliis quibuscumque. Quod cum Paulus ostendisset hoc libro, subjicit, ubi tamen causæ cognitio est, tributa scil. prætori specialiter lege, aut Senatuscons. aut constitut. ubi, inquam, causæ cognitio proprie est, non jurisdictio: est enim ea cognitio legis, non jurisdictionis, ibi prætorem omnino desiderari, prætoris notionem, & nullius alterius, ut ait *d. §.* De his autem prætorem scilicet, vel præsidem, quem constat in provinciis vice prætoris, & omnium magistratuum urbanorum fungi, *l. si in aliquem in fin. de offic. proconsul.* Et ne ex mandato quidem ad eas quæstiones, & notiones, quorum exempla satis multa jam exposui, ne ex mandato quidem ad eas se adhibere magistratum municipalem posse. Et ita hæc regula est explicanda.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. II. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XII. de Officio proconf. *Legatus, mandata sibi jurisdictione, judicis dandi jus habet.*

UT primo, ita secundo libro tractavit Paul. de jurisdict. Neque enim omnis is tractatus uno libro comprehendi potest. Tractavit de officio ejus, cui mandata est jurisdictio. Et quod huic tractatui proximum est, etiam de cautione judicio sisti, de qua egerat libro primo, ut patet ex *l.1. inf. in jus voc. ut eant, &c.* pro qua l. ni fallor, heri adduxi legem 1. *si quis in jus vocatus non ierit*, cum agebam de fidejussore judicio sisti, quem ex edicto prætoris idoneum dare oportet, *l.5. qui satisd. cog.* pro qualitate rei, quam actor restituendam esse petit, *l.t. in jus vocat. ut eant*. Et ex illis quidem tribus legibus, quas hodie explicaturus sum, *l.12. de offic. proconf. legatus*, inquit, *mandata sibi jurisdictione, dandi judicis jus habet*, de Legato proconf. loquitur, qui ante mandatam sibi jurisdictionem jus dandi judicis non habet: post mandatam sibi jurisdictionem jus dandi judicis non habet nisi ex lege, *l. cum prætor 12. de judic.* Ideoque per se mandata jurisdictione Legato, non ideo & judicem dare Legatus potest, sed quia hoc ei lex dedit, proinde atque proconsuli. Et hac in re longe melior est conditio magistratuum urbanorum. Nam ii cujuscumque ordinis sint, prætores, proconsul. quæstores, præfecti urbi, suo jure, sive lege speciali jus dandi judicis habent in singulis causis, *l.ult. inf. quis, & à quo appell. l.3. de jurisd.* suo jure, vel quod idem est, more majorum, & propter vim imperii, ut ait *l. cum prætor, §. item hi, de judic.* propter vim imperii, id est, magistratus jure. Et ideo juxta regulam *l.t. de offic. ejus, cui mand.* judicis dandi potestatem alii mandare possunt, quia eam jure suo magistratus habent. Et vero mandata ab eis jurisdictione, ea quoque pars jurisdictionis mandata videtur.

Ad L.VI. de Jurisdict. *Et quia nec principaliter ei jurisdictio data est, nec ipsa lex defert, sed confirmat mandatam jurisdictionem: ideoque si is, qui mandavit jurisdictionem, decesserit, antequam res ab eo, cui mandata est jurisdictio, geri cœperit: solvi mandatum Labeo ait, sicut in reliquis causis.*

CErtum est eum, cui mandata est jurisdictio, eam alii mandare rursus non posse, *l.5. hoc tit. l. ult. de officia ejus, cui mand.* Quæ sit ratio hujus sententiæ h. l. ostendit, quia nimirum ei, cui mandata est jurisdictio, non principaliter data est, mandata, non data jure directo, & principaliter. Principaliter data est magistratui, cujus beneficio eam habet, nec ipsa lex, ut ait, vel ipsum jus, quod est directum, ei jurisdictionem defert, ut magistratui, cum nec magistratus sit, nec mandata jurisdictione magistratus fiat, sed mandatam sibi à magistratu confirmet. Quæ datur magistratui principaliter, defertur ei: quæ mandatur, non defertur, aut datur, sed confirmatur. Et jurisdictionem quoque eum non habere suo jure, sed alieno beneficio, id est, beneficio magistratus, cujus vice fungitur, *l. solet, 16. h.t. l.3. de offic. ejus, cui mand.* ut apparet ex eo, quod morte prætoris, vel præsidis, id est, legati Cæsaris, qui mandavit suam jurisdictionem, si mors ejus contingat re integra, id est, antequam pro jurisdictione sibi mandata quicquam agere cœperit, mandatum dissolvitur, & jurisdictionem habere desinit, qui eam non potest exercere, nisi alieno nomine: Et ejus nomine, qui desiit esse in rebus humanis nihil agere potest, & est certissima regula juris, mandatum re integra finiri morte mandatoris, quæ obtinet non tantum in mandato negotii cujusque (qui contractus est bon. fid.) sed etiam in mandato jurisdictionis, itemque in jussu patris, vel domini, *l. si per epistolam, de acquir. hered.* & in cessione tutelæ, quæ morte cedentis extinguitur, ut Ulpian. scribit *lib. sing. reg.* Denique mandatum omne, quodvecumque mandato proximum est, re integra dissolvitur morte mandatoris, *l. mandatum, C. mand.* Secundum hæc recte dices cum *l.t. §. qui mandatam, de offic. ejus, cui mand.* eum, cui mandata est jurisdictio, proprium nihil habere: sed ejus, qui mandavit, jurisdictione uti, & quodammodo ei præbere vicariam operam. Ab hac sententia excipi tantum volo legatum proconsulis: quin *l.13. de offic. proconsul.* ex contrario præbet argumentum, quod est probabile, & in jure frequens probabile est, ut Aristot. definit, *contraria de contrariis dicta esse probabilia*: ex contrariis, inquam, *d. l. 13.* ostendit legatum proconsulis mandata jurisdictione non tantum mandatam, sed quodammodo propriam jurisdict. habere, quia ait, legatum proconsulis nihil habere proprium, nisi à proconsule mandata ei jurisdictio fuerit. Ex diverso igitur, si à proconsule ei mandata jurisdictio fuerit, proprium aliquid habet. Cur hoc sit exceptum in legatu proconsulis causa hæc est, quia non eum sibi delegit proconsul. Prætor, aut præses suo arbitratu deligit quem vult obire suas partes in jure dicundo, proconsul non item, sed ei datur legatus, cui mandet jurisdict. à Senatu, vel populo, ut *Servilio proconsuli à Senatu Pompejum legatum datum Appianus* scribit 20. *de bello civili*, & Capitolinus in Gordiano, *Gordiano proconsuli Africæ, legatum esse filium à Senatu datum.* Et Vopiscus Probum Imperatorem permisisse patribus, ut proconsules crearent, & legatos darent proconsulib. M.Tul. ad Quintum fratrem, *proconsuli Asiæ comiter, & adjutores negotiorum publicorum Remp. ipsam dare*: propterea legato sibi dato proconsul mandare sibi cogitur suam jurisdictionem. Hoc scripsimus, & est verum. Ne turbet, quod ait *lex solent, de offic. proconf.* mandare, vel non mandare jurisdictionem esse in arbitrio proconsulis, quia nec etiam in arbitrio ejus est, cuicumque volet eam mandare, sed si velit eam mandare, aut, ut plerumque necesse est, quum distringitur majoribus negotiis, & urgentioribus, proculdubio cogitur eam legato mandare, nec enim alii cuiquam, quam legato eam mandare potest. Proprium etiam aliquid habere legatum proconsulis, cui mandata est jurisdictio, & quasi jurisdictionem propriam, argumento est, quod & adsessores habet, qui comites dicuntur, comites scil. sedendi, *l.6. §. ult. D. de pœnis*. Et in quibusdam etiam provinciis habet legatus lictores, & fasces, & sellam curulem, ut legatus proconsulis Africæ *auctore Spartiano in Severo*. Quod item ab eodem legato proconsulis ipse proconsul appellatur, quasi alius, *l.2. quis, & à quo appell.* Et tamen ab eo, qui mandatu prætoris, vel præsidis, id est, legati Cæsaris jus dicit, prætor, vel præses non appellatur, sed ma-

major magistratus, quia idem ab eodem appellari videretur, propterea quod jus dicit vice prætoris, vel præsidis, non sua, *l. 1. §. ult. quis, & à quo appell.* legatus autem proconsulis suo quodam proprio jure jus dicit potius, quam vice proconsulis, quamquam non ante jus dicere possit, quam ei assensus fuerit proconsul mandata jurisdictione. Ideoque, & ampliora jura constitutionibus principum legato proconsulis dantur, quam aliis, quibus mandata est jurisdictio, qui nec legatorum nomen habent: nam & legatus proconsulis ex oratione Divi Marci tutorem dare potest, *l. 1. de tut. & curat. datis:* & judicem, ut habuimus in *l. 12. de offic. proconsul.* Quod tamen non potest is, cui præses mandavit jurisdictionem, quia præsides provinciarum suo jure, judicis dationem non habent, sed ex lege speciali, ut dixi in *d. l. 12.* Omnium quidem urbanorum magistratuum vice, & officio, & partibus funguntur, omnes præsides provinciarum, etiam proconsules, *l. 7. inf. de offic. proc. l. 10. & seq. de offic. præsid.* Qua comparatione Aristoteles 4. Politic. utitur: *Præsides provinciarum, qui soli in provinciis summam rem obtinent, sunt veluti ὀβελισκολύχνια,* quæ vasa militaria erant, auctore Polluce, variis usibus apta, ut & præsides similiter variis officiis, & muneribus, & functionibus variis, nempe omnium magistratuum urbanorum. Sed ut illa vasa non omnes usus præbent, sic nec sine exceptione ulla, & sua vi, suove jure omnia præsides habent, quæ omnes magistratus urbani. Certe non judicis dationem, nisi ex lege, *d. l. cum prætor.* Omnium vice, & jure funguntur, sed non possunt omnia tamen, qui omnium vice funguntur, qui in eorum vicem maxima ex parte veniunt. Datur etiam quandoque legato proconsulis, si ei mandata sit jurisdictio, quæ non datur ei, cui prætor, vel præses jurisdictionem mandavit, judicii publici, judicii criminalis disceptatio, *l. 11. de offic. proconsul. l. 1. C. eod.* Qua ex re Græci interpretes rectissime ad *d. l. 11.* colligunt, legatum proconsulis jurisdictionem habere, non tam ex mandato, quam ex lege, proprio quodam jure, cum & nonnunquam criminale judicium exercere possint, sicut & lege nonnunquam ei datur jus gladii, ut Capitolinus scribit, proconsuli Africæ Gordiano, filium ejus legatum esse datum à Senatu cum jure gladii. Et hoc argumento fortiter defendi potest, mortuo proconsule, legatum, cui mandata est jurisdictio, etiam si mortuus sit proconsul re integra, id est, antequam legatus jurisdictionem exercere cœpisset, legatum non amittere jurisdictionem, quoniam eam proprio quodam jure habet, magis quam mandati jure. Ita ut plane hæc l. 6. intelligenda sit de iis tantum, quibus à prætore, vel præsidibus provinciarum, *id est, legatis* Cæsaris mandatur jurisdictio, qui legatorum nomine donati non sunt, non etiam de legatis proconsulis, ita ut mortuo proconsule re integra, non finiatur jurisdictio mandata legato.

Ad L.I. de Receptis, & qui arbit. *Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur, & ad finiendas lites pertinet.*

COmmodissime videtur referri hæc lex ad cautionem, sive satisdationem judicio sistendi causa, quam ex edicto prætor interponi jubet, ab eo, qui vocatur in jus, nisi in jus rapi velit, obtorto collo, de qua satisdatione, ut etiam dixi initio hujus recitationis, Paulus egerat libro 1. Ad eam, inquam, satisdationem hæc lex referri potest. Quo argumento? nam ex *l. 9. & 13. si quis cautionem*, intelligimus servum qui quasi litigaturus satisdedit judicio sisti, sub pœna, ut fit, nisi sisteret vadimonium, id est, nisi sisteret se in judicio, non teneri pœnæ nomine ex stipulatu, neque fidejussorem ejus, quia servus in jus vocari non potest, qui non potuit antestari, ut *l. 6. & 7. C. de judiciis.* Idemque dicendum est, si servus, qui cum libero homine aliqua de re contendebat, compromiserit in arbitrum sub pœna. Nam ab eo servo, vel à domino ejus actione de peculio ex stipulatu, pœna ob causam compromissi peti non potest, *l. 3. §. si servus, de peculio,* quæ id aperte ostendit. *Compromissum,* inquit, hæc lex prima, *ad similitudinem judiciorum redigitur, & ad finiendas lites pertinet:* servus non est justus litigator, ergo nec jure compromittit; cum servo non est judicium,
A ergo nec compromissum, sive arbitrium ex compromisso: argumentum à judicio ad compromissum optimum, & verum est, ut in *l. 6. hoc tit.* filiusfam. de re patris judex esse potest: ergo & arbiter compromissarius. Et in *l. 46. hoc tit.* minor 20. annis judex esse non potest, ergo nec arbiter compromissarius: compromissa comparata sunt ad similitudinem judiciorum.

Ad L.IV. de Usufr. & quemadmodum, &c. *Ususfructus in multis casibus pars dominii est: & extat, quod vel præsens, vel ex die dari potest.*

QUæ sequuntur leges, quas explicabimus, cui parti juris, vel edicto reddendæ sint, non liquet, ideoque in
B eis interpretandis abstinebo ab hujus rei expositione, vel notione. Series ipsa, & cohærentia librorum, & aliarum legum forte nobis adferet lucem aliquam, & quod spero patefaciet menda plerisque inscriptionibus inesse quamplurima. Ait autem Paulus in *l. 4. de usufr. ususfructus in multis casibus pars dominii est, & extat, quod vel præsens, vel ex die dari potest:* ususfructus in multis casibus pars dominii est, id est, pars proprietatis: quod non est ita accipiendum, quasi ususfruct. revera sit pars proprietatis, qui certe non est pars proprietatis, sed pars, vel species potius servitutis, per quam homini res aliena servit, *l. 25. de verb. signif.* & in jure, non in parte consistit, ut ait *l. Mævius, §. pen. de leg. 2.* Denique jus est servitutis, quod quis in alieno fundo habet, non pars fundi, non pars proprietatis. Et recte dico fundi proprietatem totam esse meam: recte totum fundum
C meum esse vindico, etiamsi ususfruct. meus non sit, sed nuda proprietas tantum. Et usumfructum non esse partem fundi, vel quod idem est, partem proprietatis, Papinianus ostendit in *l. 35. §. 1. hoc tit.* hoc argumento, quia si cum mihi, & Titio conjunctim fundus legatus esset, ab herede petiero partem fundi, nec obtinuero; deinde partem suam Titius repudiarit, pars Titii mihi non adcrescit; quia pars rei parti adcrescit, veluti alluvione pars parti adcrescit, & non habeo partem meam: ideoque mihi petenti partem jure adcrescendi, obstat vulgaris exceptio rei judicatæ, quia quum judicatum est partem meam non esse, & hoc judicatum est, partem alteram consequenter mihi adcrescere non posse, quia partem non habenti pars non adcrescit. Pars enim parti, non personæ adcrescit. Sed si cum mihi, & Titio ususfructus fundi legatus esset, partem ususfructus
D petiero, nec obtinuero, deinde Titius repudiarit portionem suam, eam vindicare possum sine metu exceptionis rei judicatæ, quia portio ususfructus non adcrescit portioni fundi, sed personæ, cui ususfructus legatus est, quod jus personale est, etiamsi portionem suam amiserit, *l. interdum, de usufr. adsc. l. & an eandem, §. qui cum partem, de except. rei judic.* Atque ita in hac specie non est eadem ratio partis fundi, & partis ususfructus: pars enim fundi adcrescit parti fundi: pars ususfructus, non adcrescit parti fundi, sed personæ: in multis casibus, nec igitur ususfructus pars fundi, aut dominii est. Quod autem ait Paulus hoc loco, *usumfructum partem dominii esse*, sic accipi oportet, esse instar partis dominii, habere, & obtinere instar partis dominii, ut cautius loquitur *l. cum filius 66. §. dominus, de leg. 2.* habere effectum partis dominii, ut in *d. l. 33.* veritate inspecta ait
E Papinianus, usumfructum in quibusdam casibus non obtinere effectum partis, id est, partis dominii, ut Basilica supplent, *οὐκ ἐοικέναι τῷ μέρει τῆς δεσποτείας, usumfructum non similem esse parti dominii.* Et ut subjicit Pap. in *d. l. 33.* illum casum, quem supra exposui, quo portio ususfruct. longe distat à portione fundi, vel dominii. Et potest addi alius casus ex *l. 13. §. illud, de acceptil.* si is, cui fundus debetur, debitori usumfructum accepto ferat, nihil agit, quia qui accepto fert, vel totum, vel partem ejus, quod stipulatus est, accepto ferre debet, ut acceptilatio congruat stipulationi, *l. nisi, eod.* ususfructus autem si verum amamus, neque fundus est, neque pars fundi. Item alius casus ex *l. justo, §. non mutat, de usurp. & usucap. & l. locum, §. penult. hoc tit. & l. 2. de usufr. leg.* si usucepero fundum, proprietatem adquiro, quæ fuit alie-

aliena, non etiam usumfructum, qui à proprietate separatus A fuit, quia vere pars proprietatis non est: at ut videamus tamen quibus casibus ususfructus habeatur pro parte fundi, vel rei cujusque, sive pro parte proprietatis, aut dominii, non pro servitute, licet reipsa nihil aliud sit ususfructus, quam servitus, quam res aliena homini debet. Multos vero Paulus dicit esse casus in hac *l.* 1. & nos etiam multos proferamus. Heres, à quo fundus legatus est, si ejus fundi ususfructus alienus sit, vel ipsius heredis, non nudam proprietatem, sed & usumfructum, id est, plenum dominium legatario præstare debet, quia ususfructus totius fundi emolumentum continet, & ideo pro parte rei habetur. Hæc est ratio *legis Mævius, §.pen. de leg.*2. Certe parum mihi proficit proprietas rei, nisi reipsa utar fruar. Denique ususfructus totius rei emolumentum continet: & ideo pro parte rei habetur. Item ab eo, qui fundum debet, recte accipitur B fidejussor in usumfructum fundi, *l.si à reo, §.si reo, de fidejuss.* Quia fidejussor, & in partem rei accipi potest, *l.9.eod. tit.* & ususfruct. pro parte rei est, quia ut ait *d.§.si reo*, jus rei, jus fundi est, ubi jus fundi (longe cave interpretari servitutem fundi) nam & in servitute fundi, veluti viam, vel iter, à debitore fundi inutiliter fidejussor daretur, & acciperetur, quia alia res est fundus, alia via ad fundum, & in aliam rem fidejussor inutiliter accipitur, & ususfructus quoque non est servitus fundi, sed servitus hominis, sive personæ, *l.1.§. quoties, de servitut.* servitus in fundo, *l.2.hoc tit.* quæ scil. homini debetur, non servitus fundi: nam servitus fundi ea est, quæ fundo debetur: hæc personæ debetur, non fundo. Jus illo loco est emolumentum, & utilitas omnis fundi, ubertas, bonitas, fertilitas, commodum, & perceptio fructuum, *l. quid aliud, de verb. signific.* Sequuntur alii casus, quibus C ususfr. etiam pro parte fundi est, ut si stipuler fundum, deinde usumfructum, non novandi causa, posteriore stipulatione nihil ago, quia similis sum ei, qui post totius stipulationem, frustra partem stipulatur, non novandi animo, *l.qui usumfructum, de verb. obl.* Ususfructus, ut recte hoc loco Rogerius dixit, similis est parti fundi, non pars fundi: est similis parti fundi, quia ususfruct. ut dixi, omne emolumentum fundi continet, seu amplectitur: emolumentum ab eo, quod fruges emolantur, ut apud Persium, *& granaria fas est emole.* Satyr.2. & apud Cæs. 1. de bello civili, *sine magno commeatu, & emolumento*, commeatus, & emolumentum idem sunt. Præterea si petiero fundum nec obtinuero, postea petenti mihi usumfruct. obstat exceptio rei judicatæ, *l.si cum, §.si fundum, de except. rei judic.* Si pactus sum de fundo mihi debito non petendo, & petam D usumfructum, mihi obstat exceptio pacti, *l.si unus, §.item si pactus, de pactis.* Si emero fundum, venditor evicto usufruct. ejus fundi, quasi evicta parte, actione ex empto mihi tenetur evictionis nomine pro bonitate, & parte fructuum, quos fundus ferre solet, *l.1.l.15.l. vaccæ emptor, de evict. l.in vendendo, de cont. empt.* Item si mihi fundus legatus sit, quia legatum pro parte adimi potest, mihi ejus fundi ususfruct. adimitur recte, *l.2. de adim. leg.* Et alia ratio est acceptilationis, quæ fundo debito ex stipulatu non fit recte in usumfructum, ut supra dixi, quia acceptilatio est actus solemnis, *l.actus, de reg. jur.* cujus verba adamussim respondere debent obligationis verbis in totum, vel ex parte. Legati autem ademptio fit nuda voluntate citra proprietatem ullam verborum.

E

AD *§. & extat quod, &c.* Sequitur in hac *l. & extat, quod vel præsens, vel ex die dari potest.* At extat, quod est constat, *l.unica, §.item, si ex die, quand. dies ususfruct. cedat, & in l.Statius, de jure fisci*, testamentum non extare, id est, non constare, non valere, testamentum ruptum esse: extat igitur sive constat inter prudentes, quod ususfructus præsens, id est, pure, vel ex die dari potest, adde vel ad diem, *d.§.item si ex die, l. & puto, §.ususfruct. fam. ercisc. l.2. quando dies leg. ced.* Et observa diligenter hæc Paulum scribere de ususfruct. ad differentiam servitutum prædiorum urbanorum, vel rustic. Ususfruct. in multis casibus pro parte dominii habetur, vel pro parte fundi: servitus nullo casu, *d.l. cum filius, §.dominus, de leg.2.leg 25. de verb.signif.* ususfruct. ex die, & ad diem potest constitui ipso jure, ut & dominium, *l.Seja, de mort. causa donat. inf. l.ult. C. de legat. l.2. C. de donat. quæ sub modo*, servitus prædii non item. His addamus paucula quædam, quæ idem Paulus proponit in *l.1. de oper. serv.* his verbis: *Opera in actu, &c.*

Ad L.I. de Oper.serv. *Opera in actu consistit; nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo præstanda est: quemadmodum cum stipulamur, quod ex Arethusa natum erit.*

RECte hanc l. aptamus superiori, quæ est de usufructu: nam in usufructu servi sunt operæ, & retro fructus servi consistit in operis, aut mercedibus operarum, *l.3. & 4. hoc tit.* Multum tamen interest, quo respicit hæc lex prima, B ususfructus servi legetur, an operæ. Opera in actu consistit, ut ait initio hujus legis, & ususfructus quoque in actu consistit, & in facto, *l.1.in princip.quand. dies ususfr. leg.ced.* Sed opera in actu consistit ejus, qui operam debet: ususfruct. autem in actu, vel facto ejus, cui ususfruct. debetur. Unde oriuntur multæ aliæ differentiæ inter usumfructum & operas servi. Ususfructus, fructuario non utente fruente per modum, & tempus, amittitur, quia deficit actus, in quo consistit: nam capitis deminutione fructuarii ususfructus amittitur, quia is, in cujus actu consistit per capitis deminutionem tollitur è medio. At operæ, omittente vel capite deminuto eo, cui debentur, non amittuntur, quia is, in cujus actu consistunt, puta servus, idem manet, *l.2. hoc tit. l.2. de usufr. leg.* Eademque ratione legatum ususfruct. ad heredem fructuarii, vel legatarii non transmitti- C tur, quia cum persona, cui cohæret, extinguitur: operarum legatum transmittitur, si modo supervivat servus, in cujus actu operæ consistunt, *d.l.2. de usufr.leg.* Item ususfruct. legati dies cedit statim ab adita hereditate, & ab eo die peti ususfr. potest, intelligiturque esse in rerum natura, etiam antequam messium, aut vindemiarum, aut fœnisicii, aut olivitatis, aut mellis messionis maturitas advenerit, *l.unica, §.dies, quan. dies ususfructi. leg. cedat. l.2. quand. dies leg. ced.* Operarum vero dies non cedit statim ab adita hereditate, quod Glossa scripsit male. Operarum dies non cedit, antequam is dies venerit, quo præstandæ sunt, & exhibendæ legatario, quia, ut ait in hac *l.1.* nec ante sunt operæ in rerum natura, *l.operæ, de oper. libert.* sicut (qua comparatione utitur Paulus hoc loco) nec si legetur, quod ex ancilla natum erit, ante dies legati cedit, quam ancil- D la pepererit, *l.cum ita, in princ. quan. dies leg. ced.* nec ante etiam id esse in rerum natura notissimum est, quia quid sit paritura est incertum, *l.ubi autem, §.illud, de verb. oblig.* Et operæ similiter sunt incertæ, antequam edantur, præstentur, exhibeantur, vel indicantur, & petantur, *l.interdum, eod. tit.* Addam & alias differentias. Servo usucapto ususfructus non perit, ut dixi ad legem superiorem, operæ pereunt, ut ex contrario significat *dict. l.2. de usufruct. leg.* quia servus dominum mutat. Iterum, ususfruct. divisionem recipit, *l.5.de usufruct.* operæ sunt individuæ, *l.1.§.sed operas, ad leg.Falcid.* Et ideo recte in *l.5. hoc tit.* operis servi legatis usum datum intelligi. Usum dicit, non usumfructum, quia usus cujusque rei individuus est, sicut operæ, *l.usus pars, de usu, & habit.* At ususfructus est dividuus: fundo pro parte frui, pro parte non frui possum, nimirum demetendo partem fructuum tantum: at fundo uti pro parte non possum, & pro parte non uti: non possum per partem unam fundi ambulare, quin videar per totum ambulasse; qui usum partitur, naturam ejus corrumpit. Cum igitur tot sint differentiæ inter usumfructum, & operas, recte ait *l.5.in fine, usufructuar. quemadm. cav.* operas non per omnia imitari usumfructum, ut *d. l.2. de usufruct.leg.* eum, cui operæ legatæ sunt, non esse fructuarium, & *d. lex 1. §. sed operas, ad l.Falcid.* in legato operarum, neque usum, neque usumfructum esse, per omnia scilicet, sed proprium jus quoddam, ut de habitatione dicitur in *§. pen. Instiut. de usu, & habit.* Quamobrem, & proprius titulus datur de operis serv. separatus à titulo de usufr. & à titulo de usu, & habitat.

Ad

Ad L.VI. Depositi. *Proprie in sequestro est depositum, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.*

SCiendum est, tria esse genera depositi, imo quatuor, si respiciamus ad jus antiquum, quo fiducia erat in usu, unum scilicet genus depositi. Est præterea depositum quasi diu positum, quo datur custodiendum aliquid in longum tempus. Hodie igitur primum est genur depositi, quod diu datur custodiendum. Secundum genus est, quod dicitur servandum datum, quod ad breve tempus custodiendum datur. Et hujus differentiæ inter depositum, & servandum datum, auctor est Paulus 2. Senten. apud Licinium Rufinum. Est & tertium depositi genus, quod dicitur sequestro depositum. Dico *sequestro* per adverbium, quod quidem à deposito, & servando dato hoc distat, quod deponere, aut servandum dare, tam plures, quam unus possunt. Unus potest deponere, vel servandum dare; sequestro autem deponere non nisi duo, vel plures possunt, *l. sequester, de verb. signif. l. licet, l. pen. h. tit.* nam tunc fit sequestro depositum, quum inter duos, vel plures de re aliqua mobili lis, aut controversia est. Eam enim rem, vel, ut in *l. 4. & 5. C. eod. tit.* instrumenta ad eam rem pertinentia, vel ultro, vel auctore judice deponunt apud tertiam personam, cujus fidem sequuntur, eligunt, & quasi apud mediam litis manum, ut Fabius loquitur. Item, quæ est alia differentia, cum duo, vel plures deponunt apud alium veluti rem communem, non singuli eam in solidum deponunt, sed pro sua quisque parte, & pro parte dominii. quod in ea re habent, & singulis quoque depositarius tenetur pro parte tantum, nisi aliud actum sit, ut vel unus totam rem tolleret, vel ut uni tota res redderetur, *l. 1. §. sed si duo, d. l. licet, hoc tit.* At apud sequestrum unusquisque in solidum rem, de qua agitur, videtur deposuisse, ea scilicet lege, & conditione, ut ei, qui vicerit, in solidum reddatur. Et finita lite, id est, re judicata: victori quoque in solidum datur actio depositi in sequestrum, quæ appellatur actio depositi sequestraria, *l. in Asia, §. cum sequester, h. tit. l. 9. §. Labeo, de dolo.* Et recte igitur Paulus hoc loco ait: proprie in sequestro depositum esse, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum, reddendumque, traditur. Conditio illa, est conditio rei judicatæ. Plautus Aulularia, *Ego servabo*, inquit, *quasi sequestro detis, neutri reddibo, donec hæc res dijudicata fuerit.* At præterea rei depositæ proprietas, & possessio, quia depositarius eam tenet nomine deponentis, apud deponentem remanet: rei autem apud sequestrum depositæ possessio plerumque ad sequestrum transit, quoniam id plerumque agitur inter partes, ut interim pendente conditione neuter eam rem possideat, neuter usucapiat, sed ut possessio sit apud sequestrum, denique ambo dimittunt possessionem apud sequestrum. Potest quidem id agi, ut possessio non transeat in sequestrum, ut sequester custos tantum sit, non possessor, quo casu medio tempore usucapio victori processisse intelligitur. At plerumque utraque pars apud sequestrum possessionem dimittit, *d. l. licet, h. tit. l. interesse, de acq. pos.* ait autem hoc loco Paulus, *proprie in sequestro est depositum.* Proprie, nam improprie etiam sequester dicitur, qui à Græcis dicitur *συνθηκοφύλαξ, qui garde les gages*, id est, custos pignoris positi, quasi apud arbitrum, ab iis, qui aliqua de re inter se sponsione contendunt, ut apud Macrob. 3. cum Cleopatra Antonium sponsione provocaret, se insumere posse in unam cœnam sestertium centies, & contra vicissim contenderet sponsione Antonius, id eam præstare non posse, tunc electo ejus rei veluti arbitro, ut ait digno sculna Numantio Planco, sculnam dicit veteri vocabulo quasi *seculnam*, pro *sequestro*. Sic vero Lactantius, sive Luctatius in 7. Thebaidos, *sequestrum esse eum, qui certantibus medius intervenit, apud quem cujuscumque certaminis futuri pignora deponuntur.* Verum improprie, ut dixi, quia quod unus pro sua parte pignus deponit, id etiam alter non deponit, sed aliud & seorsum quisque quasi suum, non fit unius ejusdemque rei depositio, sed duarum: denique

A apud illum duo vel plures eandem rem singuli in solidum non deponunt, sed duas. Ideoque in illum victori non est actio depositi sequestraria, sed quasi de novo negotio actio præscriptis verbis, *l. 18. §. ult. de præscript. verb.* Proprie autem, ut ait, sequester est, apud quem duo pluresve eandem rem, de qua inter se litigant, vel controversantur, singuli in solidum deponunt ea lege, ut ei reddatur, qui vicerit, qui causam obtinuerit. Et hoc fortasse Paulus scripsit, cum tractaret de cautionibus judiciariis, veluti judicatum solvi, vel rem pupilli salvam fore, vel eam rem recte præstari. Quæ cautiones si non præstantur, & possessoris, id est, ejus, qui rem possidet, qua de agitur, suspecta persona sit, ex qua cautio desideratur, arbitrio judicis res mobilis, de qua agitur, apud officialem judicis sequestro deponitur apud acta, donec cautio præstetur, vel lis finem accipiat, *l. 7. §. ult. qui satisd. cog. l. 11. §. pen. ad exhib.* B Sequestro deponuntur res mobiles tantum, vel se moventes, non res immobiles, non fundi, non agri, non vineæ, sed fructus agri quidem, ex causa sequestro deponuntur; fructus agri, de quo agitur, si forte periculum sit, ne forte possessor agri eos fructus devastet, & depopuletur. Hoc casu solent fructus apud sequestrum, vel sequestros deponi, *l. imperatores, §. ult. de appellat. l. postquam, §. sed nec si ipsi, ut leg. nom. cav.* Et ex simili causa, quæcumque res mobiles etiam sequestro deponi possunt, vel auctore judice, & consentiente utraque parte, *l. ab executione, C. quorum appellat. non recip. l. ult. C. de ord. cogn. l. ult. C. quib. ad libert. proclam. non lic.* Solent & res dotales constante matrimonio ob dissolutos mores mariti, ne ab eo dissipentur, sequestro deponi postulante muliere, *l. si cum dote, §. si vero dotem, C sol. matrim.* Imo vero & in interdicto, quo agitur de liberis exhibendis, qui ab aliquo detinentur, si is controversiam faciat actori, & litis longior mora futura videatur, apud notæ auctoritatis matronam sequestro deponitur puella, de qua exhibenda agitur, vel etiam puer prætextatus, *l. 3. §. ult. de lib. exhib.* vel etiam puella, de cujus nuptiis inter aliquos disceptatur (Græci ἐπίδικον appellant) *cap. cum locum, ext. de spons.* Hoc fit quotidie. Sola pecunia numerata certa, quæ petitur actione si certum petatur, vetatur sequestro deponi, *l. unica, C. de probib. seq. pec. l. 1. Cod. Theod. si certum petatur de chirographis.* Et ratio evidentissima hæc est: quia qui certam pecuniam petit, non petit certa corpora nummorum, sed certam quantitatem, puta 100. Quantitatis autem nullum subest corpus, quod corrumpi, aut interverti possit. Periculum rei corrumpen-D dæ, aut perdendæ exigit, ut sequester eligatur: nullum periculum subest, quum de quantitate certa agitur. Genus perire non potest; quantitas autem debetur in genere, ergo quantias perire non potest, nihil est igitur periculi. At res corporales, sive sint mobiles, & inanimæ, sive animales, quæ in litem deducuntur, corrumpi interim, & vitiari, dum lis pendet, & interverti possunt. Et ideo ex causa consultius est, eas res interim apud sequestrum deponere.

Ad L.VI. De rescind. vendit. *Si convenit, ut res, quæ venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat: aut proxima empti in factum datur.*

IN hac l. probatur hæc pactio, sive lex emptionis vendi-E tionisque, *ut si res vendita, & tradita intra certum tempus emptori displiceat, venditori reddatur, & inempta fiat.* Idemque est si non sit adjectum certum tempus, quo tamen casu, nisi aliud suadeat justissima causa, emptor non potest resilire ab emptione venditione eo prætextu, quod sibi res displiceat, nisi intra 60. dies, nisi nominatim convenerit: nam & hæc conventio valet, ut emptor in perpetuum, quandocumque ei res displiceret, eandem rem redhibere posset. Et apud Plautum in Mercatore dixit, *se redhibere si non placeat, & in l. quod si nolit, §. si quid ita, de ædilit. edict.* Et ideo si res emptori displiceat, ait Paulus hoc loco ex Sabino, emptori adversus venditorem competere actionem ex empto, ut eam rem recipiat, & pretium reddat actione ex empto redhibitoria, *l. pen. C. de ædil. action.*

Verum

Verum addit Paulus quodammodo corrigens Sabinum : A *Aut proxima empti, in factum datur*: ex empto, inquit, actio ut Sabinus putat, id est, actio præscriptis verbis, quæ proxima, vicina, finitima, similis est actioni ex empto. Omnis actio præscriptis verbis est similis alicui actioni ex iis, quæ civile, & proprium nomen habent, *l.naturalis sup. de præscrip.verb.* Ex hac causa si agatur in factum sive præscriptis verbis, quæ appellatio non est proprium nomen actionis, utque adeo actio omnis præscriptis verbis nomine vacat proprio: similis tamen erit actioni ex empto, quæ proprium nomen habet. Tutius autem est ex ea causa agere præscriptis verbis, sive in factum, quod est narrato facto, & narrata pactione, nec expresso ullius actionis proprio nomine. Tutius, inquam, est ita agere in factum, id est, διηγηματικῶς, narrative, ut Theop. interpretatur, quia agitur in hoc, ut finiatur & resolvatur emptio. Et dubitari potest, B an in id recte agatur directa ex empto actione, *l. ex empto, §. is, qui vina, de act. emp. l. si fundus, de leg. commiss.* Igitur dubitationis tollendæ causa, scrupuli eximendi causa, melius est agere præsc. verbis, sive in factum civili actione, omissa actione ex empto directa. Addamus etiam breviter quod subjicit Paulus in *l.15. de tut. & curat. dat.*

Ad Legem XV. de Tutor. & curat. dat. *In omnem rem curator dandus est in ejus tutoris locum, qui Reipub. causa abfuit.*

IN omnem rem, inquit, curator dandus est in ejus tutoris locum, qui reipub. causa abest. In omnem rem, id est, in omnem utilitatem pupilli, non in lites tantum: In negotia omnia pupilli, in universum patrimonium pupilli. C Et curator, inquit, ut in *§. item si Reipub. Institut. de excus. tut.* Curator, non tutor, si strictam juris rationem sequimur, quia tutorem habenti tutor dari non potest; & tutorem habet, qui habet absentem Reip. causa: nec enim desinit esse tutor, sed excusatur tantum ad tempus ab administratione, *l. seq. hoc tit.* Sed placet etiam stricta juris ratione insuperhabita, & in locum tutoris absentis reip. causa tutorem dari posse: neque enim illa regula est perpetua, sed perdit in plerisque causis suum officium, & vitiatur. Idque demonstrat *l.3. §. si absuturus, de suspect. tut. l. si tutor reip. de tut. & rat. distrah. l. quæsitum, de tutel. l.1. C. in quibus caus. tut. hab. tut. det.* Loquor de absente reip. causa, nam in locum tutoris absentis alia ex causa, forte suæ rei causa, neque tutor, neque curator datur. Et ita est accipienda, quæ videtur huic obstare, *l.11. hoc tit. curator*, inquit, *pu-* D *pillo, vel pupillæ non datur, si tutor eorum absfuerit, videl. non Reipub. causa.* Forte hoc scripsit Paulus ad tractatum de stipulatione judicio sisti, quæ si reus, qui promisit judicio sisti, abesse cœperit reip. causa, neque in eum committitur, neque in fidejussorem ejus, *l.6. sup. si quis caut.* ut scilicet ostenderet idem esse in stipulatione rem pupilli salvam fore, quæ à tutore interponitur, nec committitur ob id, si aliquo tempore abfuerit reip. causa, nec tutelam eo tempore attigerit, sed de eo, quod gestum fuerit eo tempore, pupillo in eum est actio, cui tutor, vel curator datus est in locum prioris tutoris absentis reip. causa.

Ad Leg. LXVIII. de Verb. oblig. *Si pœnam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses: certa est, & utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero, pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio: quia id venit in stipulationem, quod mea interest.* E

MUltum interest scire an stipulatio certa sit, an incerta, quia non eadem ex utraque datur actio. Ex certa datur certi condictio, ex incerta actio ex stipulatu, quæ & incerti, & incerta actio dicitur sæpe in jure nostro, & quia plenior, & securior est stipulatio certa, quæ quantitatem continet certam, quam stipulatio incerta. Nam quantitas ejus minui, vel obliterari non potest, & nullum actori, qui agit ex stipulatione certa, probationis onus incumbit. At incerta stipulatio sæpe ad exiguam, aut nullam summam redigitur, vel quia parum, aut nihil actoris interest, quod solum in eam stipulationem venit, vel quia difficile est actori probare, quanti sua intersit, *§. ult. Instit. eod.* Utriusque stipulationis certæ, & incertæ exempla ponuntur in hac lege. Si certam pecuniam, puta 100. stipulatus fuero, si pecuniam, quam spem faciebas te mihi crediturum, mihi non credidisses in negotia mea, certa est stipulatio pœnalis in centum, & valet, quia neque turpe, neque incivile est, oblata officia pœnæ vinculo constringere: at si hoc tantum stipulatus fuero, te mihi pecuniam crediturum, incerta stipulatio est, quia si pecuniam mihi non credideris, mihi non competit ex illa stipulatione petitio ulla pecuniæ, aut pœnæ certæ, quam intendam mihi dari oportere: sed petitio ejus, quod mea interest, creditam mihi pecuniam non esse: cujus probatio, & æstimatio difficilis, & incerta est, quia in facto consistit, sive pendet ex facto, sive ex qualitate negotii, quo de agitur, quæ plerumque in obscuro est, *l. ult. de præt. stipul. l. quatenus, de reg. jur.* Stipulatio illa (*te pecuniam crediturum*) est in faciendo concepta, & in omnibus in faciendo conceptis stipulationibus venit id, quod interest, *l.72. infr. hoc tit.* ubi, inquit, si quid fieri stipulamur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, id est, æstimationem ejus, quod interest actoris; denique litem pecunia æstimari oportere, ut quum quis à patre stipulatus est filiam in matrimonium sibi datum iri, ea uxore non data, ex Servio Sulpicio Jurisconsulto Gellius refert lib. 4. c. 4. litem pecunia æstimari, & quanti interest eam uxorem dari, patrem stipulatori damnari, quia scilicet ea stipulatio in faciendo consistit. Et hæc est sententia hujus legis, quam existimo Paulum adjunxisse iis, quæ hoc libro scripserat de stipulatione judicio sisti. Quæ certa est, si certa pœna adjecta sit, ni judicio statum esset, ut apud Livium 3. *Sisti reum, & triginta millia æris, nisi sistatur, populo dari.* Incerta autem est, si nulla pœna adjecta, ita simpliciter concipiatur (*judicio sisti se, vel alium, pro quo quis intervenit*) incerta, inquam, est stipulatio, quia in eam venit, quanti stipulatoris interest reum sisti, *l. ult. si quis in jus voc. non ierit, l. pen. si quis caut. l. 81. hoc tit.* Et quod refert ex prætoris edicto Ulpianus in *l.2. §. ult. qui satisd. cog.* in fidejussorem, qui non expressa certa quantitate aliquem judicio sisti promisit, quanti ea res erit, actionem dari, recte interpretatur, referri ea verba ad veritatem, id est, ad id, quod revera actoris interest, id est, quod actori ob eam rem abest, vel non abest, ad quantitatem æstimatam jurejurando actori præstito in litem; referri, inquam, ad quantitatem veram, non ad quantamcumque quantitatem ex actoris libidine, & affectu, alioqui pœnalis esset actio, *l.1. §. ult. si quis jus. dic. & l. pen. §. 5. D. ne quis eum, qui in jus voc. est vi exim.* Eam igitur actionem, quæ datur in fidejussorem, judicio sistendi causa datum, quanti ea res est, rem persequi, non pœnam. Quod & similiter dicitur de actione in factum, qua tenetur magist. municipalis, qui postulanti non curavit caveri damni infecti, *l.4. §. in eum, de dam. infec.* Observamus igitur ex hac *l.68.* stipulationem, *tot pœnæ nomine dari*, esse certam, quod & de qualibet stipulatione certæ rei, vel summæ dici potest, quæ modo sit in dando concepta, *l. ubi autem, §. ult. hoc tit.* Idemque dici potest de stipulatione, *te mihi* 100. *crediturum esse*, vel 100. *te mihi mutuaturum*, vel 100. *te mihi daturum*, quoniam id agitur, ut 100. dentur: nec enim est credita, sive mutuata pecunia, nisi quæ datur, id est, quæ fit accipientis. Et inde etiam mutui nomen, ut Paulus noster paulo subtilius, [illegible], interpretatur. Stipulatione autem non expressa certa quantitate, ita simpliciter concepta, *spondes te mihi pecuniam crediturum, vel mutuaturum, vel daturum mutui nomine*: nam non est cur Glossa inter hæc differentiam statuat, spondes te mihi pecuniam crediturum, vel daturum, vel mutuaturum ad expedienda negotia mea, vel ad illam rem mihi emendam: stipulationem, inquam, illam, quia in ea non est expressa certa pecuniæ quantitas, esse incertam; & quia ita in faciendo, non in dando consistit, quum id, quod dandum est, certo non demonstraretur. Si igitur in negotio illo meo, me non juveris tua pecunia, tanti mihi competit actio incerti, quanti mea ob eam rem interest, quod non feceris, quod te facturum pro-

Digitized by Google

promiseras, & receperas. Ad hæc notandum, quod Accursius in hac l. obiter significat, eum, qui pecuniam credidit, nulla solutioni die prædicta, statim pecuniam repetere posse, non esse verum, quia alioqui nullus fuerit pecuniæ creditæ usus, nulla utilitas, si statim pecuniam creditam reposcere liceret. Commodatum statim repeti non potest, *l. in commodato*, *§. si quid*, *commod.* mutuum quasi commodatum est. Illud mutuum est ad usum, hoc vero commodatum ad abusum, *l. item legato*, *§. 1. de leg.* 3. Ergo intervallo aliquo justo, & moderato opus est, quo qui accepit, utatur, vel abutatur, & abusus deinde conquirat quod reponat. Et ita Bartolus recte hoc loco. Potest etiam ad cautionem judicio sisti referri *l. 5. de verb. significat.*

Ad Legem V. de Verb. signif. *Rei appellatio latior est, quam pecuniæ; quoniam etiam ea, quæ extra computationem patrimonii nostri sunt, continet: cum pecuniæ significatio ad ea referatur, quæ in patrimonio sunt.* B

Ad §. Opere locato, *conducto: his verbis Labeo significari ait, id opus, quod Græci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum.*

POtest etiam ad cautionem judicio sisti referri hæc lex, quia certum est, ex edicto Prætoris, eam cautionem, sive stipulationem, si non sit expressa certa pœna, vel actionem, quæ ex ea competit, concludi quanti ea res est, vel quanti eam rem esse paret, *l. 2. §. ult. l. 3. qui satisd. cog. l. pen. si quis caut.* Plus dixit Prætor rem dicendo, quam si pecuniam dixisset, quia ut ostendit hoc loco, latius patet rei, quam pecuniæ significatio. Pecuniæ significatio refertur tantum ad ea, quæ sunt in bonis nostris, in patrimonio nostro, ut in *l.* 12. *tab.* Paterfam. uti legassit super pecunia, tutelave suæ rei, ita jus esto: & in alia lege, ut qui prodigus existeret, ei prætor causa cognita bonis ejus interdiceret, inque ipsius pecunia agnatorum gentiliumque potestas esset. Rei autem significatio refertur non tantum ad ea, quæ sunt in bonis nostris, in dominio nostro, sed & ad ea, quæ sunt tantum ex bonis nostris, veluti ad rem locatam nobis, vel pigneratam, vel à nobis bona fide possessam justa ex causa, vel ad eam, cujus ususfructus ad nos pertinet. Et ita explicandus est hic locus, Glossa circumscripta ex *l. 2. §. in hac actione, vi bon. rapt.* Hæc sunt extra computationem nostri patrimonii: nec enim res locata, aut pignerata nobis, aut fructuaria, aut bona fide possessa, domini nostri est. Et hæc tamen si petituri sumus, hæc si *in litem* deducamus, recte agimus eorum nomine ex stipulatu *judicio* sisti, quanti ea res erit: nam & rei appellatione *illa* continentur, quæ tamen non continerentur pecuniæ appellatione: proinde augendæ orationis gratia in *l.* Falcidia scriptum est, *quas pecunias*, *quasque res*, itemque in definitione bonorum possessionis, *l. 3. de bon. possess.* persequendi patrimonii sive rei. Sequitur in hac lege, *§. 1. opere locato*, *vel conducto*; videtur hic locus accommodari posse edicto, *quod quisque juris*, de quo Paulus tractavit libro sequenti, & Ulpian. quoque, & Cajus prioribus libris ad edictum de eo tractarunt. Ac forte, ut in Cod. Theodos. & in Cod. Justinian. evenit sæpe, ut inscriptioni legis respondeat prima pars tantum legis, non extrema, & è converso, ut inscriptioni extrema, non prima: ita sæpe deprehendimus in his libris ad edictum, primam partem legum respondere numero inscriptioni præfixo, extremam vero partem non esse ex eodem libro, sed ex sequenti, vel ex alio. Ita vero commodissime hic locus de opere locato conducto referri potest ad edictum, *quod quisque juris statuerit*, in quo, ut ait *l. 1. §. ult. eod. t.* verbum, *statuerit*, significat rem perfectam, & consummatam, injuriam, inquit, non cœptam, quod idem dici potest fere de omnibus verbis juris, ut cum dicitur, libertum Latinum jus Quiritium consequi, si Romæ domum ædificarit, apud Ulp. *lib. reg. tit. 3.* eod. verbo significamus consummatum ædificium, quod jam in usu esse possit, l. *ædificia*, *inf. hoc tit.* Et similiter, ut ostendit hoc loco, cum locatur conducitur domus construenda, vel quod aliud quodcumque opus faciendum, his verbis significa-

A tur consummatio operis, ἐντελεια, sive ut ait ἀποτέλεσμα, id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum, non τὸ τυχὸν ἔργον, veluti impositio unius, vel alterius cæmenti, opus inchoatum, imperfectum, informe. Et eleganter illa lex, *si is, qui quadringenta*, *§. ult. ad leg. Falcid.* non videri eum opus fecisse, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit, non dederit. Et huic loco convenienter, *l. ea lege*, *§. ult. loc.* opere locato conducto, universitatem consummationis ad conductorem pertinere, ubi Basilica habent, τὸ ἀποτέλεσμα τοῦ ἔργου πρὸς τὸν μισθωτὸν φέρεσθαι.

Ad Legem VII. de Verb. signif. *Sponsio appellatur, non solum quæ per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio, promissioque.*

PUto etiam ad cautiones judiciarias pertinere hanc legem, quæ est ex eod. libro. Sponsio, inquit, appellatur non solum, quæ per sponsus interrogationem fit: sed omnis stipulatio, promissioque. Inter stipulationes judiciarias una erat, quæ specialiter sponsio dicebatur, qua reus actorem provocabat, lacessebat, stipulando certam pecuniam, quam amitteret, nisi probaret intentionem suam, ut Asconius declarat 3. in Verrem, & vicissim actor reum provocabat, æque restipulando ab eo certam pecuniam, ni vinceret, & plerumque stipulabantur tertiam, ut in oratione pro Roscio Comœdo, aut frequentissime decimam partem litis æstimatæ, ut in *§. hæc autem*, *Institut. de pœna temere litig. l. 2. § antiqua*, *C. de jurejur. propter calum. dando*, *& Novella* 112. Ad hanc cautionem, quæ sponsio dicitur,
C & mutua sponsio est, Paulus notavit, etiam generaliter sponsionem dici, omnem aliam quamcumque stipulationem, & promissionem, nedum illam, qua adversarius adversarium provocat initio litis calumniæ plectendæ causa, quæ, ut ait, per sponsus interrogationem fit, nimirum hoc verbo, *Spondes*, *spondeo*. Unde ex sponsu dicitur actio: ergo & quæ fit hoc verbo, *promittis*, vel *fide promittis*, *fidejubes*, vel *dabis*, aut *facies*, vel *dari*, *fieri*, *sisti*, sponsio dici potest, quæ per *sponsus* interrogationem fit: Sic enim recte Florentini scriptum habent, & per sponsus, id est, per interrogationem ejus, qui vicissim roget, & rogetur pecuniam certam, ut in stipulationibus, aut in sponsalibus futurarum nuptiarum, quoniam utrinque fit stipulatio, sive restipulatio potius. Et hoc significari sponsus nomine demonstrat Varro 5. & 6. *de ling. Lat.* his verbis:
D sponsus contra sponsum rogatus.

Ad Legem CVI. de Reg. jur. *Libertas inæstimabilis res est.*

HÆc lex potest etiam bellissime referri ad stipulationes illas judiciales, si servum, de quo noxalis actio erat, judicio sisti promisero, & sine facto meo manumissus fuerit, non teneor ex stipulatu, ne in æstimationem quidem, quia liberi hominis, id est, manumissi nulla æstimatio fieri potest: libertas res est inæstimabilis, libertas res est sine pretio pretiosa, res, quæ pecunia lui, aut reparari non potest, *l. 9. §. pen. de statuliberis*: sed noxa manumissum sequitur, *l. pen. si ex noxali causa ag.* Jam si quis procura-
E tor alieno nomine libero homini faciat controversiam status, in stipulatione rem ratam haberi liber homo comprehendere debet certam summam, quam procurator amittat, si dominus rem ratam non habuerit: certam, inquam, summam, alioqui non adjecta certa summa liber homo nihil ex stipulatu consequeretur, quia libertatis, de qua periclitatus est, infinita æstimatio est. Quæ est sententia *legis procurator*, *§. ult. rem rat. hab.* qua ratione, ut opinor, etiam qui ex testamento libertatem accipit, nec præterea legatum, aut hereditatem cepit, nullo fideicommisso onerari potest, quia libertas, quam accepit, nullam æstimationem recipit, *l. plane si filium*, *§. ult. de leg.* 1.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. III. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. IX. de Jurisdict. *Si familia alicujus album corruperit; non similiter hic edicitur, ut in furto, ut in reliquos actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, unius nomine præstiterit, quantum liber præstaret, fortasse quia hic, & contempta majestas prætoris vindicatur, & plura facta intelliguntur: quemadmodum cum plures servi injuriam fecerunt, vel damnum dederunt: quia plura facta sunt; non ut in furto unum. Octavenus hic quoque domino succurrendum ait: sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur: quia tunc unum consilium fit, non plura facta. Idem Pomponius libro decimo notat.*

SATIS perspicuum est, hanc legem pertinere ad edictum de albo corrupto, quod etiam Ulpianus proposuit *lib. 3. l. 7. hoc tit.* Illo edicto non tantum liber homo continetur, qui corrupit album prætoris; sed etiam servus, & familia, qui quæve id fecit. *Familia*, id est, grex servorum, qui sub unius domini potestate sunt. Verum eo nomine pro servis noxalis actio albi corrupti in dominum non competit, sed si à domino non defendantur, in ipsos servos datur actio extra ordinem, inflicta, & irrogata pœna corporali, nam pecuniaria in servos non cadit, *l. 7. hoc tit.* Cur vero ex hac causa non est in dominum actio noxalis? An (quod Accursius, qui profecto rationem hujus legis non prævidit, tentat in *l. 3. §. penult. de sep. viol.*) an agitur, ut ille tentat, quia de albo corrupto popularis actio est, quod est verum, non actio privata; & in privatis tantum actionibus, quæ oriuntur ex privatis delictis, videtur adjici clausula noxalis, ut scilicet dominus, quo cum agitur, vel subeat litis æstimationem pro servo, aut servis, vel eos in noxam dedat: An igitur hæc est ratio, propter quam ex causa albi corrupti, non est in dominum ejus, qui corrupit, noxalis actio? Minime, nam actio ex edicto de dejectis, & effusis, proculdubio est popularis, si servus insciente domino fecisse dicetur noxalis est, ergo, & popularis actio noxalis est, nedum privata, *l. 1. §. 1. l. 5. §. prætor ait, de iis, qui dejecerunt, vel effud.* Si inquam, ut hoc explicem solertius, & verbosius, servus ex cœnaculo, in quo dominus habitat, dejecerit, vel effuderit aliquid, quod transeunti nocuerit; vel etiam, si quid servus ibi posuerit, aut suspensum habuerit, cujus casus periculosus sit, in dominum est actio noxalis, non etiam, si seorsum à domino servus habitarit, & ex cœnaculo, in quo servus habitabat seorsum quadam alia parte urbis alius dejecerit, vel effuderit aliquid, non ipse servus, eo scilicet nomine non est in dominum noxalis actio, quia cum servi nulla sit noxia in ea re, id est, nullum factum, non potest de eo in dominum noxalis actio esse: sed quia tamen in ea re vertitur culpa servi, quod eos scilicet in habitationem suam receperit, qui id fecerint: servus culpæ nomine, quod parum sibi caverit, extra ordinem officio judicis coercetur, *l. 1. §. cum servus, de iis, qui dejec. vel effud.* Et hæc quidem ita se habent in actione populari ex edicto de dejectis, & effusis. At alia est actio popularis de sepulchro violato, quæ tamen, si servus in sepulchro alieno habitaverit, vel ædificaverit habitandi causa, juxta, vel supra sepulchrum, in dominum non est noxalis, sed in ipsum servum datur actio, quasi ex majore delicto, actio sepulchri violati, *l. 3. §. pen. de sep. viol.* ut scilicet in corpus torqueatur ob eam rem: quod Græci notant in hoc loco, *ὥστε σωφρονίζεσθαι αὐτὸν παρὰ τῶ δικαστῆ, ut à judice corrigatur, castigetur, d. l. 1. §. cum servus:* datur, inquam, eo nomine actio in servum, extraordinaria scil. ut in corpore luat pœnam. Ordinaria actio

A cum servo nulla est, *l. cum servo nulla, de reg. jur. l. quoties, si quis cautionibus, l. 44. de judiciis.* Extraordinaria potest esse, non tam in servum, quam in corpus servile. Quo sensu etiam actiones quædam, quæ sunt ex privatis delictis, & privatæ, non populares, dicuntur in servum dari, id est, in servi corpus extra ordinem, veluti de damno in turba dato, *l. 4. §. pen. vi bon. rapt.* Et de damno dato ex incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata, *l. 1. §. 1. de incend. ruin. & nauf.* Ex his causis dicuntur dari actiones, extra ordinem scilicet, in servum, & in familia. Uno tamen casu actio sepulchri violati est noxalis, quasi ex minore noxia, non in ipsum servum, qui casus proponitur in *d. l. 3. §. pen. de sep. viol.* puta si in sepulchro servus neque habitat, neque ædificavit, sed domunculam, ut ait illo loco (quamvis Grammatica exigat, ut potius domiculam dicamus) sed, inquit,
B domunculam ibi habeat, neque in ea habitet tamen. Aliud est ædificium, aliud domuncula: ædificium est *ἀποτέλεσμα*, domuncula est *ἔργον*: ædificium effectus: domuncula, actus fere non effectus. Et si domunculam, inquit, ibi habeat, si modo habere posse videatur. Hæc sunt verba. Placet valde exceptio illa sive *προσδιορισμὸς si modo habere posse videatur*, quia ipso jure nihil proprium sane servus habere potest, sed habere tamen nonnunquam videtur, veluti somno conniventibus oculis domini, ut ait *lex 4. §. 1. de manumis.* cum permittente domino quasi testamentum faciat, apud Plinium 8. epist. Porro ex ea *l. 3. §. pen.* intelligimus, actionem sepulchri violati, quæ est popularis, regulariter non esse noxalem, & illo uno casu esse noxalem. Videndum nobis illud restat, cur actionum popularium aliæ sint noxales, in dominum scilicet, ut de dejectis, & ef-
C fusis, & illo casu de sepulchro violato: aliæ non sint noxales in dominum, sed in corpora ipsa servorum dentur, in terga, in scapulas exerceantur, ut de albo corrupto, & regulariter de sepulchro violato. Cur item ex privatis actionibus, quæ ex privatis delictis nascuntur, quæ plerumque solent esse noxales, quædam non sint noxales, sed eæ, quæ in corpora servorum exerceantur, veluti de turba, de incendio, ruina, naufragio. Ratio varietatis, ut breviter absolvam, pendet ex edictis, quibus actiones proditæ sunt; pro qualitate admissi, sive noxiæ, Prætoribus visum est, alias facere noxales, alias non item: nec alia ratio varietatis quærenda est, neque enim ulla est actio noxalis, nisi quam edicto nominatim prætor noxalem fore edixit; non arbitratu, aut interpretatione nostra actiones fiunt noxales: sed tota hæc res pendet ex edictis. Igitur si servus al-
D bum Prætoris corruperit, nec dominus eum defendat, corpus servi torquendum est. Sin autem dominus eum defendat, pro eo inferre debet pœnam edicto comprehensam, quingentorum aureorum, *l. 7. hoc tit.* At quid si plures servi ejusdem domini, quid si familia album corruperit, & dominus familiam defenderit? Videamus quatenus dominus teneatur, an satis est dominum semel inferre quingentos aureos, perinde atque si unus tantum servus deliquisset, non plures: Quod posset tentari hac ratione, quia familia, cum sub unius potestate sit, unius personæ vice fungi videtur, tamquam eodem vinculo potestatis vinciente omnes, & faciente unum corpus, & quasi unum hominem ex multis. Qua ratione, & pater una cum filiis pluribus, qui in ejus potestate sunt, unus homo esse censetur, una persona, unum corpus. An vero si familia album cor-
E ruperit, & dominus eam defendere paratus sit, an pro singulis servis, dominus debeat inferre aureos quingentos, veluti pro tribus mille, & quingentos, pro quatuor duo millia? Et Paulus ostendit in hac *l. 9.* quot sunt servi, qui proterve album Prætoris corruperunt, tot dominum, qui eos defendit, pro numero eorum ex edicto debere pœnas dependere; quia securitate opus est in majestate Prætoris vindicanda, & quia revera plurium plura facta sunt. Plures igitur pœnas exigunt, plura remedia: nam pœnæ sunt remedia delictorum. Nam & ita si familia injuriam privato homini fecerit, quot sunt personæ injuriam facientium, tot injuriæ, tot facta sunt, & toties sufferre dominus debet litis æstimationem, *l. si plures, de injuriis,* si eos noxæ dedere nolit: nam actio injuriarum noxalis est. Verum obstat, &

tur-

turbat, quod habetur in edicto, *si familia furtum fecisse dicatur*, si familia furtum fecerit, satis esse à domino præstari pœnam semel dupli, vel quadrupli, quæ præstanda foret, si unus, tantum furtum fecisset. Cur non idem servatur, quum familia corrupit album Prætoris, vel quum privato homini injuriam fecit? Dico, quod & verissimum est, illo edicto, *si familia furtum*, Prætorem specialiter (& ideo datur specialis titulus) dominis prospexisse, ne servi, quibus hoc ingenitum est, ut furaces sint, unde & servile probrum pro furto apud Cornel. Tacit. 1. Annal. *Servili*, inquit, *probro respersus est, tanquam scyphum aureum in convivio Claudii furatus*: ne, inquam, servi dominos evertant omnibus fortunis suis, vel unum tantum furtum faciendo, furtum unius rei, si ob id dominus, vel omnes noxæ dedere cogatur, qui forte servos tantum in patrimonio habet, vel pro singulis eandem litis æstimationem offerre. Plura quidem sunt furta, si familia furtum fecerit, quamvis una tantum sit res, quæ subripitur, quia plures sunt personæ, quæ furtum fecerunt, sed beneficio edicti Prætoris habita ratione dominorum, unum factum tantum esse intelligitur, ut unam tantum pœnam domini pro servis exolvant. At rursus turbat, quod est certum, si familia damnum injuria dederit alii, satis esse à domino præstari, quod præstandum foret, si unus tantum damnum dedisset, *l. 1. §. ult. si fam. furt. fec. dic. l. illud, ad leg. Aquil.* Sed ut respondeam, quæ ratio est edicti, *si fam. furt. fec. dicatur*: in actione furti eadem versatur, & valet in actione damni injuria dati ex lege Aquilia, ne ob damnum, quod uni rei illatum est, dominus tota sua familia, totove suo patrimonio careat. Quid igitur est, quod ait Paulus hoc loco? *si familia damnum dederit, plura esse facta*, veluti si familia injuriam fecerit, vel si album Prætoris corruperit, non unum factum, sicut si furtum fecerit. Admittit Paulus, quod est in illo edicto, unum factum esse intelligi, si familia furtum fecerit. At idem non admittit, si familia damnum dederit. Sed & hoc casu vult plura esse facta, sicut plura sunt facta, si familia album corruperit, vel si convitium homini privato, & injuriam fecerit. Hoc vero ita explicandum esse censeo. Respicit Paulus hoc loco ad id, quod in re est, in veritate, quia revera si familia damnum dederit, plura sunt facta, nec ulla est lex, ullumve edictum, quæ quodve hoc specialiter caveat, sicut in furto, ut pro uno facto habeantur; si familia furtum fecerit, id pro uno facto habetur, quia edicto cautum est: si familia damnum dederit, id non habetur pro uno facto, quia id nullo edicto cautum est. Benigna tamen interpretatione receptum est, ut & in hoc casu, videlicet cum familia damnum dederit, domino subveniatur, quia ut dixi, eadem ratio intervenit in damno dato, & in furto facto, & quia, ut ait *d. l. illud, ad l. Aquil.* plerumque damnum ob delictum, quod ex lege Aquil. venit, in levi re versatur atque consistit; & non ex dolo, sed ex culpa facientis, aut facientium proficiscitur. Et ideo æquum est, ut & damnum à familia datum, sicut furtum, pro uno facto habeatur, quamvis id nullo edicto specialiter expressum, & cautum sit. Eandemque benignitatem Octavenus, ut Paulus hic refert, extendebat ad causam albi corrupti: sed refellitur Octaveni sententia, & prævalet durior sententia, venerandæ & ulciscendæ prætoriæ Majestatis causa, ut scilicet, quia sunt plura facta, etiam plura esse delicta intelligantur, & plectantur ut plura, cum & vindicandæ injuriæ privato factæ causa, si familia injuriam fecerit, plura facta non tantum sint, sed etiam esse intelligantur, *d. l. si plures, de injuriis*. Unde sic statuamus, familia injuriam faciente privato, vel prætoris albo corrupto, & plura facta esse, & intelligi: familia autem furtum faciente, vel damnum injuria dante, plura quidem facta esse in veritate, sed ex æquo, & bono propter utilitatem dominorum non intelligi plura, sed unum, domini allevandi gratia. Et differentiæ rationem hanc esse, quia gravior est injuria, & atrocior imminutæ, & contemptæ majestatis prætoriæ, imminuti honoris alieni, quod sit illata injuria imminutæ dignitatis alienæ; Et certe tanto gravior est, quanto à pluribus admittitur, *d. l. si plures*: gravior est injuria, quæ tibi fit à pluribus, si plures te

A pulsaverint, quam si unus te pulsaverit tantum: non gravius est furtum neque gravior causa imminuti patrimonii, furto facto, vel damno dato à pluribus: neque enim numerus plurium delinquentium efficit, ut ratio damni crescat. Nam re mea mihi subrepta, aut deteriore facta à pluribus, non plus damni mihi fit, non plus damni patior, quam si unus fecerit. At longe gravius læditur honos meus, si plures, quam si unus tantum mihi convitium dicat, vel quid aliud faciat, quod pertineat ad injuriam meam. Idemque est in contumelia prætori facta multo magis. Et ideo facile patimur furtum, vel damnum, quod familia fecit, vel dedit, pro uno facto haberi: non item contumeliam prætoris, aut privati. Et uno tantum casu in causa albi corrupti, Paulus adjicit hoc loco, Octaveni sententiam esse probandam, si familia non corruperit album prætoris,
B sed curaverit ab alio corrumpi, quia tunc verum est, familiæ unum esse consilium, unum eundemque motum animi, non plures. Quum autem ipsamet familia album corrupit, plura sunt facta, & quidem audaciora, plures manus, plures offensæ. Et ideo hoc casu, non est probanda Octaveni sententia, qui & ex eo existimabat, benigne plura facta pro uno habenda esse. Et si animus est, consule de hac re lib. observat. 8. *cap.* 20.

Ad L. IV. de Popular. act. *Popularis actio integræ personæ permittitur, hoc est, cui per edictum postulare licet*.

AD hæc vero, me auctore etiam conjunge *l. 4. de pop. act. inf.* quæ est ex eod. lib. Pauli, nam quum de actione albi corrupti hoc libro tertio tractaret Paulus, quæ po-
C pularis est, *l. 7. de jurisd.* docuit, eam patere omnibus, qui scilicet integræ frontis, opinionis & existimationis sunt, non infamibus, & ignominiosis, qui ex edicto, ut postulare non possunt, ita nec ullo populari judicio experiri possunt. Non posse infames postulare constat ex *l. 1. §. ait prætor, de iis, qui not. inf.* Et ratio est optima, quia ordo advocatorum, qui postulant pro aliis, est seminarium dignitatum, ut ait eleganter Valentinianus in *Nov. de postulando*, & infames in perpetuum omni dignitate privantur, omnique spe perveniendi ad dignitatem, *l. 8. de interd. & releg. l. 1. ad l. Juliam de vi privata, l. 2. C. de dignit. lib. 12. l. 8. C. de decurionib. l. 3. C. de re militari*.

Ad L. II. Quod quisque juris. *Hoc edicto dolus debet jus dicentis puniri. Nam si adsessoris imprudentia jus aliter di-*
D *ctum sit, quam oportuit, non debet hoc magistratui obesse, sed ipsi adsessori*.

EX hoc edicto punitur dolus malus magistratus, qui aliter jus dixit, quam oporteat. Et ita punitur, ut & ipse, postulante quocumque adversario, cum quo ei res sit, quandoque privatus idem sibi jus dici patiatur. Dolus, inquam, malus magistratus punitur, imprudentia ejus, vel imperitia non punitur, puta si per imperitiam juris, & legum jus iniquum statuerit, & adsessoris ejus, sive consiliarii imperitia, quæ utique culpæ adnumeratur, ut est in regula juris, & imputatur iis, qui se jurisperitos esse præ se ferunt, adsessoris, inquam, imperitia punitur ex hoc edicto, in persona scilicet ipsius adsessoris, non in persona magistratus. Quia quod consilio ejus juris dixit magistratus, id ipse ad-
E sessor dixisse videtur, qui in partem magistratus habetur, ut Cassiodorus ait 11. variarum ex *l. omnis, C. Theod. de iis, quæ adminis. vel gerentibus tradita sunt*, quæ lex ait, adsessorem esse quandam uniuscuisque judicis portionem. Ratio autem differentiæ inter judicem sive magistratum, & adsessorem, ut imperitia magistratus hoc edicto non puniatur, sed adsessoris ejus imperitia puniatur, hæc est; quia adsessor præstare debet scientiam juris, & legum: neque enim ullus est adsessor, qui se non profiteatur esse jurisperitum, alioquin in consilium magistratuum non adsumeretur, *l. 1. sup. de offic. adsess. l. 1. C. de adsess.* magistratus autem neque profitentur, neque præstare debent scientiam juris, quia plerumque ex nobilibus erant, & principibus civitatis, ex militaribus viris, ut apud nos præsides Pro-

vinciarum, aut Senescalli, quibus curæ magis sunt arma, A quam leges, ex iis pauci jurisperiti reperiuntur. Atque ideo adsessores sibi optant, quorum in jure dicundo consilio utantur. Juris imperitum jurisdictioni præesse nihil vetat, sed adhibere in consilium debet certum numerum adsessorum. M. Tullius *in orat. pro Plancio*: *In magistratibus*, inquit, *si qua est ars, pop. Rom. facile patitur, sin minus, virtute eorum, & innocentia contentus est. Quotus enim quisque disertus, quotusquisque jurisperitus est?* Significans plane ex magistratibus paucos esse jurisperitos, qui tunc juri dicundo præerant. Quamobrem, quæ datur actio in factum adversus judicem, qui per imprudentiam male judicavit, *l. ult. de extraord. cognit.* non est existimandum, eam dari adversus magistratum, qui non debet præstare peritiam juris, sed dari adversus judicem datum, quia & judices, qui dabantur à Prætore, vel Præside in singulis causis, ex numero B jurisperitorum erant. Ideoque ut est in Nov. 82. judices dati, id est, pedanei, præstare debent scientiam, *νόμων, καὶ πείρας τριβὴν*, vocat continuatam, & tritam meditationem usus forensis. Igitur judices dati præstare debent scientiam legum, & scientiam illius trituræ forensis. Ab hoc edicto transeamus ad edictum de edendo.

Ad L. II. de Edendo. *Si legatum petatur, non jubet prætor verba testamenti edere. Ideo fortasse, quia heredes solent habere exemplum testamenti.*

AD edictum de edendo pertinet ex eod. libro Pauli *l. 2. & 7. & 9.* ejusdem tituli: ex iis quatuor tres explicaturus sum. Porro ex edicto, aut ex ejus parte prima, qui adversus alium acturus est, ante omnia ei debet edere ge- C nus actionis, qua experiri instituit, *l. 2. in princip. hoc tit. l. edita, C. eod. l. 33. inf. de judiciis.* Edere etiam ei debet instrumenta litis futuræ, quibus in litigando usurus est, veluti chirographa, vel tabellas, & auctoritates prædiorum, vel rationes accepti, & expensi, ut *l. 5. & 6. C. eod. tit.* non quidem ipsa authentica, id est, originalia edere debet, sed exempla eorum, sive *ἀντίγραφα*, aut descripta, *l. exempla, h. tit.* quod *& l. 1. §. editionis, hoc tit.* demonstrat: quæ ait ea edi debere sine die, & consule: ergo exempla non authentica: nam authentica non ederentur sine die, & consule. Et hinc pendet ratio l. 2. *h. tit.* quæ est Paul. Sententia legis est, legatarium, qui vult agere ex testamento adversus heredem, hoc edicto non posse heredem compellere, ut edat sibi testamentum, quo sibi legatum relictum est, non posse, inquam, legatarium heredem cogere, denique legatario agente adver- D sus heredem ex testamento, hoc edicto heredem non cogi edere verba testamenti, quia heres, inquit, habere solet exemplum testamenti: frustra, inquit, quis desiderat sibi edi quod habet. Qua de causa, maxime qui desiderat sibi edi instrumenta, jurare debet, se calumniæ causa id non desiderare. Quid enim, inquit *l. 6. §. exigitur, hoc tit.* si postulet sibi edi quod habet vexandi adversarii causa? Ergo frustra etiam desiderat heres à legatario agente ex testamento, sibi exhiberi, vel edi testamentum, quia exemplum ejus solet heres apud se habere. Vix enim, aut ne vix quidem quisquam adit hereditatem, antequam testamentum aperuerit, inspexerit, descripserit. Et hæc est sententia legis 2.

Ad L. V. de Edendo. *Spatiumque ad perferendas eas tribuendum est.*

E

Ad L. VII. Eod. *Velut si peregre habere, quod primum editum est, doceat: vel minus plene editum: vel eas rationes, quas casu majore, non vero negligentia perdiderit: nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi jubebit.*

Ad §. Hæc vox iterum *duas res significat, alteram, qua demonstraretur tempus secundum, quod Græci δεύτερον dicunt: alteram, quæ ad insequentia quoque tempora pertinet, quæ Græce dicitur πάλιν: quod ita accipitur quotiens opus erit. Nam potest fieri ut bis editam sibi rationem quis perdiderit, ut verbum iterum pro sæpius accipiatur.*

ALia vero parte edicti Prætor argentarios, sive *τραπεζίτας* jubet postulantibus, & similiter jurantibus, se non calumniæ causa postulare, rationes edere, quæ ad eos pertinent (& quodammodo eorum instrumenta sunt rationes) puta authentica ipsa rationum, codices ipsos rationum, sive exempla eorum adjecto die, & consule, ut *l. 4. in princ. hoc tit.* Et cur edat, aut edere cogatur argentarius instrumenta rationum adjecto die, & consule, nec tamen instrumenta litis edat actor adjecto die, & consule, si scire aves, adi si placet observat. 10. *cap.* 14. Hac igitur parte edicti Prætor jubet argentarios edere rationes iis, quorum causa eas confecerunt, unde illi se instruant, & comparent, vel ad agendum adversus argentarios, vel adversus alios, sive ipsi argentarii adhuc faciant argentariam, sive desierint facere, eoque nomine prætor in argentarium, successoresque ejus pollicetur actionem in factum in id, quod interest, *l. 4. 6. 9. §. ult. & l. 10. hoc tit.* Argentarii non sine magno quæstu in foro multorum pecunias, cautiones, nomina tractabant, exercebant, occupabant, & omnes actus sui rationes conficiebant, quas edere compellebantur iis, quorum intererat, qui fidem eorum, quasi publicam elegerant, vel secuti erant. Et inde *l. 10. hoc tit.* officium argentariorum, atque etiam ministerium publicam habere causam, & hanc principalem eorum operam esse, ut actus sui rationem diligenter conficiant, ut scilicet præscribant, quas, cujus pecunias, quo die, quo consule acceperint, crediderint, fœnori occupaverint, quarumque pecuniarum nomina fecerint cum aliis, quas solverint, quas receperint se soluturos pro aliis. Quod & Demosthenes ostendit aperte in oratione *πρὸς Τιμόθεον* illo loco, *Οἱ τραπεζῖται εἰώθασιν ὑπομνήματα ὑπογράφειν ὧν*, &c. Illa autem actio in factum, quæ datur in argentarios, qui detrectant edere rationes, postulantibus, & jurantibus, ut dixi, in argentarios intenditur illo in loco, quo officium illud suum administraverint, quo argentariam exercuerint, eo scilicet loco coguntur codices rationum edere, & exhibere, & eo nomine conveniri possunt eo loco, quo mensam argentariam fecerint, quo mensam argentariam in foro positam habuerint, ac si forte rationes in aliam provinciam transtulerint, coguntur suis sumptibus eas in illum locum referre, quo argentariam fecerunt, quo mensam argentariam in foro positam habuerunt, *l. heres, §. 1. l. argentarium, infr. de judic.* At si quis adversus eos agat alio loco, quam quo officium illud publicum administraverint, ubi actus sui rationem habent, non compelluntur ad editionem, quia incongruo loco cum his agitur, nisi forte actor desideret suis sumptibus, & suo periculo in eum, quo agit locum rationes perferri, & æque suis sumptibus sibi earum exemplum edi, *l. 3. §. ult. h. t.*

Ad L. V. de Edendo. Cujus verba supra posita sunt.

QUo casu Paulus subjicit in *l. 5.* omnimodo dandam esse argentario dilationem ad perferendas rationes à loco, in quo confectæ sunt, ubi est mensa argentaria, ubi exercetur, ubi *ἀργυροπρατεῖον*, in eum locum, quo agitur, illo, inquam, casu, quo alibi petitur rationes edi, quam ubi confectæ sunt, non temere danda est dilatio argentario, qui eas transtulit in alium locum, sed causa cognita, *d. l. argentarium*, quia plerunque argentarii frustrandi, & fraudandi causa simulant se alibi codices rationum habere, vel etiam dolo malo eos in alium locum transferunt, quibus non est æquum, ullam dilationem dari: sed protinus, nisi edant, damnandi sunt in id, quod interest, quia & in hoc maxime deliquerunt, quod alio rationum instrumenta transtulerint, quam quo loco eas confecissent. Eodem vero edicto Prætor declarat, se non jussurum edi iterum rationes mensæ argentariæ ei, cui jam semel editæ fuerint, nisi ex justa causa, *l. 6. §. ult. hoc tit.*

Ad L. VII. Eod. tit.

JUstæ causæ exempla tradit Paulus in l. 7. Si peregre habeat exemplum, quod sibi primum editum est, quo nunc maxime indigeat: vel id casu majore, vel (ut Cajus Manilius loquitur) forte magistra amiserit, veluti, incendio, sive ruina, aut naufragio, non culpa sua, vel etiam si prior

editio

editio manca fuerit, & imperfecta: ex iis causis, quia justissimæ sunt, etiam iterum rationes argentariæ mensæ eidem edi jubebit prætor. Idem Paulus in *l.7.* quia Prætor ait, ei, qui iterum rationes mensæ argentariæ edi postulavit, causa cognita edi jubebo, docet hanc vocem, *iterum*, duas significationes habere. Alteram, qua demonstratur tempus secundum,& quod Græcis est δεύτερον, sive ἐκ δευτέρου *pour la seconde fois*, ut in *l. cum plures*, *§. ult. de reb. auct.jud.pos.* creditoribus missis in possessionem bonorum debitoris concessam semel recognitionem, & dispunctionem rationum ejus, iterum permitti, si juraverint non calumniæ causa se postulare, nec habere, quo prius dispunxerint, & disputaverint, nec amplius,quam bis permitti: ergo illo loco δεύτερον est *iterum*,non permitti, nisi una,& altera vice. Alteram vero significationem hujus vocis *iterum* non solum tempus secundum demonstrare, sed & insequentia tempora, ut *iterum* pro sæpius accipiatur, quotiens opus erit, ut Græcis, πάλιν,sive εἰς τὸ πίσω,quod Gallice dicimus derechef. Et hoc sensu in hoc edicto, *iterum* accipitur, quia ex causa *etiam amplius*, quam bis, vel decies easdem rationes, *ex causa*, ut dixi, prætor edi jubebit. Et sic etiam iterum accipitur in *l. oratione, supr. tit. prox.de feriis*, oratione *Divi* Marci instrumentorum causa, non amplius, quam semel dilationem dari, sed utilitatis litigantium gratia, causa cognita, & iterum dilationem dari, id est, iterum, atque iterum, ex eadem provincia, vel ex alia, maxime si quid inopinato emergat, & justa causa interveniat.

Ad Leg. IX. de Edendo. *Quædam sunt personæ, quas rationes nobis edere oportet: nec tamen à prætore per hoc edictum compellentur, veluti cum procurator res rationesve nostras administraverit, non cogitur à prætore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet, quia id consequi possumus per mandati actionem, & cum dolo malo socius negotia gessit, prætor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio, sed nec tutorem cogit prætor pupillo edere rationes, sed judicio tutelæ solet cogi edere.*

Ad §. Nihil interest, *si successores, aut pater, aut dominus argentarii ejusdem fuerunt professionis: quia cum in locum, & in jus succedant argentarii, partibus ejus fungi debent. Is autem, cui argentarius rationes suas legavit, non videbitur contineri (quia juris successor his verbis significatur) non magis, quam si ei vivus eas donasset. Sed nec heres tenebitur, cum non possideat, nec dolo malo fecerit. Sed si ei, antequam eas legatario traderet, renuntiatum fuerit, ne ante eas tradat, tenebitur, quasi dolo fecerit. Item antequam eas tradat, tenebitur. Quod si nihil dolo fecerit: causa cognita legatarius cogendus est edere.*

Ad §. Nummularios *quoque non esse iniquum cogi rationes edere, Pomponius scribit: quia & hi nummularii sicut argentarii, rationes conficiunt: quia & accipiunt pecuniam, & erogant per partes, quarum probatio scriptura, codicibusque eorum maxime continetur, & frequentissime ad fidem eorum decurritur.*

Ad §. Cæterum omnibus *postulantibus, & jurantibus, non calumniæ causa petere rationes, quæ ad se pertineant, edi jubet.*

Ad §. Ad nos enim pertinet, *non tantum cum ipsi contraximus, vel successimus ei, qui contraxit, sed etiamsi is, qui in nostra potestate est, contraxit.*

IN hac lege persequitur Paulus materiam edicti de edendis ab argentario rationibus, postulante eo, ad quem pertinent, cujusve causa confectæ sunt, & de act.in factum in id quod interest, quæ eo nomine in argentarium datur, qui dolo malo eas non exhibet. Ac primum quidem ostendit *in h.l.*cur eod.edicto ut in argentarios,ita in alios etiam, qui rationibus edendis, & reddendis obnoxii sunt, eadem actio non detur. Rationibus edendis, & reddendis obnoxius est procurator, vel gestor, qui res vel negotia nostra administrat, vel socius, qui communes, vel tutor, aut curator, qui pupilli,vel adolescentis. Cur in eos, qui pariter rationes nostras administraverunt, sicut in argentarios ex hoc edicto, id est, ex hac parte edicti, non datur, vel ut

A infra ait, ex hac clausula edicti, non datur actio in factum? nempe, quia in hos comparatæ sunt propriæ, & speciales actiones: in procuratorem actio mandati: in gestorem, qui procurator, & amicus voluntarius dicitur, actio negot.gestor. in socium actio pro socio: in tutorem actio tutelæ: in curatorem utilis actio negot. gestor.nulla vero earum actionum in argentarios congruit,aut competit:non mandati,non negot.gestor.quia non est gestor negot.nostror.sed omnium negotiorum,quæcumque pertinent ad eos,qui illorum opera, & ministerio uti volunt: non pro socio competit, quia non est socius ejus, qui cum eo contraxit: non tutelæ, quia non est tutor, non utilis nego.gest. quia non est curator. Videbatur tamen non improprie, neque inepte in argentarios, quasi in procuratores dari posse actio mandati, quia mandatu nostro argentarii, vel procuratores rationes
B nostras tractant, *l.6. §.ex hoc edicto,hoc tit.* Sed & hæc actio mandati huic negotio, quod administrat argentarius, apta non est, nec conveniens, quia non ut procuratoris, ita argentarii privata fides est, sed publica, *l.si ventri*, *§.in bonis, de reb.auct.jud.poss.alias de privil.cred.* nec argentarius procurator est singulorum: sed publica persona, ut hodie tabellio, qui instrumenta singulorum accipit, & conficit. Sane singulorum procurator non est, sed publica persona. Et hac quidem ratione dicimus, neque proprie, neque apte in argentarium,ut rationes edat, quasi in procuratorem agi posse mandati. Aptam cuique negotio actionem, qua agitur, & proposito competentem esse oportet, *l.2.C. de form. & impetrat.*Inepta actione agitur frustra,*l.fidejussor,de negot. gestis, l.1. si mensor fals.mod.dix.* nec tantum si inepta actum sit, ideo consumitur, vel amittitur, quæ negotio proprior,
C & aptior est. Licet enim ad eam redire, *l.cum indebiti*, *de cond.indeb.l.3.C.de edendo*. Ideo, quoniam in argentarium inepta erat actio mandati, propriam in eum actionem de edendis, & reddendis rationibus proponi oportere visum est. Cæterum hæ omnes actiones, quæ de reddendis rationibus sunt, eodem loco instituendæ sunt,eo scilicet loco restituenda quæque ratio est, quo & administrata est, submota omni præscriptione fori. Ratio mensæ argentariæ, quo loco argentarius contraxit,& argentariam exercuit,*l.4.§.ult. hoc tit.* Ratio tutelæ, quo loco tutela est gesta, & similiter quæcunque alia ratio,ubi gesta est, *l.heres 19.§.1.l.argentarium 45. de judiciis*, *l.1. C. ubi de ratio. ag. op.*

AD *§.1.* Quia ex hoc edicto actio in factum datur etiam in successores argentarii, ad quos rationes pervene-
D runt, si eas dolo malo non exhibeant,*l.6.§.1. h.t.* subjungit hoc esse verum, etiamsi successores eorum, ejusdem professionis non sint. Recte: nam & ipsi argentarii eadem actione tenentur, ex causa scilicet ante gestæ argentariæ, tametsi argentarii esse desierint, *l. 4. §. is etiam*, *hoc tit.* Et præterea docet Paulus, id esse intelligendum de successoribus juris universi, qui coguntur edere rationes, non de successoribus rei, qui in unius rei dominium argentario successeront, quia ii non coguntur edere rationes, etiamsi eas penes se habeant. Alii sunt successores juris, alii successores rei. Successores juris sunt heredes, bonorum possessores, fideicommissarii Trebelliani, bonorum emptores, & ii quibus libertatum conservandarum gratia bona addicuntur, & patres, qui filiisfam. defunctis intestatis, bona eorum castrensia jure suo occupant, & patres adrogatores,
E *l. 53. de oblig.& act. l.25.§.si operas,de usufr.l.5.usuf.quemad. caveat*, *l. si cum quis*, *§.1.l.si dominium, de furtis*, *l. actione*, *§. societas, pro socio, l.7. de pecul.leg.* Ac præterea domini, in quorum potestatem aliqua ex causa liberi homines rediguntur, & fiscus, in quem damnatorum bona recidunt, *l.2. de fundo dot.* Itemque pater, vel dominus, cui per filiumfamilias, vel servum adquiritur hereditas, vel quæ alia successio universi juris, *l. quamvis, ad Trebell.* vel ut in specie proposita, cui jure potestatis adquiritur quæstus omnis mensæ argentariæ. Nam & filiusfamil. argentariam facere potest, & tabulas rationum aliis conficere, *l.4. §. 1. hoc tit.* Nec obloquitur Cicero, qui pro Cœlio, *Tabulas*, ait, *eum, qui in potestate patris est, nullas conficere*. Nam sibi quidem nullas conficit,qui nihil suum habet,ut rationes de eo con-

ficere possit, sed conficit aliis, si tutor sit, si procurator, si [A] argentarii officio fungatur, & servur alienus quoque, quem & argentariam constat exercere posse, *d. l.4.* Pater autem, vel dominus, quo sciente, & volente filiusfamil. vel servus argentariam exercuir, si & ad eum quæstur mensæ argentariæ redierunt, perinde tenetur actione in factum, ac si ipse rationes confecisset. Ergo tenetur in solidum in id, quod interest, de peculio autem duntaxat, vel de in rem verso, cum quæstus non ad eum, sed in peculium filii, vel servi redit, nisi forte rationes pater, vel dominus penes se habeat, nec edat eas. Hoc enim casu in solidum tenetur indistincte, sive scierit, sive ignoraverit filium, aut servum argentariam exercere; quæ omnia ostenduntur in *d. l.4.* Et secundum ea est accipiendum, quod Paulus ait hoc loco, *patrem, vel dominum argentarii hac actione teneri*, quia, inquit, cum in locum, & jur succedant argentarii, puta omni quæ- [B] stu, omni jure, omnibus nominibus, cautionibus, actionibus ad eor relatis, quæ ex causa argentariæ veniunt; æquum est, ut partibar ejur fungantur hi omnes, qui successores jurir sunt, si argentario successerint, coguntur edere rationes mensæ argentariæ, per metum actionir in factum, quæ in id, quod interest intenditur, adversus eos, qui dolo malo rationes edere detrectant. Successores autem rei, vel in rem, non jurir, sunt legatarii, vel donatarii, quibus argentarius legavit, aut donavit rationes suas, *l. fluminum, §. alii-citur, de damn. inf. l.6. C. de except. l.19. C. de donat. §. legatarii, Instit. de testam.* Iis addi possunt victores, ad quos forte jure belli, capta urbe, rationes argentarii pervenerunt, ex Fabio *lib. 5. Instit.* qui aliam scribit esse conditionem victoris, aliam heredis: ad heredem jus, ad victorem rem transire, hoc est, heredem esse successorem juris, victo- [C] rem successorem rei. Et in hos quidem successores rei, dicimus ex hoc edicto non dari in factum actionem, etiam si in rationes argentarii successerint, easque possideant. Ad summam ita res se habet. Actionem in factum hoc edicto propositam in successores jurir dari, non in successores rei, & ut postea adjicit, quod maxime notandum est, in successores juris, ur in heredes argentarii, ita demum dari, si rationes argentariæ possideant, aut dolo malo desierint possidere, quia dolus malus pro possessione est. Quod si heredes argentarii, neque eas rationes possideant, neque dolo fecerint, quominus possiderent, proculdubio non tenentur, quia ex facto suo tantum tenentur, puta quod dolo malo non edant rationes, quas possident, vel dolo malo desierunt possidere, *l. ult. hoc tit.* Quid ergo? Si ab heredibus argentarii alii rationes legatæ sint, & ante traditionem, id [D] est, antequam heredes argentarii legatario rationes ediderint, vel præstiterint, tradiderint, æque tenentur hac actione, quia rationer possident, quas nondum præstiterunt legatario; & similiter post traditionem tenentur eadem actione, si modo denuntiatum, sive quod idem est, renuntiatum eis ante sit, ne eas traderent legatario, quia si nihilominus ear tradiderint legatario, intelliguntur dolo desiisse possidere. Sed si, ur dixi, heredes, vel alii successores jurir rationes argentariæ neque possideant, neque dolo desierint possidere, neque ipsi tenentur, neque legatarii, quibus forte traditæ sunt ante denuntiationem, legatarios, utpote successores rei non teneri. Et aperte dicit Paulus hoc loco, & significat etiam satis, dum ait, *quum eo nomine in heredem argentarii agi non potest, puta, quia neque possideat rationes, neque desierit dolo malo possidere: causa cognita le-* [E] *gatarium teneri ad editionem rationum sibi legatarum.* Si nonnisi causa cognita, ergo non regulariter, qui non nisi causa cognita permittit aliquid alicui, id sane vetat, & prohibet interim. Quod aperte ostendit *l.6. §. prætor, hoc tit.* Sic igitur statuo, eum, cui legatæ sunt rationes, non esse cogendum eas edere, quia non est successor juris, nisi causa cognita, id est, ex decreto Prætorir data utili actione in legatarium ex justa causa. Omnis actio utilis est decretalis, & contra, *l. si finita, §. eleganter, de damn. inf.* si prætor, inquit, putat, quod utiliter actionem daturur sit, decernat.

AD *§. pen. Nummularios*. Sequitur in *§. pen.* hujus legis, hac actione de rationibus edendis teneri non solum argentarios, sed etiam nummularios. Ii sunt quasi minuti, minimi, infimi argentarii, certe argentariis adsimiles: si essent absimiles, ἀνόμοιοι, hac actione non tenerentur, *l. seq. in prin.* illo loco, *ideo argentarios cogi rationem edere: nec ullos alios absimiles eis cogi*: nummularii coguntur edere, ergo argentariis proximi sunt, non absimiles. Plerumque sunt coactores, qui cogunt pecuniam, & collectarii argentariorum, & κολλυβισταὶ, qui pecunias solent permutare, sive cambire (quod sane verbum latinum, & vetustissimum est, apud Carisium, & Priscianum) veluti, qui solent mutare nummos veteres cum recentibur, & asperir. Unde & quod datur illis pro præmio mutationis appellatur aspratura in glossis Philoxeni (*vide obs.10. cap.14.*) Vel etiam aureos cum argenteis, aur contra, majores cum minoribus, aut contra. Et quod datur iir nummulariis, quasi minutorum nummorum artrectatoribur (inde enim nomen habent) etiam Collybus dicitur, & *κέρμα ἀ κείρω, tondeo, divido in minutas partes, inde κέρματα, χρήματα, nummuli, minuta æra)* & ut dixi, aspratura. Hi vero etiam coguntur rationes edere, quia ii nummularii, inquit, sicut argentarii, rationes conficiunt, quia & accipiunt pecuniam, & erogant per partem, *κατὰ μέρος, ut in l.2. §. novissime, de orig. jur. per partes evenit, &c.* Erogant per partes, per minutias æris, quas & Græci *κέρματα* vocant, quarum probatio, inquit, scriptura, codicibusque eorum maxime continetur, & frequentissime ad fidem, inquit, eorum nummulariorum decurritur, quæ tamen sublata est, & fallit multor, illis foro cedentibus, ut air *l. si hominem 7. §. quotiens, deposi.* quoties, inquit, foro cedunt nummularii, id est, quoties fugiunt abjecta mensa, *qu'ils font banqueroute*: Plautus in Persa act. 3. sc. 3. *faceres*, inquit, *quod partim faciunt argentarii, ubi quid credideris, citius, & extemplo à foro fugiunt, quam ex porta ludis cum est emissus lepus.* Et in sequentibur: *citius tam à foro argentarii abeunt, quam in cursu rotula circumvortitur.* Postremo docet Paulus in hac lege *edendas rationes esse à nummulariis, vel argentariis iis, ad quos pertinent*, ut est in edicto Prætoris, puta iis, quibuscum contraxerunt, vel successoribus eorum. Nam & hæc actio successoribus eorum perpetuo datur, *l. ult. h. tit.* Item patri, & domino, in cujus potestate est, qui cum argentario, vel nummulario contraxit, & edendas esse postulantibus, & jurantibus, se calumniæ causa non postulare, quod prætor omnino exigit in edicto *l.6. §. exigitur, hoc tit.* ne forte, vel supervacuar rationes, vel quas habet, edi sibi postulet, vexandi argentarii causa. Et ita etiam in *l. cum plures, §. ult. de reb. auctor. jud poss.* creditor es, qui iterum postulat, sibi permitti dispunctionem rationum debitoris, ante omnia jurant se calumniæ causa id non postulare, & similiter, qui postulat à vicino cautionem damni infecti ex edicto Prætoris, jurat se calumniæ causa non postulare, *l. 7. in princip. l. qui bona, §. qui damni, de damn. infect.* Iisdem verbir ita descriptum est in fragmento legis Serviliæ (*quod Petro Bembo debemus*) *ad judicem in eum annum, qui ex ea lege pactus erit, in jus ducito, nomenque ejus deferto, si dejuraverit calumniæ causa non postulare.* Hoc Cœlio in epistolis ad Cic. & Livio 33. est calumniam jurare, quam & qui publico judicio accusaturi aliquem erant, ante omnia jurabant.

Ad L. IV. de Noxal. action. *In delictis servorum, scientia domini quemadmodum accipienda est? utrum cum consilio, an & si viderit tantum: quamvis probare non potuerit? quid enim, si ad libertatem proclamans domino sciente faciat? aut qui condemnat dominum: vel cum trans flumen sit servus, vidente quidem, sed invito domino, noxiam noceat? rectius itaque dicitur, sententiam ejus accipiendam, qui prohibere potest, & hoc in toto edicto intelligendum est circa scientiæ verbum.*

Ad §. Si extraneus servus *sciente me fecerit: eumque redemero: noxalis actio in me dabitur: quia non videtur domino sciente, fecisse: cum eo tempore dominus non fuerim.*

Ad §. Cum dominus *ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est, nisi forte prætor unam*

pœnam

pœnam à domino exigi voluit. Ergo dolus servi impunitus erit: quod est iniquum. Imo utroque modo dominus tenebitur. Una autem pœna exacta, quam actor elegerit, altera tollitur.

Ad §. Si detracta *noxæ deditione, quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta, & finito judicio, amplius agendo cum noxæ deditione, exceptione rei judicatæ summovebitur: quia res in superius judicium deducta, & finita est. Donec autem prius judicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda pœniteat, tum ad noxalem causam transire. Contra quoque si cum eo, qui scit, cum noxæ deditione, actum sit: amplius in dominum, detracta noxæ deditione, danda actio non est. In ipso autem judicio, si voluerit, & scientiam domini arguere, non est prohibendus.*

PRinsquam veniam ad interpretationem leg. 2. & 4. *de pact.* leges quasdam, quia ad edictum de edendo pertinent, conjungam superioribus, & interpretabor. Hæ sunt *l. 4. de noxal. act. l. 14. de jurejur. l. 7. de naut. fœn. l. 38. de obligat. & action. & l. 8. de verbor. signif.* ac primum quidem *lex 4. de nox. act.* nam ex eo edicto dominus, quo sciente, & volente servus argentariam fecit, compellitur postulantibus iis, quorum interest, rationes edere, & eo nomine perinde in eum datur actio in factum, ac si *ipse* argentariam fecisset, sed si inscio domino servus argentariam fecerit, satis est dominum jurare, eas se rationes non habere, satis est, si se de ea re purget jurejurando: nec ab eo quicquam amplius requiritur. Hæc est sententia *l. 4. §. nisi servus, de edendo*, ubi scientiæ, aut conscientiæ verbum cum ostendisset forte Paulus accipi pro taciturnitate, & patientia, puta, si prohibere dominus potuit, ne servus argentariam faceret, nec prohibuit. Eodem quoque modo, & eadem saliva Paulus docuit, scientiam dominorum accipi in delictis servorum, & ut ait hoc loco, in toto edicto, id est, in omnibus partibus, in omnibus titulis edicti prætorii, ubicunque fit mentio scientiæ domini, scientia pro silentio accipitur, atque patientia domini. Quod comprobat *l. scientiam, in princ. ad leg. Aq. & l. 6. §. is autem, si famil. furt. fec. dic.* Distinguitur autem merito conscius dominus ab inscio in delictis servorum, ut & in aliis plerisque causis. Nam si conscio domino servus deliquerit, suo nomine in solidum tenetur dominus, detracta noxæ deditione, id est, non adjecta actioni hac clausula, aut *noxæ dedere*, quia nec dedendo servum dominus liberari potest, sed plane in solidum defungi debet æstimatione integra damni, vel pœnæ; sed si inscio domino servus deliquerit, servi tantum nomine dominus tenetur noxali actione, *l. 2. h. tit. in princip.* Scire autem videtur dominus non tantum qui jubet, sed & qui patitur servum delinquere, id est, qui cum prohibere servum potest, non prohibet. Atque ideo merito tenetur suo nomine in solidum, quia hæc patientia sive connivenția pro jussu est: vel ut ait *d. l. 2. hujus tit.* ipse dominus delictum admisisse videtur, id est, ipse dominus delicti reus est, qui id ne fieret, cum posset impedire, non impedierit, qui id fieri perpessus est. Seneca in Troade: *Qui non vetat,* inquit, *peccare, cum possit, jubet.* Et Salvianus 7. de providentia: *in cujus manu est, ut probibeat jubet agi, si non prohibeat admitti.* Contra si dominus prohibere non potuit, etiamsi sciverit, & viderit servum delinquere, non tenetur, nisi noxali actione, quia quantum in ipso est, sane ipse dominus noluit id fieri, neque probavit, quod servus fecit, & ea tantum scientia obligat dominum in solidum, quæ habet, vel tacitam voluntatem, id est, patientiam, etiamsi non propalam ejus rei servo auctor fuerit. Cæterum, si cum non posset servum prohibere cum effectu, & absterrere à delicto, non prohibuit, vel si prohibuit frustra, servo vel dominum contemnente, vel proclamante ad libertatem; vel etiam, ut ponit initio hujus legis, si cum servus esset trans flumen, dominus cis flumen, servus noxam nocuerit, vidente & sciente, sed reclamante domino, dominus non tenetur, nisi noxali actione, quia à scientia domini longissime abfuit consilium, & voluntas approbandi factum: id fecit quidem servus sciente, & vidente domino, sed invito & reclamante. Et ita accipiendum est, quod ait *d. l. 1. §. is autem, si famil. furt. fec. dic.* Cæterum, inquit, si scit, prohibuit tamen, dicendum est, usurum edicti beneficio, perinde scilicet, atque eum, qui omnino nescíverit. Ita scilicet ea verba accipienda sunt, *si scit, prohibuit tamen* verbo tenus, non cum effectu, ut & Græci interpretantur, *ἐὰν ἐκώλυσεν, ὡς μὴ περιγένετο δὲ κρείττων*, id est, *si prohibuit quidem, sed superior non fuit, si dicto audientes servi non fuerunt, si vim domini, vi & audacia sua vicerunt.* Et hoc quidem ita definit Paulus initio hujus legis.

AD §. 1. *Si extraneus.* Subjicit in §. 1. quod & *lex 2. §. 1. hoc tit.* significat, ut ex noxa servi dominus ob scientiam teneatur in solidum, perquam necessarium esse, ut dominus fuerit eo tempore, quo non prohibuit, cum prohibere posset. Nam si servum alienum non prohibeat, tametsi satis virium habeat ad eum prohibendum, non tenetur in solidum, quamvis postea ejus servi dominium adquisierit: quia eo tempore, quo deliquit, ejus dominus non fuit, sed tantum tenetur noxali actione; quia, ut est in *l. nullus 109. de regul. juris, nullum crimen patitur, qui non prohibet, quum prohibere potest.* Sic habent Florentini, & Basilica. Sic constanter legunt interpretes Græci. Vulgo male additur negatio, *quum prohibere non potest*, quoniam etiamsi addita negatione vera sit ea regula, tamen additio ejus expungit sententiam præclarissimam, & verissimam, & persæpe nullum pati crimen eum, qui non prohibet, quum prohibere potest (quod latius explicabitur libro 5. ex quo est illa lex, *si quis servum alienum, aut liberum hominem non prohibeat, quum prohibere potest*) quia jus ei imperandi non habet: sed non etiam, si servum proprium, vel filiumfamilias non prohibeat, quum prohibere potest; hic enim non prohibendo, crimen facit suum. Ego te non prohibendo à scelere, qui tui juris es, non mei, etiamsi prohibere potuerim, quamquam honestius fecerim si etiam prohibuerim, non tamen propterea cessando, crimen illud faciam meum.

AD §. *cum dominus.* Additur in §. *cum dominus*, dominum, qui ob scientiam tenetur in solidum suo nomine, teneri etiam servi nomine noxali actione, quod & *l. 2. §. ult. hoc tit.* docet. Itaque, quæ constituitur differentia inter scientem dominum, & nescientem, ut sit plana, ita dicendum videtur, nescientem, aut eum, qui nescienti comparatur, noxali tantum actione teneri, scientem tam suo in solidum, quam servi nomine, noxali judicio teneri, utroque modo teneri, ita scilicet (nam res indiget interpretatione, neque ita abscisse pronuntiata, vera est hæc sententia) ita, inquam, ut liberum sit actori, vel cum domino agere in solidum ob scientiam, vel noxali judicio ob servi dolum: Verum una pœna exacta, vel domini, vel servi nomine, quam actor elegerit, altera tollitur, & consumitur, optima ratione, quia utroque modo teneri dominum placuit, ne eluderetur actor, ne luderet operam, non etiam ut lucrum faceret, bis exacta eadem pœna, ut in *l. electio, in princ. infr. hoc tit.* eluderetur actor, si haberet tantum actionem ex scientia domini, & dominus non esset solvendo, vel si noxalem tantum actionem haberet, & servus, qui noxam nocuit, vilissimus esset, & nullius propemodum pretii, ut eum habere non expediret. Itaque electio ei datur, ut prout ei videbitur hoc, vel illo modo agendo unam pœnam, non duas exigat. Unius facti duæ pœnæ nunquam proditæ sunt. Itaque si servus exempli gratia, furtum manifestum fecerit conscio domino, & actor à domino duplum exegerit pœnæ nomine, ac præterea simplum uti oportet, condictionis nomine, id est, rem furtivam, vel æstimationem ejus; deinde non potest servum petere sibi dedi ad noxam, non potest agere noxali actione. Et è converso, si servus petitus sit in noxam, & deditus, non potest à domino duplum petere pœnæ nomine, nec condictionis nomine simplum. Quod tamen ita procedit, & hoc summe notandum, si ex pretio servi noxæ dediti, quod computari placet, *l. si ex duobus, l. quod ait, hoc tit.* si, inquam, ex pretio servi noxæ dediti, tantundem colligatur: nam si minus colligatur, æquum est, in id, quod amplius est, in damni, aut pœnæ persecutione, dominum qui scivit, suo

nomi-

nomine conveniri, & condemnari, *d.l.si ex duobus.* Bene autem Paulus ait hoc loco, *una pœna exacta*, quia non petitione unius pœnæ, sed exactione demum, altera tollitur. Sicut si duobus dominis scientibus servus deliquerit, uno quidem exacto, & solvente solidum, alter liberatur, ut *l.electio*, *§.si servum*, *inf.hoc tit.* Sed uno convento tantum, nondum exacto, alter nondum liberatur, quia fieri potest, ut ab eo, qui conventus est, propter ejus inopiam, aut adversam fortunam, quæ subito contigit, nihil exprimi, nihil exigi possit. Ita recte Azo interpretatur *l.seq.* illo loco, *nec altero convento alter liberabitur.* Bene, *convento*: nam altero exacto, certe alter liberabitur; alioqui unius facti actor duas ferret pœnas, & duo remedia. Huic autem dicto Pauli obstare videtur *l.1. §.1. si fam. furtum fec.dic.* nec ut ei respondendum sit, ne quid dissimulem, interpretes sciunt. Sententia ejus *§.* hæc est. Si familia furtum fecerit, vel damnum culpa dederit, ignorante domino, dominum, vel omnem familiam noxæ dedere debere, vel ex beneficio prætoris, quod in eo edicto proponitur, si solvat unam pœnam, perinde ac si unus tantum fecisset, retinebit omnem familiam, nec dedet in noxam. Summum est beneficium, quod exposui in *l.9. de jurisdict.* ut plura furta, plura damna, plura facta pro uno habeantur, ut dominus unius tantum pœnæ præstatione defungatur. Et hoc, si familia deliquerit domino insciente, & ignorante: sed si sciente domino, dominus in solidum, & suo nomine tenetur, & singulorum servorum nomine noxali actione, nec uti potest beneficio illius edicti, id est, in ejus arbitrio non est, vel omnes servos noxæ dedere, vel si omnes retinere malit, unam tantum pœnam sufferre, quam sufferret liber homo, si id fecisset. Sed si omnes retinere velit, nullum dedere in noxam, debet pro singulis pœnam inferre, pro singulis duplum, si familia furtum fecerit: nec una pœna exacta tollitur altera. Hoc est verum, nec tamen ullo modo pugnat cum sententia *§.1. cum dominus*, quia & id verum est, quod proponitur in *d.l.1.§.1.* & hoc quoque. Quod omnino congruit cum hoc *§.* dominum scilicet si pro singulis servis, quum familia noxam nocuit, pœnam intulerit, cum singulorum nomine noxali judicio conveniretur, rursus suo nomine conveniri non posse: & contra, si prius suo nomine conventus solidum præstiterit, quantum scilicet efficiunt pœnæ omnium nomine, non posse conveniri noxali actione. Nec alia est sententia hujus *§.*

AD *§.penult.& ult.* In *§.penult.* ostendit Paulus eum, qui cum domino egit in solidum, quasi cum sciente, qui non erat sciens, per errorem post rem judicatam, absolutumque dominum, quia actor probare non poterat scientiam domini, agentem noxali actione, qua debuerat agere initio, repelli vulgari exceptione rei judicatæ, quia etsi eadem actio non sit, qua nunc agit, tamen eadem res est, eadem servi noxa, *l.5. l.8. §.generaliter, de except. rei jud.* Et potest ei præscribi quod M. Tull. ait *5. de finibus, & 13. epist.* quodque sumit à nobis, *de eadem re agi alio modo, aliave actione.* Hæc est exceptio rei judicatæ, quæ non opponitur tantum moventi eandem actionem, de qua agitur, sed moventi aliam actionem eadem de re tamen. Ergo post rem judicatam, qui male egit adversus dominum quasi scientem in solidum, non potest redire ad noxalem actionem. Verum ante rem judicatam etiam si lis contestata sit, mutare actionem potest, puta, agere noxali actione, & errorem suum corrigere. Idemque ait obtinere ex contrario, si prius egerit noxali actione, cum ignoraret scientiam domini: nam post rem judicatam agere in dominum non potest in solidum, ante rem judicatam mutata agendi forma, domini scientiam arguere potest. Quæ est elegantissima sententia *§. ult.* Ergo sic statuo: in ipso judicio, id est, pendente judicio, cognitione suspensa, actorem posse errorem suum corrigere: Quod & aperte proditum est in *§. si quid, Instit. de act. & in l. hujusmodi, §. qui servum, de leg.1.* posse eum, qui agit ex empto mutata formula ante rem judicatam agere ex testamento. Sed dico Prætoris decreto opus esse, qui scilicet decernat, licere ei mutare genus actionis, quia judex datus, certa judicii forma tenetur. Et ut semper existimavi, sententia *l.3. C. de edendo*, hæc est; *ante litem contestatam mutari editam actionem posse ex edicto de edendo, edita alia actione; post litem contestatam, & ante rem judicatam non posse, nisi ex decreto jus dicentis.* Mutatio actionis, vel fit ex edicto ipso jure. Ex quo vero alio, quam ex edicto de edendo? mutatio nimirum editæ actionis nondum in judicium perlatæ, nondum contestatæ, quæ prima causæ conflictio est. Ex decreto autem mutatur post litem contestatam, ideoque adeundus est prætor, qui in ipso judicio, quod jam initium cœpit, permittat mutari actionis genus. Et hæc quidem sententia vera est, non tantum si qui egit cum uno, cum eodem mutata actione eadem de re agere velit, ante rem judicatam priore judicio, sed etsi priore adversario dimisso, cum quo agere cœperat, cum alio experiri velit. Et quidem multo magis, quia etiamsi rem non obtinuerit à priore, utputa, si prior absolutus fuerit post rem judicatam, integrum est ei transire ad alium. Quod ostendit aperte *l.cum indebitum, in fine, de cond.indeb.* Sed si priorem vicerit, atque ita quod petebat, consecutus fuerit, sane non potest transire ad alium ne bis idem consequatur. Et ita recte Accursius accipit *l.7.§.1.hoc tit.* quo loco ait Pomponius, *si emptor servi noxali conventus sit, venditorem, quo sciente factum est, conveniri jam non posse.* Accursius rectissime verbum *conventus* accipit cum effectu, ut exactus fuerit emptor, id est, ut vel præstiterit æstimationem litis, vel servum in noxam dederit, alioquin pugnaret *l. 7. §.1. cum §.cum dominus, & cum l.electio, §. si servum, hoc tit.* quibus locis exactio desideratur, & perceptio unius pœnæ, nec sufficit conventio, aut sola litis contestatio. Ergo si unum convenero, & nondum exegero, non prohibeor mutato adversario alium convenire. Sed si convenero unum, & exegero, aliud dicendum est. Agendi, conveniendi, petendi verba sunt ἀμφίβολα, & varie accipiuntur pro subjecta materia: alias agere est exigere, ut *l.3.* conjuncta, *l.4. supr.tit. prox.* Itemque petere, non tantum est petere, sed exigere pretium, & extorquere, *l.2. de duobus reis*: ubi petitione sic accipitur pro exactione ex *l.si ut certo, §.ult. commod. l.8.§.1.de leg.1. l.8. §.1. de neg.gest.* Alias eadem verba rem inchoatam tantum demonstrant, non perfectam, non finitam, puta editionem actionis, aut litis contestationem.

Ad L.XIV. de Jurejurand. *Quotiens propter rem juratur; nec parenti, nec patrono remittitur jusjurandum. Propter rem autem jusjurandum exigitur, veluti de pecunia credita, cum jurat actor sibi dari oportere, vel reus, se dare non oportere. Idem est cum de pecunia constituta jusjurandum exigitur.*

HÆc lex ideo eidem edicto reddenda est, quia ex eo edicto is, qui postulat ab argentariis, vel nummulariis sibi edi rationes, quæ ad se pertinent, ante omnia jurare debet, se id calumniæ causa non postulare, *l.6.§.exigitur, l.9. §.pen. de edendo.* Ad quam partem edicti cum adnotasset Paulus, id tamen jusjurandum remitti parentibus, & patronis, qui postulant à liberis, vel libertis suis editionem rerum ad se pertinentium (à liberis, inquam, vel libertis suis, qui argentariam faciunt, vel fecerunt) quod & in omnibus aliis causis remitti solet propter reverentiam personarum, *l.licet, de obseq.par. l.de die, §.1.: qui satisd.cog. l.qui bona, §. pen. de damn. inf. l.16. hoc tit.* Unde quod est in Florentinis *l.34. §. qui jusjurandum, hoc tit.* jusjurandum scilicet de calumnia, neque patrono, neque parenti remitti, portento simile est, & verius rectiusque est, quod vulgo, & in Basilicis, æque patrono parentibusque remitti. Cum igitur scribens Paulus ad edictum de edendo adnotasset jusjurandum propter calumniam parentibus, & patronis remitti, subjecit, quod est in hac *l.14.* jusjurandum tamen propter rem eis non remitti. Propter rem scilicet, qua de agitur, veluti propter creditam pecuniam, quæ certa petitur ex nominum obligatione, si à parente, vel patrono petatur, vel si parens, aut patronus petat, & deferatur parenti vel patrono jusjurandum, ut juret sibi dari oportere, aut se dare non oportere, ei hoc jusjurandum non remittitur,

& vel

& vel jurare debet, vel jusjurandum referre. Idemque erit, ut ait in fine hujus legis, si de pecunia constituta agatur, quæ res frequens est in argentariis, qui plerumque pro se, vel pro aliis constituunt, se pecuniam soluturos, ut recte Ulpianus dixerit in l.6. *§.rationum*, *de edendo*, constitutum ex argentaria venire, id est, officii argentarii partem esse, ut Basilica interpretantur, *ἀντιφώνησιν μέρος εἶναι τῆς ἀργυροπρατείας*, *constitutum esse partem officii hujus*, *quod argentarius, vel nummularius exercet*. Id quoque confirmat *l.pen. §.ult. C.de constit. pec.* Et hoc argumento fortissime defendi potest, hanc legem edicto de edendo esse reddendam. Cur enim alioqui de pecunia credita, factis scilicet nominibus, vel de constituta tantum diceret? Cur de credita, & constituta potius, quam de legata, aut relicta per fideicommissum, aut deposita, aut indebita soluta, vel qua alia? Jusjurandum igitur, quod propter calumniam exigitur, separavit Paulus à jurejurando propter rem: hoc non remitti parenti, vel patrono, illud remitti: quia non de re est, vel contractu, quo de agitur, sed de persona, *l.28. §.1. infr. hoc tit.* & in personam patroni, vel parentis calumniæ *suspicio non cadit*, ut de ea re purgare se debeat jurejurando, *arg. leg.pen. §.de uno*, *de ritu nupt.* Ridiculus hoc loco est Accursius, qui rem interpretatur veritatem, cum satis aperte declaret Paulus, rem esse, exempli gratia, pecuniam creditam, & constitutam, qua de agitur: denique rem esse id, de quo lis est, rem esse, quod nos vocamus, *Qua de re agitur*, in formulis nostris. Et sæpissime iteramus, quod rhetores *τὸ κρινόμενον*, & Plato in Phædro, *περὶ οὗ ἂν ᾖ βουλή*, quum ait, *in consiliis maxime animadvertendum esse*, *περὶ οὗ ἂν ᾖ βουλή*, *de qua re agitur*. Rursus ridiculus, quum ait jusjurandum calumniæ esse jusjurandum de credulitate, quo verbo plerunque error significatur, & persuasio quælibet, etiam falsa: ridiculus, quum comminiscitur olim jusjurandum calumniæ omnibus fuisse remissum: nunquam enim frequentior hujus jurisjurandi fuit usus, quam olim. Fac igitur, ut totam Glossam Accursii in spongiam tuam adducas.

Ad L.VII. de Nautico fœnore. *In quibusdam contractibus etiam usuræ debentur, quemadmodum per stipulationem. Nam si dedero decem trajectitia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam: dicendum est, posse me sortem cum usuris recipere.*

HÆc lex respicit etiam ad rationes argentariorum. In argentariis hoc jus singulare est, ut pecuniarum, quas aliis crediderint usuræ eis debeantur sine stipulatione, ex pacto nudo, ex perscriptione sola, ut extat in Novella 136. relatum ex jure veteri, regulariter pecuniæ creditæ usuræ non debentur sine stipulatione, *l.Titius*, *de præscr. verb. l.qui negotia, mandati, l.3.C.de usur.* At jure singulari argentariis, aut nummulariis ex pacto nudo perinde, atque ex stipulatione usuræ debentur. Quod cum scripsisset Paulus, tractans de rationibus argentariorum edendis, exhibendis, subducendis, sive calculo subiiciendis, facta collatione expensarum, & acceptarum pecuniarum debitarum, & creditarum, subjecit, *non in mensariis, sive argentariis hoc tantum obtinere, ut creditarum pecuniarum usuræ eis debeantur ex pacto nudo sine stipulatione: sed etiam in omnibus, qui pecuniam credunt traiiciendam trans mare*, quod in jure nostro est in Græciam, ea lege, *ut periculum pecuniæ sit eorum, qui credunt, non debitoris, contra quam ferat conditio, & lex communis aliarum pecuniarum*, quoniam aliarum pecuniarum, quæ creditæ sunt proculdubio periculum statim pertinet ad debitorem, qui eas accepit, *l.incendium, C.si cert.pet.* quoniam mutui acceptione domini fiunt pecuniarum, quas acceperunt. At in illis, qui contrahunt trajectitium fœnus, id quoque obtinet, ut usuræ eis debeantur, etiam ex pacto nudo pensandi periculi gratia, quod in se suscipiunt, *l.5.h.tit.* quod & in hac l.7. ex Paulo relatum est, qui utique & alios similiter casus addiderat, quibus usuræ debentur ex pacto nudo, quia non in hoc tantum contractu nautico, sed ut loquitur, & in quibusdam aliis contractibus idem obtinet, id est, in quibusdam contractibus creditarum pecuniarum, non tantum in iis, qui contrahuntur ab argentariis, aut nummulariis, vel in iis, qui contrahuntur à fœneratoribus nauticæ pecuniæ: sed etiam in contractibus creditarum pecuniarum reip. vel civitatis, *l.etiam, sup.tit.prox.* & in contractibus creditarum earum rerum, quæ mensura constant, ut puta frumenti, vini, olei. Namque & earum rerum creditores ex nudo pacto usuras recipiunt, propter incertum pretium earum rerum, *l.frumenti, C.de usur.*

Ad L.XXXVIII.de Oblig.& actionibus. *Non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt literæ, obligamur, quatenus placuit, non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.*

EOdem referenda est *lex 38. de oblig. & act.* nempe ad obligationes, quæ per scripturam mensæ argentarii, vel nummularii, nominibus contrahi dicebantur. Dico per scripturam mensæ, ut Donat. in Phormione, qui *rescribere* interpretatur esse *per mensæ scripturam*, sive *de mensæ scriptura dare, aut reddere pecunias*. Unde & hodie chirographis addi scribit, de domo, ex arca sua, vel ex mensæ scriptura. Et ita in *l.9. §.pen. de edendo*, pecuniarum acceptarum, & erogatarum probationem scriptura, & codicibus nummulariorum maxime contineri, id est, scriptura mensæ. Et in l.2. *hoc tit.* obligationes, quæ solo consensu fiunt, neque verborum, neque scripturæ ullam proprietatem desiderare. *Verborum* dicit, ut eas obligationes distinguat ab obligationibus, quæ verbis fiunt solemnibus, & propriis. *Scripturæ* vero dicit, ut eas discernat ab iis, quæ nominibus fiunt ad mensam argentarii, vel nummularii, sine stipulatione, ut *l.si plures, de pactis, l.si duo, de recept. & qui arbit. recep.* quæ & literis fieri dicuntur, *l.6. C.Theod. de denuntiat. rescript.* Quamquam ut Paulus in hac l.38. non figura literarum contrahantur, sed oratione potius, quam exprimunt literæ, *quatenus*, id est, quia placet, ut sæpe loquitur, non minus valere quod scriptura mensæ continetur, quam quod vocibus lingua figuratis significatur. Hoc tantum teneamus, eam l. pertinere ad mensæ scripturam, sive perscriptionem, aut rescriptionem argentariorum. Ab hac lege transeamus ad *l.8. de verb.signif.*

Ad L.VIII.de Verb.signif. *Verbum* Oportebit, *tam præsens, quam futurum tempus significat.*

Ad §.Actionis verbo *non continetur exceptio.*

HÆc lex etiam pertinet ad eam de edendo edicti partem, qua prætor jubet, eum, qui acturus est, ante litem contestatam adversario edere actionem suam, & demonstrare genus futuræ litis, ut ille se comparet ad litem agendam, & sustinendam, vel cedat omnino actori, vel cum eo transigat, *l.1. in princ. de edendo*, *l.3. Cod.eod.* Hæc actio forte in personam, quæ edi solet hoc modo, *quod ta mihi ex illa causa*, puta ex causa locati, conducti, *dare facere oportet*, si ita edatur, *quod te mihi dare facere oportebit*, tantundem potest, nec perperam edita intelligitur. Nam ut in actionibus verbum *oportet*, non tantum præsens, sed & futurum significat tempus, ut scil. lis ex mora judicii recipiat incrementum usurarum, & fructuum. In actionibus, inquam, vel in stipulationibus prætoriis, quæ actionum instar obtinent, veluti legatorum, aut damni infecti, *l.76. §.1. de verb.oblig. l.1. §.bellissime, ut leg.nomine caveatur*: in actionibus, inquam, vel stipulationibus, quæ instar actionum sunt, non etiam in stipulationibus conventionalibus, quæ strictius accipiuntur, nempe, ut verba illa stipulandi, *quod te mihi dare oportet*, significent tantum præsens tempus, & eum, qui volet comprehendere etiam futurum tempus, necesse sit ita stipulari, *quod te mihi, verbi gratia, ex locato dare facere oportet, oportebitque, d.l.76. §.1. & l.89. & l.125. eod.tit.* Ut autem in actionibus, & stipulationibus prætoriis, quæ instar actionum habent, verbum *oportet*, & præsens, & futurum tempus significat, ita & in iisdem verbum *oportebit* utrumque tempus significabit. Et qua comparatione utitur Jurisconsultus in *l.verbum erit, infr. hoc tit.* ad hoc exemplum, ut quemadmodum verbum

(est)

(est) non solum præsens, sed etiam præteritum tempus A significat, ita & hoc verbum (*erit*) utrumque tempus demonstrat; eadem licet nobis quoque uti comparatione in proposito, ut quemadmodum verbum *oportet*, non tantum præsens, sed etiam futurum tempus significat, quod alii vocant *exstans*, præsens, scilicet, & instans, id est, futurum, ita & verbum, *oportebit*, significet utrumque tempus. Et ita, quod ait initio hujus legis, verbum *oportebit*, tam præsens, quam futurum tempus significat, facile liquet, pertinere ad formulas editarum actionum ex edicto prætoris. Quod & omnino persuadebit; quod sequitur in hac lege, *actionis verbo non contineri exceptionem*. Nam & id ad eandem causam editarum actionum pertinere, plusquam manifestum est, hoc nimirum sensu, ut in edicto de edendo, quo prætor ante litem contestatam edi actionem jubet, *actionis* verbo contineatur intentio actoris tantum, B non exceptio rei. Nec enim ut actor actionem, ita reus exceptionem suam edere debet. Provocanti, & lacessenti alterum incumbit onus edendæ suæ intentionis, suive juris, non se defendendi, antequam communis lis contestetur inter partes; qui me provocat ad certamen, debet mihi indicare, quo telo me ferire, aut persequi velit, non ego, quo me clypeo defendere, ac tueri decreverim. Actio est telum, exceptio clypeus. In edicto quidem de dolo malo his verbis, *si alia actio non sit*, exceptio etiam continetur, *l. 1. §. ait prætor, de dolo*: sed non in edicto de edendo, ad quod hujus legis sententia coangustanda est. Ideoque ad illud quoque edictum, quod est de edenda actione scribens Ulpianus lib. 4. adnotavit, reum, qui exceptione utitur, tametsi agere videatur, & esse actor in exceptione, *l. 1. de except.* quæ est ex eod. lib. 4. Ulpian. tamen non compelli reum ad editio- C nem exceptionis suæ, & *l. 37. de oblig. & act.* idem Ulp. eod. lib. cum recenseret ea, quæ in edendo continentur actionis verbo, merito omisit exceptionem, quia non ut actio actoris, & actio rei, id est, exceptio, edenda est ante litis contestationem. Hactenus de ll. ad edictum de edendo. Pergamus ad edictum de pactis conventis.

Ad L. II. de Pact. *Labeo ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuntium, inter absentes quoque posse, sed etiam tacite consensu convenire intelligitur. Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem: profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.*

Ad L. IV. eod. *Item, quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit.*

Ad §. Secundum hæc, *& mutus pacisci potest.*

Ad §. Hujus rei argumentum *etiam stipulatio dotis causa facta. Nam ante nuptias male petitur: quasi si hoc expressum fuisset: & nuptiis non secutis, ipso jure evanescit stipulatio. Idem Juliano placet.*

Ad §. Ex facto *etiam consultus cum convenisset, ut donec usuræ solverentur, sors non peteretur, & stipulatio pure concepta fuisset: conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset.*

Ad L. VI. eod. *Legitima conventio est, quæ lege aliqua confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quotiens lege, vel senatusconsulto adjuvatur.*

IN l. 2. ait Paulus, conventionem fieri posse vel re, vel per epistolam, &c. conventionem dicit, non pactum, E convenire, non pacisci, quæ duo inter se eo distant, quo genus à specie. Conventionis enim nomen latius patet: nam & pactum continet, & contractum qualemcumque, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Pactum nusquam accipitur pro contractu, sed pro conventione ea tantum, quæ nomine vacat, & quæ intra primum placitum stetit, nec datione ulla, vel facto, vel stipulatione sumpsit effectum. Conventio genus est, sub quo duæ species summæ: contractus, & pactum, sive pactio, sive pactum conventum, sive pactum, & conventum. Hæc omnia idem possunt. Re autem fit conventio, ut Græci interpretantur, & ex Latinis Fortunius Garsias Hispanus, vir sane doctissimus, quæ fit inter præsentes per nosmetipsos, vel re aliqua interveniente, vel nudis, A & quibuscumque verbis, ut societas, quæ species conventionis est, cum sit contractus, coiri dicitur & re, & verbis, hoc est inter præsentes, & per nuntium, vel per epistolam, id est, inter absentes, *l. 4. pro soc.* Re, veluti re aliqua, aut rebus universis in commune collatis, & verbis quibuscumque non propriis, non solemnibus, ut fit in stipulatione. Pacta quoque fieri verbis quibuscumque ait *l. qui autem, §. ult. de constit. pecun.* Et addit, *vel per nuntium, vel per epistolam*, sicut & contractus, qui consensu contrahuntur omnes, veluti emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum, non tantum inter præsentes contrahuntur, sed per nuntium, vel per epistolam, *l. 2. de oblig. & act.* Quia vero convenire inter absentes, & convenire per internuntium, vel per epistolam idem esse manifestius est, quam ut dicendum sit, ideo omni asseveratione confirmo, B in *l. 2.* hæc Pauli verba ductim, & uno spiritu esse legenda, *vel per epistolam, vel per nuntium inter absentes quoque posse*: mox addit Paulus, *etiam tacito consensu conventionem fieri posse citra sermonem ullum*, quod in contractibus, qui consensu perficiuntur verissimum est, l. 48. *de oblig. & action.* *l. si stipul. §. ult. de verb. oblig.* Et in pactis quoque idem obtinere, ut tacite fieri possint, quatuor exemplis Paulus demonstrat. Primum hoc est, si creditor debitori chirographum reddiderit (quo reddito remittitur obligatio, ut corrupto, & concremato data opera) quoniam hoc genere videtur creditor ei remisisse jus obligationis quod habuit, quasi tacite pactus de non petenda pecunia chirographo comprehensa, & ideo petenti pecuniam obstat exceptio pacti taciti, vel quæ cum ea concurrit semper, exceptio doli, l. 3. *in princ. inf. de lib. leg. l. mortis causa, §. pen. de mort. caus. do-* C *nat.* Et ita reddito chirographo pignoris, tacite videtur remissa pignoris obligatio, *l. 7. C. de remiss. pig. & cap. 4. extra, ut lite pendente nihil innovet.* reddito chirographo pignoris, inquam, tacite videtur remissa pignoris obligatio, non etiam principalis, si sors soluta non sit, nisi id in reddendo chirographo pignoris specialiter actum esse probetur, ut in *leg. seq. & in l. 1. in fin. de liberat. leg.* Speciali conventione opus est: nam ex redditione pignoris, vel chirographi pignoratitii sola obligatio pignoris remissa videtur, nec ex redditione pignoris ducitur idoneum argumentum remissæ sortis, sed pignoris tantum remissi. Ut & remissa sors videatur, reddi etiam oportet, aut corrumpi chirographum sortis, aut in reddendo pignore id specialiter agi, & nominatim, ut & sors remittatur: alioquin redditionis pignoris hic tantum effectus est, ut debitum, quod erat hypothecarium, D fiat chirographarium. Et ex diverso tamen reddita cautione principali, etiam pignus remissum videtur, nimirum, quia accessio est principalis obligationis, arg. *l. 5. §. 1. quib. mod. pig. vel hypoth.* Et regulariter accessio sine principali non consistit, contra, principale sine accessione consistere potest. Dixi remissam videri tacito pacto sortis obligationem, chirographo, aut syngrapha reddita, vel corrupta: nam & qui instrumenta servitutis servo reddit, vel corrumpit testibus præsentibus, eum liberare videtur, *l. un. §. pen. de lat. liber. toll.* Et boni imperatores sæpe, quum jubebant publicorum debitorum instrumenta comburi, ea remittebant, ut de Cæsare Dio scripsit 53. τὰ παλαιὰ συμβόλαια τῶν χρεωφειλόντων ἔκαυσεν. Et de Gratiano Ausonius, *tu argumenta omnia flagitandi publicitus ardere jussisti*. Et de Justino Corippus Africanus vetus Poeta nuper in lucem restitutus, inquit lib. 2.

E *Hinc Rutuli lucent chartis ardentibus ignes,*
Hinc chartas flammis subigunt, &c.

Et ipsemet Imperator Constantinus in *l. 6. C. de jure fisci*, inquit, *præcipimus concremari*. Et ad eundem modum creditor, qui comburit chirographum debitoris, ei debitum remittere videtur, si modo id non casu quodam, sed præsente debitore, consulta opera, & reddendi animo faciat. Sicut D. Ambrosius ait 1. offic. *Id scindens restituat, nihil à debitore debiti consecutus.*

Ad L. IV. eod. cujus legis verba supra sunt adscripta.

SEcundum exemplum tacitæ conventionis proponitur initio hujus legis his verbis: *Item quia conventiones*

etiam

etiam tacite ; &c. ubi illa verba, *quia conventiones item tacite valent*, mihi subolent esse glossographi, quia supervacua ea repetitio est. Cæterum exemplum, quod ibi proponitur, tale est: Quæ in urbanum prædium sibi locatum conductor induxit, invexit, intulit, tacite pign. nexa locatori videntur pro mercede habitationis, vel si culpa conductoris deterior habitatio facta fuerit, *ut l. 4. inf. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. cont.* Dico, *in urbanum prædium*, vel ut Paulus, *in urbanis habitationibus*, quas natura fructus nullos ferre manifestissimum est: nam in prædium rusticum, quod natura fructibus ferundis comparatum est, nihil necesse est statuere, inducta, & illata à conductore tacito jure pignori esse, quod abunde sufficiat, si fructus ibi nati ob mercedem pignori esse intelligantur, quæ alia est species taciti pignoris. Et in utraque specie inducta, & recepta est tacita conventio pignoris, non alia vix, & ratione, quam quod coloni, id est, conductores rusticorum prædiorum vulgo solerent ob mercedem fructus, quos perciperent, pignori obligare. Inquilini vero, id est, conductores prædiorum urbanorum supellectilem, & cæteras res omnes, quas in ea prædia inferrent, importarent. Quod pacisci solebant nominatim, ut aperte indicat *lex si servus, §. locavi, de furtis*, id usu paulatim invaluit, ut etsi expressum non esset, tamen tacite pacti locator, & conductor semper inter se intelligerentur. Quod vulgo fieri solet, sæpe abit in legem, & habetur pro facto, vel pro dicto, etiamsi dictum non sit, *l. ult. C. de fidejus.* Denique paulatim obtinuit, ut locato prædio rustico, fructus ob mercedem tacite pignorati essent, non inducta, & illata, nisi id nominatim convenisset, *ut l. 1. inf. de Salvian. interd. l. 5. C. in quib. caus. l. 5. C. de locato, §. item Serviana, Instit. de act. §. interdictum quoque, Institut. de interd.* Locato autem prædio urbano, ut inducta, & illata locatori ob mercedem pignori essent, etiamsi nihil nominatim convenisset, idque indistincte sive locator scisset, quæ inducta essent, sive ignorasset. Facessat hæc distinctio Accursii. Et hoc in titulo *in quibus causis* multæ leges docent, & in aliis titulis quamplurimæ. Et hoc jure utimur, ut ait *lex 4. inf. in quib. caus. pign.* hoc scilicet usus introduxit, non lex scripta. Et initio hujus legis 4. placet, id est usu comprobatum est.

AD §. 1. Subjicit *in l. 4. secundum hæc, & mutuo pacisci potest.* Hoc quoque subsentio aliud esse glossema sive *ἔμβλημα*. Primum, quia non suo loco hoc adnotatum est, vel enim adnotari debuit post omnia exempla tacitarum conventionum in fine hujus legis 4. vel initio illius propositionis, quæ est *in l. 2.* Sed etiam tacito consensu convenire intelligitur: secundum quam propositionem, & hoc loco dicere debuit Paulus convenire, non pacisci, secundum hæc, & mutuo convenire posse, quia convenire latius patet, quam pacisci (etiam contrahere posse mutuo certum est) Et verum est, mutuo non tantum pacisci, sed & contrahere posse, ut Paulus scribit 2. *sent. titulo ex empto vendito*, mutuo emere, & vendere posse. Ergo & alia similia negotia, quæ consensu perficiuntur contrahere posse absque dubio.

AD §. *hujus rei*. Porro tertium exemplum proponitur *in §. hujus rei.* Et est hujusmodi. Si pure interponatur stipulatio dotis constituendæ causa, quoniam in contrahenda stipulatione, etiamsi hoc expressum non sit, statim ab initio tacite actum videtur, ut non aliter teneat stipulatio, quæ fit dotis causa, quam si nuptiæ sequantur. Et ideo ante nuptias ea pecunia, quæ cauta est dotis nomine, male petitur, ut ait, quia plus tempore petitur, id est, antequam conditio, quæ tacite stipulationi inest, exstiterit: male petitur, quod plus tempore, vel summa petitur, quod actorem periculo subjicit plus petitionis, *ut l. 4. de compensat. l. 1. §. ult. quand. dies us. leg. ced.* ergo ante nuptias ea pecunia male petitur, quia ante conditionem petitur. Nuntio autem remisso, & plane repudiata conditione nuptiarum, quia defecit conditio, quæ stipulationi inerat ipso jure, ut ait, evanescit stipulatio, & qui post nuntium remissum ex ea stipulatione agit, nihil agit. Jam non male agit, sed nihil prorsus agit, quia nullam actionem habet, nullamve speciem actionis. Et hæc est differentia inter male agere, aut plus petere, & nihil agere, quæ satis indicatur in *d. l. 1. §. ult.* Iterum dico, qui post nuntium remissum, post repudium ex ea stipulatione agit, nihil agit, quia ipso jure evanuit stipulatio, quia pactio sive conditio, quæ stipulationi adjicitur incontinenti, vel quod tantundem valet, adjecta esse intelligitur, inest ex parte rei, & ipso jure liberat reum. Hoc enim est inesse, *l. rogasti, §. 1. l. lecta 40. de reb. cred.* Inest ex parte rei, adeo ut non sit necesse reo opponere exceptionem pacti, sed à judice protinus absolvatur: alias omissio exceptionis, quæ non inest actioni, causæ omissio est, *l. Papin. de Pub. in rem act.* Et ita omnino explicandus est hic *§. hujus rei*, cujus vim, aut non tenent alii, aut supprimunt.

AD *§. ult.* Et quod obtinet in hoc tertio exemplo proposito *in sup. §. hujus rei.* Idem obtinet in exemplo quarto, quod proponitur *in §. ult.* Si pecuniam creditam stipuler pure mihi reddi, & usuras certas, id est, in menses singulos, & mox nullo intervallo intermisso paciscar ne sortem petam quamdiu mihi usuræ solventur: nam si nihilominus sortem petam, cum debitor non cesset sua quaque die usuram inferre ex fide bona, nihil ago, quia pactio illa sive conditio, cum sit stipulationi apposita incontinenti, inest stipulationi ex parte debitoris, nec necessaria est exceptio pacti, quæ tamen necessaria esset debitori, si id convenisset ex intervallo. Quod si ea pactio non fuisset apposita, debitor etiamsi offerret usuras, posset in sortem conveniri, *l. ult. §. ult. C. de jur. dot.* quæ maxime pertinet ad hunc locum, nec notatur à Glossa. Eam vero fuisse appositam incontinenti ex eo colligo, quod eam stipulationi inesse dicat: neque enim ulla ex parte inest stipulationi, quæ fit ex intervallo: facta igitur hic est incontinenti, quæ inest stipulationi ex parte debitoris, quamvis per se fuerit stipulatio pure concepta, sed recipit eam legem, quæ mox stipulationi subjecta est, ac pro ea habetur, ac si sub ea lege atque conditione sive pactione initio concepta stipulatio fuisset.

Ad L. VI. eod. Cujus legis verba supra sunt adscripta.

AD hæc sciendum est, ad idem edictum scripsisse Paulum, quod & Ulpian. scripsit, *l. 4. in l. 5. hoc tit.* conventionem, aut publice fieri, aut privatim. Publice fit inter duces belli, inquit, pacis, aut induciarum gratia. Hæc conventio fit pacto, quod & pacis nomen indicare Ulpianus ait *eod. lib. 1. in prin. hoc tit.* Pax dicitur, quod pacto fiat, & inde pactorum pacis mentio in *l. in bello, in pr. de capt. & postl. revers.* Et alii auctores sæpe pactionem pacis solent dicere. Et M. Tullius eleganter, & fortiter 10. Epist. *Pacem victoria non pactione esse pariendam.* Et, *per pacem*, ait Ulp. in *d. l. 5.* id est, per conditionem pacis, Basil. de pace, *περὶ εἰρήνης.* Et recte duces belli, quia ducum est, ut Apollonius III. Argon. *συνθεσίας μετὰ νέεσσι βάλλεσθαι.* Quæ autem privatim conventiones fiunt, aut sunt jurisgentium, de quibus in *l. 7.* quæ sequitur: & eæ conventiones jurisgentium sunt contractus, non pacta: aut hæ sunt legitimæ conventiones, & sunt pactiones, non contractus. Pactiones, quæ ab initio lege aliqua confirmantur, ut scilicet obligationem, & actionem pariant, aut tollant ipso jure. Regulariter enim ex pacto neque ipso jure tollitur, neque nascitur actio: ex contractu quidem nascitur, & tollitur, sed non ex pacto privato. At si specialiter pactum lege, aut senatusc. adjuvetur, ex eo nascitur actio, vel tollitur ipso jure. Idque pactum dicitur esse legitimum, vel conventio legitima, ut Paulus ait in *h. l. 6.* qui & eod. lib. in *l. si tibi §. 1. inf. h. t.* exemplum apposuit in actione injuriarum, quæ ex *l. 12. tab.* pacto nudo ipso jure tollitur, nimirum ex illa lege, *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.* Verbum est antiquum, *Pacit*, pro *Paciscatur*, quo & Terent. usum puto in Heaut. illo loco *post daturam mille nummum pacit:* & Paulus eodem loco posuit exemplum id ad sententiam hujus legis sextæ accommodatum, & in actione furti, quæ etiam pacto nudo tollitur ipso jure, id est, ex *l. 12. tab.* in qua ita videtur fuisse scriptum: *si furtum nec manifestum escit*, ut est apud Festum, vel, *si furti nec manifesti adorat:* nam in *l. 12. tab. Adorare*, est *agere.* Apud eundem Fe-

stum, *ni quis pro fure damnum deciderit, duplione damnum decidito.* Et inde in *l. si pro fure, de cond. furt.* decisione, quod est pactione furti actionem tolli, non condictionem, & *l. seq. §. si paciscar, legem de furto pacisci permittere.* Legem quum dicimus, 12. tabularum leges dicimus. Legitimum igitur esse pactum, quo de furto paciscimur, & actionem furti tollere ipso jure, etiam non opposita exceptione: & in *l. 12. de furt. post decisionem furti leges agere prohibere.* Ait Paulus, *lege, vel senatusc.* adde ex eadem, *vel prætoris edicto:* nam & edicto prætoris si fiat pactum nudum de hypotheca, ut res pignori sit, vel hypothecæ, ex eo pacto actio nascitur. Hoc exemplo idem Paulus utitur eod. lib. in *d. l. si tibi, §. 1. de pign.* Paulum igitur ex Paulo interpretemur, & exempla ad hanc legem, quæ accommodentur, sumamus ex *d. l. si tibi, §. 1. & §. de pig.* potius quam ex commentis aliorum. Convenienter autem *d. §. de pign. l. major, C. de pign.* ait, conventionem nudam, scilicet pignoris pactum, vel jurisdictionem, id est, edictum prætoris secundum voluntatem paciscentium, scilicet secundum pacti conventionem, tueri.

AD L. XI. & XIII. eod. Quamvis ex pactis regulariter non nascatur actio, nascitur tamen exceptio, & prætor qui in edicto se pacta servaturum pollicetur, ea servat datis exceptionibus, vel replicationibus, non datis actionibus: ut si debitor paciscatur cum creditore, ne à se pecunia debita petatur, ex hoc pacto debitor si ab eo creditor pecuniam petat, tuebitur se exceptione pacti: concepta hoc fere modo, *si non convenit inter me & te, ne ea pecunia peteretur.* Rursus ex diverso, si postea convenerit mutata sententia, ut creditor eandem pecuniam petat, non datur quidem creditori actio ex hoc pacto, sed actio ex pristina causa, ex pristina obligatione, quæ priori pacto non omnino perempta est. At si opponatur ei exceptio prioris pacti de non petenda pecunia, potest se tueri opposita replicatione pacti posterioris, *l. si unus, §. pacto, hoc t.* Inde quæritur, an si cum deberem Titio 100. ex stipulatione, pactus cum eo sit procurator meus, ne à me illa 100. peterentur. Quæritur, inquam, an mihi per procuratorem adquiratur exceptio pacti conventi? Et constat, non adquiri, quia (possessione excepta) per liberam personam, quæ juri nostro subjecta non est (qualis est procurator) nihil nobis acquiri potest, *§. ex iis, Instit. per quas pers. nob. acquir.* Ergo nec exceptio, nec actio nobis per procuratorem acquiri potest, quia liber homo alteri, etiam si sit procurator, & procuratorio nomine agat, paciscitur, stipulatur, contrahit inutiliter, *l. 73. §. ult. de reg. jur.* Ergo & ex pacto, quod procurator meus fecit meo nomine, mihi non adquiritur exceptio pacti, sed datur tamen mihi eo casu, si mecum agat Titius, exceptio doli mali, non quasi mihi per procuratorem quæsita, quod fieri non potest: sed quasi meo jure mihi competat ex æquo & bono, quod dolo malo faciat Titius, qui à me petit pecuniam, quam procuratori meo rem agenti meam, meo nomine promisit, se non petiturum: maxime, quod notandum, si pro eo, ut ita pacisceretur, creditor de meo aliquid, in quo non minus, vel etiam amplius, consecutus fuerit, ut in *l. contra, in fin. hoc tit.* neque enim occasione juris, quo cautum est, alteri factam pactionem non valere, abuti creditor debet contra naturalem æquitatem, & nihilominus retinere, quod ex ea re compendii fecerit, ne perfidia, dolusve malus ejus illi prosit, & mihi noceat, *l. 5. de doli mali except.* ne, inquit, dolus suus ei prosit per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem, id est, per occasionem illius regulæ, *alteri paciscimur inutiliter*, quæ est regula summi juris: ne, inquam, dolus suus ei prosit per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem. Et ita in *l. ult. C. pro empt. ne occasionem juris trahat ad compendium suum cum detrimento alterius*, non licet abuti regulis juris, etiamsi utar non improprie, quoties refragatur æquitas naturalis, & desiderat mitigare rigorem juris, quod fit per exceptionem doli mali, quæ, ut eleganter ait *Cyrillus in l. inter, §. pen. de pact. dotal.* est exceptio *συνηγοροῦσα, ἢ τὸ ἄκρον τῶν ἀκρίβειαν ἐξετάζουσα. Est exceptio*, inquit, *valde conveniens æquitati naturali, & quæ non admodum inquirit, vel spectat rationem summi juris*: sententia est elegantissima. Ideoque in specie proposita, deficiente exceptione, occasione juris civilis, juris summi, quod alteri fiat pactum inutiliter per liberum hominem, æquum est saltem adversus creditorem debitori dari exceptionem doli mali. Ubi datur exceptio pacti, datur etiam exceptio doli semper: ubi vero datur exceptio doli mali, non utique exceptio datur semper: modo enim concurrit hæc cum illa, ut in *l. 28. §. pen. de mort. caus. donat. l. 2. §. 5. item quæritur, de doli except. l. si accepto latum 59. de acceptil. l. si unus, §. cum decem, hoc tit.* modo hæc, id est, exceptio doli venit in subsidium exceptionis pacti, id est, quotiens deficit exceptio pacti ut in *l. jurisgentium, §. ult. hoc tit.* Et in specie, quæ est in manu, & quæ proponitur in *l. ult. sup. de procurat.* de procuratore omnium bonorum, aut rerum, aut negotiorum meorum, cujus pactum sicut mihi nocet, si pactus sit, ne ego petam, æquum est, ut mihi prosit, si pactus sit, ne à me petatur. Quod fit non quidem beneficio exceptionis pacti, sed beneficio exceptionis doli, *l. 7. §. 1. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.* Et ad id ex Pauli edicto additur hæc ratio in *l. 51.* quia & procuratori omnium negotiorum meorum solvi, quod mihi debetur, potest. Quæ ratio principaliter ostendit, cur pactum ejus mihi obsit, vel noceat per consequentias, cur etiam mihi prosit: nam si nocet, consequens est, ut & prosit, quotiens res exigit. Ratio igitur Pauli, ita explananda est: debitor meus procuratori meo solvendo liberatur, *l. 6. §. pen. de condict. indeb. l. vero procuratori, de solut.* Ergo & debitor meus cum procuratore meo paciscendo liberatur. Atque ita pactum procuratoris mei, mihi nocet: sed debitor meus solutione facta procuratori meo, ipso jure liberatur. Pactione autem non liberatur ipso jure, neque per exceptionem pacti, sed per exceptionem doli mali subsidiariam. Denique is, cui recte solvitur, & recte paciscitur, exceptis quibusdam, de quibus dicemus initio *l. si unus, hoc tit.* & contra, cui non solvitur recte, nec paciscitur recte, *l. 13. & 28. in princip. h. t.* Igitur alia est conditio procuratoris negotiorum, cui universa, vel quædam negotia mandata sunt, vel unum negotium tantum: Alia conditio procuratoris litium, aut litis, constituti scilicet ad agendum, vel defendendum. Nam procurator negotii unius, vel plurium, vel omnium, pacisci potest, quatenus ei demandati negotii exigit ratio, & pactum ejus domino obest, vel prodest, id est, mandatori obest, vel prodest, eidem quoque procuratori solvi potest, quin & per stipulationem novare veterem obligationem potest, *l. 20. in fin. de novat.* exemplo tutoris, qui ad utilitatem pupilli novare obligationem potest, *l. 22. de adm. tut.* & rem in judicium deducere, ut ait *l. 12. hoc tit.* id est, judicio petere, & exigere potest, quod domino debetur, convenire debitorem domini potest, & cum eo item contestari, quæ est alia novationis species, nempe necessaria, prior illa est voluntaria. Procurator autem litis, seu actionis, cui causæ actio tantum est mandata, nihil præterea, domino paciscendo, neque obesse, neque prodesse sibi, aut domino potest, quia nec ei solvi potest, nisi & ad hoc quoque datus fuerit. Et hoc ex eod. libro Pauli 3. proponitur in *l. 53. h. tit.* cum hac exceptione, nisi factus sit procurator litis in rem suam, in litem suam: ut si vendita ei, aut donata sit actio, quia hic loco domini est, eidemque quasi domino prodest, vel nocet pactum, quod facit cum reo, non mandatori nempe quia ad illum omne judicii emolumentum pertinet illique competit actio judicati, si lis detur secundum illum, *l. 4. de re judic.* Et solvi igitur eidem potest quocunque tempore, & vero debet, quia loco domini est, quia res ejus est facta emptione, vel donatione. Longe aliud dicimus, si procurator fuerit in rem, sive litem alienam, quia nec ei solvi potest, ut dixi. Et vero est absurdum, ut eleganter ait *l. hoc jure, de solut.* ei solvi posse ante rem judicatam, cum nec post rem judicatam ei solvi judicatum possit, vel ipse agere judicati, sed dominus solus, *l. si procurator, de procur.* Quod si solvi ei non potest, nisi, ut ante dixi, specialiter, & ad hoc quoque dato, consequens est, nec pacisci eum posse, aut si paciscatur domino, pactum nocere, vel prodesse non posse. Et hæc de

pro-

procuratore ad litem suam, vel alienam. Hæc distinctio valet in procuratore ad litem. At procuratori ad negotia gerenda proculdubio solvi potest indistincte. Ergo & idem pacisci utiliter potest super negotio, quod gerit, & administrat. Procurator ad litem, alias fit ad litem, sive rem suam, alias fit ad litem alienam: procurator ad negotia semper fit ad rem alienam. Et præterea procurator negotiorum quocuoque tempore alium procuratorem facere potest, qui negotium sibi mandatum exequatur, etiamsi dominus, id ei specialiter non permiserit, *l. si procuratorem, §. 1. mandati*, *cap. 1. de procurator. in 6.* Exceptis duobus casibus, si fiat procurator ad rem aliquam alienandam, vendendam, tradendam, quia mandatum de re amittenda, & de re alienanda negotium est magni momenti, quo futurum est, ut res abeat dominio mandatoris: & ideo procurator ad eam rem factus non temere alii cuicunque id negotium committere potest, *l. pen. §. item adjiciendum*, *de divers. & temp. præs.* Et si fiat procurator (& hic alius casus est) ad contrahendum matrimonium nomine mandantis, *cap. ult. de proc. in 6.* quia & in ea re, quæ est magni momenti, non potest alium facere procuratorem. *Alias procurator* negotiorum alium procuratorem suo *arbitratu* deligere potest, & facere. Procurator autem litium, *vel litis*, ante litem contestatam non potest alium facere procuratorem: post litem contestatam potest, quia contestatione factus est dominus litis, *l. nulla*, *C. de procurat.* Iterum dico, ante litem contestatam alium ad eandem litem agendam procuratorem facere non potest, nisi id ei specialiter dominus permiserit, *d. cap. de procur. in 6.*

Ad L.XV. eod. tit. *Tutoris quoque (ut scribit Julianus) pactum pupillo prodest.*

Is, quæso, nunc applicemus, quod ex eod. lib. Pauli proditum est in *l. 15. eod. tit. de pact.* tutoris quoque pactum pupillo prodesse, & addamus audenter, vel nocere, cum scilicet pactum, quod bona fide tutor paciscitur, ex utilitate, è re pupilli est, qui forte tantundem, vel amplius consequitur, vel qui transactione facta litis perplexæ, & dubiæ molestia liberatur, ut l. *si pignore, §. ult. l. interdum*, *§. qui tutelam, de furtis*. Et ex eodem libro Pauli, cum hac *l. 15.* conjungenda est *lex 22. de adm. tut.* in qua idem ait.

Ad L.XXII. de Adm. tut. *Tutor ad utilitatem pupilli, & novare, & rem in judicium deducere potest. Donationes autem ab eo factæ pupillo non nocent.*

TUtorem quoque ad utilitatem pupilli per stipulationem novare veterem obligationem posse, & rem in judicium deducere, quod est, ut dixi, aliud genus novationis. Ex quo sequitur, & pacisci tutorem posse ad utilitatem pupilli: nam & solvi ei potest, *l. quod si forte, §. 1. de solut. l. 46. §. tutela, & §. ult. inf. hoc tit. de administ. tut.* tutori, inquam, solvi posse. Ac præterea judicati actionem dicimus tutori dari, si obtinuerit contra adversarium pupilli, judicati, inquam, actionem tutori dari, quamdiu tutela durat, quia & tamdiu eadem actio, si competat, in eum datur, nisi ex necessitate pro pupillo judicium accepit: puta cum propter infantiam, vel absentiam pupilli non posset illi auctor esse ad judicium accipiendum, *l. 2. de adm. tut. l. pen. quand. ex fact. tut.* Recte autem ait hæc lex 22. *ad utilitatem pupilli*, id est, quum ita exigit ratio, & administratio negotiorum pupillarium: neque enim in pupilli perniciem, sive detrimentum tutor donare, vel quicquam aliud exequi, & deminuere patrimonium pupilli potest: tueri pupillum debet (unde & illi nomen) non spoliare. Proinde donationes ab eo factæ, pupillo non nocent, nec transactiones factæ non expediendi pupilli gratia, aut expediendæ rei pupillaris gratia, quæ forte implicita erat, sed deminuendi gratia pupillo non nocent, *l. 45. §. ult. hoc tit.* Quod & in procuratore negotiorum eodem prorsus modo observandum est. Nam ea, quæ diximus, ei permitti, catenus duntaxat ei permissa intelliguntur, quatenus utilia domino sunt, aut necessaria, non quatenus inutilia, aut dispendiosa, ut ex *d. l. 46. §. ult.* jampri-

Tom. II. Post.

A dem ostendi, & in *l. mandati 60. de procur.* esse legendum, ubi vulgo inepte, *transactionem decidendi causa interpositam*, quod perinde est, ac si diceret, transactionem transigendi causa interpositam: decidere enim, ut in 12. *tab.* nihil aliud est, quam transigere, aut pacisci, transigendi, non donandi, aut deminuendi causa. Scribe igitur in *d. l. mandati* pro *decidendi*, *deminuendi*, ut in *d. l. 49. §. ult.* ut ita non tantum tutori, sed & procuratori, qui generale mandatum habet, interdicatur, non quidem transactione, vel decisione litis dubiæ, & incertæ, sed ea tantum, quæ fit deminuendi causa. Et circumscribe differentiam, quam & in *d. l. mandati*, & in *l. 12. de pactis*, & aliis locis innumeris passim Accursius facit, inter eum procuratorem, qui generale mandatum habet, & eum, qui habet liberam rerum, & negotiorum administrationem, tametsi
B eum Accursii errorem sequatur Bonifacius *in capit. 4. de proc. in 6.* Nam & qui generale mandatum habet, sane liberam administrationem habet, nec quidquam alter ab altero distat. Et contra quam idem Bonifacius sentiat, jure civili is, qui generale mandatum habet, & is, qui universorum bonorum procurator est, etiam si non adjecta sit illa clausula, *cum libera potestate*: potest jusjurandum deferre, perinde atque si adjecta esset, & consequenter pacisci, quia & jusjurandum speciem pactionis habet: Et si pacisci, ergo & solutam pecuniam accipere, quæ domino debetur, *l. 17. §. ult. de jurejur.*

Ad. L.XVII. de Pactis. *Si tibi decem dem, & paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*

C Ad §. Quædam actiones *per pactum ipso jure tolluntur: ut injuriarum, item furti.*

Ad §. De pignore *jure honorario nascitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quotiens paciscor ne petam.*

Ad §. Si quis *paciscatur, ne à se petatur, sed ut ab herede petatur: heredi exceptio non proderit.*

Ad §. Si pactus sim, *ne à me, neve à Titio petatur: non proderit Titio, etiamsi heres extiterit: quia ex post facto id confirmari non potest. Hoc Julianus scribit in patre, qui pactus erat, ne à se, neve à filia peteretur: cum filia patri heres extitisset.*

Ad §. Pactum conventum *cum venditore factum, si in rem constituatur, secundum plurium sententiam, & emptori prodest & hoc jure nos uti Pomponius scribit: secundum Sabini autem sententiam, etiamsi in personam conceptum est, & in*
D *emptorem valet. Qui hoc esse existimat, & si per damnationem successio facta sit.*

Ad §. Cum possessor *alienæ hereditatis pactus est: heredi, si evicerit, neque nocere, neque prodesse plerique putant.*

Ad §. Filius, *servusve si paciscatur, ne à patre, dominoque petatur.*

QUod initio hujus legis proponitur, satis apertum esse videtur: sed rationem ejus explicare non tam est in facili, quam imber quando pluit, ut Plautus loquitur. Si tibi decem dedero mutuo, & ex continenti pepigero, ut mihi deberes 20. ait non nasci obligationem ultra 10. Ratio, quam non affert, est hæc: Quia mutuum est contractus stricti juris, & contractibus stricti juris pacta, quæ adjiciuntur incontinenti, non insunt nisi ex parte rei, *l. lecta*, *de reb. cred.* Ex parte actoris non insunt, id est,
E actionem non formant, obligationem non augent, *l. rogasti, §. 1. eod. tit. de reb. cred.* Et mutui obligatio, quæ re contrahitur, id est, numeratione, vel ut in *l. 9. §. numeravi*, *eod. tit.* vel adpensione, vel admensuratione; mutui, inquam, obligatio per se non consistit ultra id, quod numeratum, vel appensum, vel admensum est. Non potest etiam dici, decem, quæ pacto supradicta sunt, deberi usurarum nomine. Primum, quia id actum non est, sed ut deberentur quasi ex causa mutui, ut etsi tantum 10. adnumerata essent, deberentur 20. ac si viginti adnumerata essent. Deinde, quia, etiamsi id actum sit ex pacto, usuræ creditæ pecuniæ deberi non possunt, *l. 3. C. de usur.* Eadem prorsus ratione, quia pactum non potest mutuo inesse ex parte

D 2 acto-

actoris sive creditoris; dici etiam non potest ea decem, quæ superfluunt, aut pacto superadjiciuntur, deberi quasi donata, quia nec id agebatur, ut donata essent, sed ut quasi credita deberentur, & quia, etiamsi animus donandi fuerit, hoc jure donatio pacto non perficitur, aut nudo consensu, sed mancipatione, vel traditione, numeratione, aut cessione in jure, vel stipulatione: quod est certissimum. Neque est quod objicias initio hujus legis *legem in traditionibus* 48. *inf. h. tit.* quæ, ait, in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est. Ait, *quodcunque pactum*. Ergo, cur etiam non valet quod in numeratione pecuniæ paciscitur creditor cum debitore, ut altero tanto plus debeat, quam accipiat: nam in traditionibus, inquit (quo nomine & numerationes continentur) quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est, quia non ita generaliter ea lex accipienda est, sed accipienda tantum de traditionibus, quæ fiunt ex contractibus bonæ fidei, *l.*44.*§. sic & in tradendo, de oblig. & act.* non etiam de traditionibus sive numerationibus, quæ fiunt ex contractibus stricti juris: nam inter hos contractus magna differentia est quod ad rem, qua de agitur, attinet: nam pacta adjecta contractibus stricti juris ex continenti, insunt quidem ex parte rei, *l. lecta, de reb. cred.* probat etiam *l. 4. §. pen. & ult. hoc tit.* ut ibidem demonstravi, sed non insunt ex parte actoris, id est, valent & prosunt debitori etiam non opponenti exceptionem pacti, non etiam creditoris actionem, vel obligationem augent. Pacta autem bonæ fidei contractibus adjecta incontinenti, ipso jure non tantum minuunt, sed etiam augent obligationem, & insunt ex utraque parte actoris, & rei, *l. jurisgentium 7. §. quinimo in bonæ fidei, hoc tit. l. in bonæ fidei, C. eod. tit.* frustra diceret *in bonæ fidei*, si idem esset in strictis judiciis, & contractibus. Et hoc adnotasse in principio hujus l. satis est.

AD *§. Quædam actiones*. Quod sequitur in hoc *§.*1.*Quædam actiones per pactum ipso jure tolluntur, &c.* id jam exposui in in *l.*6. sed addam aliquid. Aliquando ex pacto ait ipso jure tolli actionem. Regulariter ex pacto neque tollitur, neque nascitur actio. Interdum tamen ex pacto ipso jure tollitur actio, videlicet, si lege confirmatum sit, ut si is, cui membrum ruptum, aut os fractum est, cui & injuria illata est, paciscatur, ne agat injuriarum: pactum lege 12. tab. confirmatur, & ipso jure tollit actionem injuriarum ex illa lege, *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto:* vel etiam si is, cui furtum factum est, paciscatur, ne furti cum eo agat, vel si cum fure ea de re transigat ex eadem lege 12. tabul. *si adorat*, id est, agat, *furto: quod nec manifestum escit*, id est, erit, *ni quis pro fure damnum deciderit, duplione damnum decidito*, id est, ni quis ea de re cum fure transegerit: transactio fit pacto: hoc igitur loco ipso jure, id est, ex l.12.tab. hoc item loco, actio injuriarum, id est, de membro rupto, id est, actio civilis ex 12.tab. de membro rupto, aut osse fracto, cujus ex ea lege pœna erat talio: hoc item loco, actio furti, id est, furti nec manifesti in duplum, quæ est actio civilis ex eadem lege 12.tab. Unde quæritur, an etiam actio furti manifesti, quæ est prætoria, non civilis, pacto ipso jure tollatur: Et quia triplex est actio injuriarum, una ex 12. tab. altera ex l. Cornelia, & tertia ex edicto prætoris, quæritur an omnis actio injuriarum pacto ipso jure tollatur: Et sicut *lex 5. §. hac lege, de injuriis* ostendit, etiam actionem injuriarum, quæ non descendit ex l.12. tab. sed ex l. Cornelia, ex eadem lege Cornelia, id est, ut in ea cautum est nominatim, tolli jurejurando, si quis juraverit se injuriam non fecisse, & exemplum quoque legis Corneliæ prætores sequi, id est, jurejurando etiam prætoriam actionem injuriarum tolli, denique omnem actionem injuriarum. Inde non improbabiliter dices, etiam prætorem, qui furti manifesti actionem dat in quadruplum, sequi exemplum l. 12. tab. in actione illa furti manifesti: sed noluit idem statuere de ulla alia pœnali, & famosa actione, præterquam de actione injuriarum, & furti qualicunque, unde descendat, ex l.12. tab. vel ex l. Cornelia, vel ex edicto prætoris. Parem autem esse causam jurisjurandi, & pacti notum est, l. *non solum, §.1. de injur. l. Stichum, §. naturalis, de solut. l.1. §. pen. C. de nat. lib.* nam & jusjurandum loco pactionis, aut transactionis cedit, *l.2. l. tutor, §.1. & l.8. etsi servus, de jurejur.* Ergo quæcunque dicitur actio furti, vel injuriarum tolli jurejurando, consequens est, & eam quoque tolli ipso jure pacto convento, sive transactione.

AD *§. De pignore*. Aliquando etiam ex pacto ipso jure actio nascitur, ut si paciscatur creditor cum debitore, ut debitoris fundus crediti nomine pignori obligatus sit, quoad pecunia debita solvatur, puta si fundus non tradatur creditori, si non inducatur in possessionem fundi, sed nudo tantum pacto convenerit inter creditorem, & debitorem, ut fundus pignori esset, quod propriè hypotheca dicitur: ex hoc pacto ipso jure actio nascitur, quæ dicitur hypothecaria, sive quasi Serviana, quia hoc pactum prætor confirmavit, quia hoc pactum, ut ait *l. major. C. de pig.* Jurisdictio, id est, edictum prætoris, tuetur atque confirmat, secundum fidem pacti, secundum voluntatem paciscentis. At è contrario, ut in hoc §. proponitur, actio hypothecaria non tollitur tamen ipso jure, si paciscor ne petam, ut ait: nascitur actio hypothecaria ipso jure ex pacto: at non tollitur ipso jure ex pacto, sed per exceptionem pacti: verum, si paciscor, inquit, ne petam, id est, ne petam sortem, ut & Basilica interpretantur, ὅτε συγχωρῆται τὸ χρέος, *cum sors remittitur*, & confirmat etiam *l. 5. in princip. quib. mod. pign.* quæ ait, pacto interposito ne pecunia petatur, id est, sors petatur, id actum videri, ut & ab hypotheca discedatur, & pactum illud parere exceptionem perpetuam. Discedi igitur ab hypotheca beneficio illius exceptionis, non ipso jure: denique non solvi hypothecam ipso jure, sicut nec principalem obligationem, id est, sortis, sed per exceptionem pacti, vel doli. Et ratio hæc est simplicissima, atque adeo verior, veritatis oratio est simplex, ut in veteri proverbio, quia obligationem pignoris, edicto nominatim cautum est, nudo pacto fieri ipso jure, ut ait hoc loco de pignore, jure honorario nasci ex pacto actionem. At non etiam similiter id cautum est edicto, ut & ipso jure pacto tolleretur obligatio hypothecaria. Quamobrem nec si nominatim convenerit de hypotheca, ut ab ea discederetur, hypothecariam solvi ipso jure necesse est, sed necessariam esse exceptionem pacti, vel doli. Atque ita evenit hoc casu, ut hypotheca, quæ consensu nudo ipso jure contrahitur, non dissolvatur etiam ipso jure contrario consensu. Et sane ita est, constituitur hypotheca ipso jure nudo pacto, non solvitur nudo pacto ipso jure contrario consensu, sed exceptionis adminiculo. Neque quemquam turbet regula juris, nihil tam naturale esse, quam eo genere, quo quidque colligatum est, eodem & solvatur, quia ea regula de contractibus est, non de pactis. Et etiamsi illa regula non esset, hoc per se ipsa rerum natura dictat, satis videlicet consentaneum esse, ut nodus eo modo solvatur, quo nexus est. Consentaneum est, ut prout quodque contractum est, ita & solvatur. Ita fit semper in omnibus conventionibus, in contractibus, & in pactis, sed non eodem modo: *multa*, inquit Fab. 2. Instit. *fiunt eadem, sed aliter*. Pactum, quod consensu nudo fieri certum est, contrario consensu solvitur: sed non eodem modo, quo contractus nudo consensu perfectus, contrario consensu tollitur re integra: contractus enim solvitur ipso jure, pactum solvitur per exceptionem. Neque vero existimes consensum nudum, & pactum nudum idem esse: nam eo distant inter se, quo genus à specie, quo & conventio similiter à pacto. Nam nudus consensus modo contractum efficit, qui proprium nomen habet, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem, mandatum: modo pactum, quod conventio est sine nomine proprio, & sine causa.

AD *§. Si quis paciscatur*. Hic §. est de pacto in personam, quod heredi paciscentis non prodesse certum est, non posse egredi personam, non alii posse prodesse, quam paciscenti, *l. jurisgentium, §. pactorum, hoc tit. l. 5. in princ. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Pa-

ctum

Digitized by Google

ctum autem in rem; id est, generale pactum, non personale, heredi paciscentis prodesse. Plerumque autem in rem pactum esse videtur, si debitor paciscatur, ne à se petatur. Non videtur esse pactum in personam, sed in rem, quia plerumque tam heredibus nostris, quam nobismetipsis cavemus, *l. si pactum*, *de probat. l. tale pactum in princ. l. avus*, *h. t. l. veteri*, *C. de contrah. stipul.* Et ideo si paciscar, ne à me petatur, & nihil aliud probet actor, pactus videor in rem, non in personam meam duntaxat. Pactum ergo proderit heredi meo, aut bonorum possessori. Nam heredi meo pacisci possum, qui ad vicem meam propius accedere videtur, qui idem videtur esse, qui ego sui. Pacisci ergo possum heredi meo, proinde ac mihi: alteri extraneo paciscor inutiliter, etiam fratri, *d. l. tali*, *§. ult.* & filio, vel filiæ, *§. seq.* Et matri quoque inutiliter paciscor, nisi dixero, *fratri heredi meo, vel matri heredi meæ*, si simpliciter, *filio, vel filiæ, aut fratri, aut matri*, inutile pactum est, *l. inter*, *§. penult. de pact. dotal. l. debitor*, *§. ultim. ad Trebel.* At heredi meo, quia idem homo esse videtur, atque ego sum, quia alter ego mihi est, paciscor utiliter. Et, ut dixi, semper *ei pactus videor*, nisi ut proponitur in hoc §. ita paciscar, *ne à me petatur*, sed ut ab herede meo petatur, quoniam apertissimum est, pactum coarctari persona mea, & à pacti emolumento submoveri heredem. Manifestum est, pactum esse in personam, non in rem: si dixero tantum, *ne à me petatur*, præsumitur esse in rem: si dixero, *ne à me petatur, sed ab herede meo*, plane est in personam. Et ideo heredi meo ex persona mea non potest dari exceptio pacti, nec doli.

A

AD §. *Si pactus*. Addamus, pactum quoque factum alteri, ut extraneo, non ut heredi nostro futuro, ei non prodesse, ut si paciscar, ne à me, neve à Titio petatur, Titio non prodesse pactum, etiamsi postea is mihi heres extiterit, ut in hoc §. ostenditur, quia ab initio non valuit pactum, & quod ab initio non valet, ex post facto non convalescit, non confirmatur. Qua ratione utitur Paulus hoc loco. Idemque esse refert ex Juliano, si paciscar mihi, vel filiæ, quæ postea mihi heres extiterit, filiæ non datur exceptio pacti. Et multo magis idem est, si paciscar filiofam. qui mihi postea heres extiterit, filio non prodest exceptio pacti, sed prodesse potest filio, vel filiæ, qui quæve postea extiterit heres patri, exceptio doli, evidenti ratione, quia etsi pater pactus sit filiofam. & filius patri heres non extiterit, puta si filius exheredatus fuerit, filio, etiamsi non prosit exceptio pacti, prodest tamen exceptio doli, ut ex eod. Juliano refert eod. libro Paulus *in l. 21.* *§. Julianus*, *hoc tit.* Quo etiam casu doli exceptio est subsidium exceptionis pacti. Verum observandum est, Julianum loqui de filio exheredato, qui heres non extiterit patri, non de filia exheredata, si pater pactus sit filio, non pacti, sed doli exceptio prodest filio, si filius postea heres extiterit. Idemque admittendum videtur in filia. At si filius fuerit exheredatus, vel filia, discrimen videtur esse inter filium, & filiam: filiæ nihil prodesse exceptionem doli, si exheredata sit: filio prodesse si exheredatus sit, quia in §. *Julianus* de filio loquitur, non de filia: *in §. si pactus*, de filia: quod facile trahi potest ad filium. Nam sive filius, sive filia postea heres extiterit patri, pactum ei prodesse, non beneficio exceptionis pacti, sed beneficio exceptionis doli. At si filius exheredatus fuerit, etiam ei prodest beneficium exceptionis doli: si filia exheredata fuerit, nullo modo prodest. Quæ differentia videtur manare ex jure antiquo, quo filia exheredabatur ut extranea, nempe inter cæteros hac clausula, *cæteri exheredes sunto*: filia numerabatur inter cæteros, inter extraneos: & ita recte exheredabatur quasi extranea. At filius proprio quodam jure exheredandus erat, nempe directo, & nominatim, ut institutiones docent. Quem exheredat ut filium proprio quodam jure, ei non est iniquum, accommodari exceptionem doli, ne per omnia ei exheredatio noceat, quæ etiam ei nocet in omnibus. At quam exheredat ut extraneam, ea plane habebitur pro extranea, ut nec pactum factum ei prosit beneficio exceptionis doli.

B

AD *versic. Et hoc Julianus*. In specie pacti, quæ hoc §. proponitur de patre, qui filio, & filiæ pactus, hoc tentare nudiustertius cœpi, posse ex jure antiquo discrimen, & differentiam aliquam constitui inter filium exheredatum, & filiam exheredatam, contra quam olim ad hunc §. adnotaltem, non esse ea in re separandum filium à filia. Sed permanendum esse mihi videor in priore sententia, & ita de omni re concludendum: si pater cum creditore suo paciscatur, *ne à se*, *neve à filia sua petatur*, quamvis postea ea filia heres extiterit, non prodest filiæ exceptio pacti, quia pactum, quod ab initio non valet ex post facto non convalescit: non prodest, inquam, filiæ, quamvis heredi postea factæ, exceptio pacti: neque ex persona sua, neque ex persona patris: patri prodesse non est dubium. Et hoc in §. *si pactus* Julianum scripsisse Paulus ait. At hic quæritur, an saltem filiæ, quæ postea patri heres extitit, prosit exceptio doli, quæ in plerisque causis dari solet, deficiente exceptione pacti. Et in hac igitur causa, cum filiæ non sufficiat exceptio pacti, propterea quod pactum ab initio fuit inutile, tanquam filiæ factum ut filiæ, non ut heredi futuræ, non destinatione faciendi eam heredem, sufficiat tamen filiæ, si ei competat exceptio doli mali: hæc exceptio nititur æquitate naturali, & propter æquitatem naturalem sæpe deflectimus ab illa regula, quæ dicit, *quod ab initio non valet, ex post facto convalescere non potest*. Et idem Julianus in eadem pacti specie, ut eodem libro refert Paulus *l. 21.* *§. Julianus*, *inf.* Julianus, inquam, scribit filio non prodesse quidem exceptionem pacti, sed prodesse exceptionem doli, videlicet, si pater cum creditore suo pactus sit, ne à se, neve à filio suo petatur, à filio simpliciter, non à filio herede. Nam si filius postea heres patri extiterit, Julianus existimat, ei dandam esse exceptionem doli, denique ei pactum patris prodesse remedio exceptionis doli, ne ab eo, postea herede facto creditor patris pecuniam petat: malo enim *§. Julianus*, accipi de filio, qui patri heres extiterit. Nam in exheredato illa pactio patris nihil prorsus valeret, quia satis compertum est, nihil peti ab eo posse, qui debitori heres non extiterit. Qua ratione utitur etiam idem Paulus *in d. l. 21.* *§. 1.* Si servus paciscatur in personam, à se non peti, nihil valet pactum. Cur? quia nihil est certius, quam ab servo nil posse peti. Petere est in judicio petere, servus non potest in judicio consistere, servus causam agere, causam orare non potest: Et ita pactum, quod pater facit hoc modo, *ne à se, neve à filio petatur*, plane nihil valet, si filius exheredetur, quia & detracto eo pacto ab exheredato nihil exigere potest creditor patris: si pater dixisset, *neve à meo filio herede*, proculdubio etiam filio competeret exceptio pacti, quoniam ei cavit ut heredi, *l. avus*, *inf. h. t.* conjuncta *l. avus*, *de pact. dot.* At quia dixit simpliciter, *filio*, necessaria est ei exceptio doli, si postea patri heres extiterit, quod proponitur *in d. §. Julianus*, proponitur de filiofamil. quia ea sententia Juliani applicatur ad id, quod paulo supra dictum est, nos iis, qui in potestate nostra sunt, paciscendo prodesse non posse, *§. nos autem d. l. 21.* Cæterum idem videtur esse statuendum in filiofa. & in filio emancipato, & filia emancipata, nempe, ut si pater de eo paciscatur, quod secum contractum est, de eo, quod debet alii, ne id à se, neve à filio emancipato, filiave sua emancipata petatur, & is filius, eave filia patri heres extiterit, idem dicendum est, ut prosit ei exceptio doli ex æquo, & bono contra subtilitatem juris civilis, id est, contra illam regulam, *quod ab initio*. Eadem quoque æquitas, ut jam ante ostendi, admittenda videtur in alio quolibet extraneo, si debitor paciscatur, ne à se, neve à Titio petatur, si postea Titius ei heres extiterit. Nam & in *§. si pactus*, nullum discrimen Paulus facit inter filium, & filiam, quod notandum. Hactenus locuti sumus de pacto, quod fecit pater cum alii pecuniam deberet in hunc modum, *ne à se, neve à filio, filiave petatur*. Quid dicemus, si cum filius, aut filia deberet alii, non pater, paciscatur pater, ne à filio, aut filia petatur? Et quidem si filius, aut filia fuerit in potestate, certum est, pacti exceptionem patri prodesse, nisi aliud actum sit, proinde atque si pater sibi pactum fecisset: patri, inquam, prodesse, si conveniatur filii nomine de peculio, vel de in

C D E

rem

rem verso, vel quasi defensor filii, quoniam pactus etiam intelligitur, ne à se petatur. Item si pater juraverit, *filium dare non oportere*, quem habet in potestate, aut filiam, quam habet in potestate, dare non oportere, proculdubio exceptio jurisjurandi proderit patri: filio vero, aut filiæ non prodest exceptio pacti, aut jurisjurandi, sed prodest ei exceptio doli ut opinor, sive patri heres exstiterit, sive non, & similiter, exceptio jurisjurandi, id est, in factum, si pater juraverit filium, aut filiam dare non oportere, *l. qui jurasse, §.1. de jurejur.* Idemque dicendum opinor, si pater pactus sit filio, aut filiæ, qui, quæve in ejus potestate non fuit, vel in casum, quo desierit esse, ut & filio, vel filiæ prosit exceptio doli: patri autem nulla exceptio competat, qui filium aut filiam non habuit in potestate, aut qui in eum casum paciscitur filio, vel filiæ, qui cum, eamve non est habiturus in potestate. Hoc ita esse arbitror, quia & ex stipulatione à patre hoc modo interposita, *post mortem meam filiæ dari*, constat filiæ, morte patris sui juris effectæ, accomodari utilem actionem ex stipulatu, licet patri heres non exstiterit, *l. quodcunque 45. §. si ita quis, de verb. oblig.* Et similiter in eundem casum post mortem suam mortua filia in matrimonio, si pater stipuletur dotem reddi filio suo, filio constat dari utilem actionem ex stipulatu, *l. 9. de pact. dotal.* Ergo, etsi stipuletur dotem dari filio emancipato, pari æquitate filio danda est utilis actio. Quod & Accursius supplet *in l. si genero, C. de jur. dot.* Item si pater paciscatur subjecta stipulatione, filia præmortua in matrimonio, dotem nepotibus reddi, quos non habebat in potestate, quibus forte donare volebat, nepotibus datur utilis actio ex stipulatu. Hæc est sententia legis 2. *pater, C. de pactis convent.* nec nova. Nam & ex stipulatione avi materni nepti, quæ in ejus potestate non est, datur utilis actio, *l. Cajus, sol. mat.* Datur etiam filiis ex stipulatione matris utilis actio, ut Accursius supplet recte ad *l. 4. C. de pact. convent.* Et in jure nostro hujusmodi suppletiones sunt frequentissimæ, videlicet ut ubi denegatur actio abscise, suppleatur, benigna tamen interpretatione, utilem dari, directam tantum denegari. His vero casibus, ut benigna interpretatione ex stipulatione parentum, liberis, qui non sunt in eorum potestate, detur utilis actio, præcipua benignitatis ratio, ut indicat *d. l. Cajus*, dum *ait*, *maxime: est enixa parentum voluntas, & affectio, quæ ubique valet*. Et eadem est etiam, si de alia re liberis danda agatur, quam de dote profecta à parentibus, ut in *d. l. quodcunque, §. si ita quis*, quam male quidam coangustant ad filiam, & ad dotem pro ea datam, quæ sit reddenda filiæ post mortem patris, quia mortuo patre, manente adhuc matrimonio, nondum existit casus reddendæ dotis. Et quod ille *§. in filia*, idem & in filio ponit *d. lex 9. de pact. dot.* Posui autem parentes stipulatos liberis, quos non habebant in potestate, vel in casu, quo habere desinerent, ut liberis accommodetur utilis actio ex stipulatu. Nam si pater filiofamil. vel avus nepoti, aut nepti, quem, quamve habet in potestate stipulatus sit, pro eo est, atque si sibi ipsi stipulatus esset, non liberis, quos habet in potestate, & sibi statim adquirit omnem obligationem, liberis, quos habet in potestate nullam, *l. 130. de verb. oblig. l. Stichum, §. quæsitum, de solut.* Nunc hæc accommodemus ad disputationem initam initio, & ita argumentemur; Si ex stipulatione, quam parentes fecerunt liberis extraneis, id est, quos non habent in potestate, eis accommodatur utilis actio propter summam affectionem parentum, ne ea parentes defraudentur, ne eo frustrentur, quod vehementer optaverunt. Cur etiam si parentes pacti sint liberis emancipatis, non eis dabitur exceptio doli mali, quæ est subsidium exceptionis pacti. Et ita hæc omnis quæstio satis difficilis discutienda est.

AD *§. pactum conventum*. Addammus sententiam *§. pactum conventum*, quæ est hujusmodi. Possessor alienæ rei pactus est cum domino ejus rei, ne à se eam rem peteret, deinde eam rem alii vendidit, vel donavit, quæritur, an venditoris, aut donatoris pactum emptori prosit, aut donatario? Et Proculus dicebat, in rem conceptum, & generaliter prodesse emptori, & donatario. Ergo tam successori rei, ad quem ea res transit, quam successori universi juris, puta heredi, aut bonorum possessori. Hoc Proculus dicebat. Plus dicebat Sabinus, etiam pactum in personam conceptum à possessore rei alienæ cum domino ejus rei, prodesse successori rei, puta emptori, & donatario. Optima ratione: quia alioqui, nec prodesset venditori, vel donatori, si de ea re ipse non statueret suo arbitrio, eamque alienare non posset. Sed sicut venditori, aut donatori duntaxat prodest, quod conceptum est in personam, quamdiu is vivit: ita emptori, & donatario non prodest, nisi quamdiu venditor, aut donator vivit. Et ita Accursius recte ad hunc *§. pactum*, ex *l. 21. in prin. inf. hoc tit.* pactum in rem emptori, & donatario, & cuilibet successori perpetuo prodesse: pactum in personam ei non prodest, nisi quamdiu auctor ejus vivit, cujus personæ pactum cohæret. Ait, *secundum plurium sententiam*, & paulo inf. *secundum Sabini sententiam*; quæ est diversa sententia ab illa, quam dicit esse *Plurium*. Unde? quia (ut omnes sciunt) à Proculianis, & Sabinianis inter Jurisconsultos diversæ secari cœperunt viæ: ideo cum posteriore loco dicat, *secundum Sabini sententiam*, ex contrario priore videtur esse legendum, *secundum Proculi sententiam*, non *secundum plurium sententiam*: alioquin plurium sententia obtinuisset, ut fit plerunque, ut *l. 17. inf. de jure patron. §. 1. Institut. de hered. instit.* [illegible] δὲ τὸ μᾶλλον ἄμεινον, *melius consilium plurium*. Sed Sabini sententiam obtinuisse, non illorum plurium (*si ita legendum est*) Basilica ostendunt, quæ generaliter definiunt, etiam pactum in personam prodesse emptori, & donatario, id est, successori in rem, quamdiu scilicet persona superest, in quam pactum conceptum est, non aliter. Posui autem pactum illud fuisse factum ante venditionem, vel donationem, idque pactum emptorem, vel donatarium sequi ex persona auctoris, in quam conceptum est, sive constitutum. Post venditionem autem, vel donationem, frustra posuissem pepigisse venditorem, ne à se peteretur, quia nec ab eo peti potest, qui desiit rem possidere, nisi forte rem mala fide vendiderit, aut donaverit, nisi mala fide, sive dolo malo eam desierit possidere, quo casu, & ab eo peti potest; sed tamen in emptore, aut donatario, quod sibi faceret, factum non valeret, quia sibi tantum prospicere venditor vult, qui ita paciscitur, post venditionem, aut traditionem mala fide factam, ne à se petatur, neve conveniatur quasi possessor, non etiam successori suo, sed re evicta tenebitur emptori actione ex empto, vel ex stipulatu.

AD *§. cum possessor*. In hoc §. ostenditur, pactum, quod forte cum creditoribus, vel cum debitoribus hereditariis possessor alienæ hereditatis fecit, ei heredi, qui vero hereditatem evicit, neque nocere, neque prodesse. Et hanc esse plurium sententiam: Pactum, quod defunctus fecit, si fecerit in rem, certe heredi prodest, aut nocet: non pactum, quod possessor hereditatis fecit, cui heres judicio centumvirali eam hereditatem evicit. Possessor pro defuncto non est, aut heres defuncti tantum vice fungitur, non possessoris, qui hereditatem evicit, ut ejus jure uti possit. Itaque heredi evincenti hereditatem conventio possessoris, cui evincitur, neque prodest, neque nocet. Opponitur vulgo sententiæ hujus §. *l. si post, de const. pec.* ubi, si post constitutam pecuniam possessori hereditatis alienæ, verus heres hereditatem evicerit, ait heredi decerni utilem actionem de constituta pecunia, quæ constituta est, non defuncto, sed possessori. Nihil est, quod tam facile expediri possit. Hoc ideo fit, quia obligatio constitutæ pecuniæ est accessio hereditariæ obligationis, quæ in heredem transit, qui hereditatem evicit. Pactum autem, quod constat non parere obligationem, non potest esse accessio principalis obligationis. Ideoque nec pacti exceptio, quod fecit possessor hereditatis, transit in heredem, in quem obligationes transeunt, cum principales, tum accessoriæ, pacti obligatio nulla est.

Ad §. ult. L. XVII. & ad L. XIX. eod. *Adquirent exceptionem. Idem est, & in his, qui bona fide serviunt. Item si filiusfamilias pactus fuerit, ne à se petatur: proderit ei, & patri quoque, si de peculio conveniatur.*

Ad

Digitized by Google

Ad L. XXI. eod. *Et heredi patris vivo filio : post mortem vero filii nec patri , nec heredi ejus : quia personale pactum est .*

Ad §. Quod si servus *ne à se peteretur pactus fuerit: nihil valebit pactum. De doli exceptione videamus. Et si in rem paciscatur, proderit domino , & heredi ejus pacti conventi exceptio. Quod si in personam pactum conceptum est, tunc domino doli superest exceptio .*

Ad §. Nos autem *his , qui in nostra potestate sunt, paciscendo prodesse non possumus: sed nobis id profuturum, si nomine eorum conveniamur, Proculus ait. Quod ita recte dicitur , si in paciscendo id actum sit. Cæterum si paciscar, ne à Titio petas, deinde actionem adversus me nomine ejus instituas : non est danda pacti conventi exceptio. Nam quod ipsi inutile est, nec defensori competit. Julianus quoque scribit; si pater pactus sit, ne à se, neve à filio petatur, magis est, ut pacti exceptio filiofamilias danda non sit, sed doli prosit .*

Ad §. Filiafamilias pacisci potest *, ne de dote agat , cum sui juris esse cœperit .*

Ad §. Item filiusfamilias de eo , *quod sub conditione legatum est, recte paciscitur .*

Ad §. In his , *qui ejusdem pecuniæ exactionem habent in solidum, vel qui ejusdem pecuniæ debitores sunt: quatenus alii quoque prosit, vel noceat, pacti exceptio quæritur. Et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse ejus, qui paciscebatur , interfuit . Itaque debitoris conventio fidejussoribus proficiet .*

IN hoc §. ultimo ostenditur , per filium famil. & servum nobis adquiri exceptionem pacti , conjuncta *l.* 19. & initio *l.* 21. Itemque pacti exceptionem nobis adquiri per eum , quem bona fide possidemus . Quod tamen ita distinguendum est , ut per servum , aut filiumfamilias pacti exceptio nobis adquiratur ex omnibus causis: per eum, quem bona fide possidemus, ex duabus causis tantum, puta ex re nostra, & ex suis operis, videlicet, si ii paciscantur, ne à nobis petatur, quod nos debemus , vel eorum nomine , vel nostro, idque notissimum est. At videndum est, quid sit dicendum, si filiusfamil. si servus, si is, quem bona fide possidemus, paciscatur, non ne à nobis petatur, sed ne à se petatur ? Et in hac quæstione separat filiumfam. à servo. De filiofamil. sic statuit : filiumfamil. paciscendo ne à se petatur, non tantum sibi, sed patri parere exceptionem pacti. Ita scilicet, ut si forte pater conveniatur filii nomine de peculio , vel de in rem verso , vel in solidum, quasi defensor *filii,* tueri se possit exceptione pacti à filio interpositi ; sed non nisi *vivo filio*, si pactum filii fuerit conceptum in personam , quia cum filii persona coarctetur , patri prodesse non potest , nisi quamdiu advixerit filius , quamdiu prodesse potest filio . Si pactum prodest filio , consequens est , ut & patri prosit , qui filii nomine convenitur , alioquin non videretur prodesse filio; & si prodest patri, ergo & *heredi patris*, quoniam & hic filii nomine, de peculio conveniri potest intra annum , *l.* 1. *§. sed etsi mortuo , quando de pecul. act.* Hoc ita ut dixi, si vivat filius, cujus persona pactum coarctatur : Nam morte filii personale pactum evanescit , nec jam amplius patri , aut heredi patris prodesse potest , *l.* 21. *in princ.* Et ita diximus in *l.* 17. *§. pactum*, vivo venditore pactum in ejus personam conceptum prodesse emptori , vel donatario , non post mortem ejus . Et ita quoque dicamus in hac *l.* 21. *§.* 1. vivo servo pactum in ejus personam conceptum , domino prodesse beneficio exceptionis doli, non mortuo servo. Et similiter à fructuario venditus ususfructus , quod jus est personale, consistit in persona emptoris , quamdiu fructuarius vivit, non post mortem ejus , *l. necessario , §. ult. de per. & commod. rei vend.* Notandum autem ex *l.* 19. conjuncta *l.* 21. patrem ex contractu filii, nomine ejus posse conveniri de peculio, vel de in rem verso duntaxat, vel etiam in solidum , quasi defensorem filii. Sed hoc interest, quod quasi defensor filii in solidum , non compellitur actionem pati, & suscipere . At de peculio , & de in rem verso compellitur actionem pati invitus pater quasi defensor filii non patitur actionem non nisi sua sponte, si hoc velit. At de peculio, & de in rem verso etiam invitus pater patitur actionem , *l. summa cum ratione , §. ult. de pecul.* de peculio , inquam , vel de in rem verso pater filii nomine cogitur actionem pati . Addendæ sunt duæ exceptiones , nisi paratus sit bona fide cedere actori rebus omnibus peculiaribus , *l.* 9. *§. ult. comm. divid.* vel nisi cum eo agatur ex causa castrensis peculii, quoniam ex ea causa non cogitur pater pati actionem de peculio , *l.* 18. *§. ult. de cast. pec.* Detractis iis duabus exceptionibus, verum est compelli patrem de peculio actionem pati ex contractu filii , sive ob æs alienum filii, sicut etiam quamlibet personalem actionem pati cogitur, ut ait Ulpianus, in d. *l. summa , §. ult.* Quamlibet aliam personalem actionem, qua scilicet suo nomine conveniatur. Et recte personalem : nam actio personalis, cujus parens obligatio est , redditur in invitum , *l. inter , §.* 1. *de verb. oblig.* Judicium reddi in invitum, id est, ex stipulatu , actionem ex stipulatu , quæ personalis est. Actionem enim realem, in rem, nemo pati compellitur, quia licet ei dicere , se rem non possidere, qui tamen, si convincatur falsi, id est, si convincatur possidere, protinus ei abducitur , & transfertur in actorem, etiam non probantem , se esse dominum rei , *l. ult. de rei vind.* quia actio in rem non ex personæ obligatione est , sed ex præsenti possessione , *l.* 24. *§. ult. de judic.* Omnis autem actio de peculio est in personam , nulla in rem , vel ad exhibendum . Quæ est in rem , vel ad exhibendum , ea pater, vel dominus, si eo sciente rem alienam servus, vel filius possideat, tenetur, non filii, aut servi nomine, de peculio duntaxat, sed suo nomine in solidum: quia restituendæ rei facultatem habet , quam filius ejus, aut servus possidet eo sciente . Denique suo nomine in solidum in actionib. in rem, filii defensionem suscipere cogitur . Tenetur etiam filiusfamilias eadem actione in solidum , non servus, quia cum servo nulla est actio . Et hoc ostenditur in *l. de eo , §.* 1. *& l. cum servus, ad exhib. & d. l.* 18. *§. ult. de cast. pec.* ubi (quod maxime notandum est) dum quærit, si filiusfam. rem alienam possideat bona fide , tanquam ex causa castrensis peculii , an pater ejus in rem, vel ad exhibendum actionem pati cogatur , ut cæterorum nomine, id est, cæterorum bonorum nomine , quæ non sunt ex causa castrensis peculii , sed pagani , satis indicat cæterorum bonorum, quæ sunt extra causam castrensis peculii , patrem actionem in rem, vel ad exhib. pati in solidum suo nomine, qui non negat se rei restituendæ facultatem habere : non tamen, ut subjicit eorum bonorum nomine, quæ filiusfamil. possidet, quasi ex causa castrensis peculii . Et male illo loco , *ut cæterorum nomine* , Pandectis Florentinis antiquus librarius addidit *filiorum* , ut *cæterorum filiorum* nomine , qui error & omnes alios libros invasit . Non est addendum *filiorum*, sed subintelligendum, *Bonorum*, ut & sequentia verba demonstrant. *Sed verius est , cum hoc peculium à patris bonis separetur* . Et sententia totius loci hæc est : paganorum bonorum nomine, quæ possidet filiusfam. patrem compelli suscipere, & pati actionem in rem, & ad exhibendum in solidum suo nomine , quum rei restituendæ facultatem habet, non etiam bonorum castrensium nomine ; & in contractibus quoque , in judiciis in personam indistincte dicimus patrem non compelli suscipere defensionem filii . Quia vero de peculio duntaxat actio in patrem non competit , quum quis rem suam esse petit sive vindicat , quam filiusfamil. tenet, sed competit in patrem actio in solidum suo nomine : de peculio autem duntaxat tunc solum tenetur pater , cum quis intendit sibi filium dare oportere ex contractu aliquo. Hoc quia ita est , ideo fuit dubitatum , an & commodati , & depositi de peculio duntaxat adversus patrem agi possit , quia qui his actionibus agit, suam rem petit, rem scil. quam commodavit , vel deposuit? Sed placet, & iis actionibus de peculio duntaxat agi posse adversus patrem, non in solidum , *l.* 3. *§. filiofam. commod. l. depositi , in princip. de pecul.* nimirum quia actor agendo depositi, vel commodati, rem quidem petit suam, sed non esse suam, id est in personam agit, non in rem: non adserit sibi proprietatem rei, non de dominio litigat , sed de obligatione ex contractu depositi, vel commodati. Eodem vero modo dubitabatur (quod discrimen nescio , an

quis-

quisquam adhuc interpretatus sit) an depositi, vel commodati fidejussor accipi possit, quia obligationibus tantum fidejussor accedit, ex quibus nascuntur personales actiones, non causis, ex quibus nascuntur actiones in rem, quales esse videntur actio commodati, & depositi, quia per eas actor rem suam persequitur. Verum enimvero non in rem sunt actiones, sed in personam ex contractu. Ideoque & commodati, & depositi fidejussor accipi potest, ut monet *l.2. de fidejuss.* ne quem supradicta dubitatio turbet. Et hoc quidem discrimen actionum summe notandum est. Addendum quoque est, aut potius repetendum, quod initio attingere cœpi, compelli patrem de peculio, vel de in rem verso ex contractibus filii, extra causam tamen castrensis peculii actionem pati; compelli etiam extra eandem causam possidente filio rem alienam, pati actionem in rem, vel ad exhib. compelli in eis actionibus defensionem filii in solidum suscipere: at non compelli etiam in actionibus in personam, ex contractibus filii in solidum suscipere ejus defensionem, sua sponte eam suscipere posse; invito in actionibus personalibus, ut dixi, non imponi necessitatem defensionis, ut in *l.20. hoc tit.* quæ est valde notanda hoc loco, atque etiam in *d.leg.18. §.ult. & in l.invitus, de reg. jur.* nemo invitus rem alienam defendere cogitur.

AD *§. quod si servus l.21.* Dixit sup. de filiofam. qui pactus est, *ne à se petatur*, nunc dicit de servo, qui idem pactus est, *ne à se petatur*. Jam dixi initio eum separare filiumfam. à servo. Si servus in personam suam paciscatur, *ne à se petatur*, non valet pactum, ut ait §.1. id est, inane, & ineptum est, quia & detracta ea conventione certissimum est, à servo peti non posse, id est, cum servo nullum judicium, nullam actionem consistere posse: frustra timet servus, ne à se petatur, frustraque sibi eo nomine cavet, qui ipso jure munitus est. Proinde illius pacti exceptio servo nihil prodest, & consequenter domino etiam non prodest. Nec enim domino prodesse potest, quoniam pactum est conceptum in personam, nisi quatenus & servo, cujus personæ pactum adhæret. Sed æquum tamen est, cessante exceptione pacti, domino accommodari exceptionem doli, subsidiariam videlicet, ut Accursius recte supplet, si vivo servo, servi nomine de peculio, vel qua alia honoraria actione conveniatur ex contractu servi; aut si pactum in rem servus conceperit generaliter, etiam domino, aut heredi ejus prodesse exceptionem pacti conventi. Quæ est sententia §.5.

AD *§. nos autem.* Dixit de filio, vel servo, qui paciscitur, ne à patre, dominove petatur, vel qui paciscitur, ne à se petatur. Nunc dicit in *§. nos autem*, de patre dominove, qui paciscitur, ne à filio, servove petatur, quod & in servo non valet magis, quam si idem ipse servus sibi pactus esset. In domino pari æquitate valet per exceptionem doli, si vel id tacite actum sit, ut domino prodesset. In filiofam. autem tale pactum valet, & prodest ei, si pater ei pactus sit, ne à filio petatur: pactum prodest filio non quidem per exceptionem pacti, quia nec filiofam. nec servo, quem in potestate habet, per liberam personam, puta per patrem adquiri potest exceptio, vel actio. Sed tamen ex æquitate, proprio quodam jure pactum illud prodest filio per exceptionem doli, ut in *§. Julian. inf.* patri autem prodest per exceptionem pacti, si id expresse actum sit, ne etiam à patre petatur, & conveniatur pater filii nomine de peculio, vel de in rem verso: si, inquam, id expresse actum sit: alioquin si id actum non sit, patri non dabitur exceptio pacti, sed exceptio doli tantum, sicut filio. Et hoc est, quod ait: *cæterum si paciscar*, *cæterum* pro *alioquin*, sive *cæteroquin*, ut sæpe in jure nostro cæterum significat alioquin, *cæterum*, inquit, *si pariscar ne à Titio petas*, ubi pro *Titio* legendum omnino *filio: cæterum*, inquit, *si paciscar*, id est, alioquin si paciscar, ne à filio petas, cum id simul etiam non agitur, ut & à me non petas, omnino ut dixi legendum, *filio*, quoniam subjicit deinde: *actionem adversus me nomine ejus instituas, &c.* Et certum est adversus me extranei nomine, puta Titii nomine, nullam actionem competere posse. Alius non obligatur pro alio, alius non convenitur pro alio. Quis hoc unquàm audivit? teneor quidem jure prætorio nomine ejus, quem in potestate habeo: nomine autem ejus, qui sui juris est, nullo jure, nulla actione teneri possum. Ergo de filio hoc scribendum est, non de Titio, nec separandum à superiori sententia, quæ est de filio, ut & quæ sequuntur in *§. Julianus*. Denique hujus loci sensus hic est, si paciscar, *ne à filio meo petas*: nec simul id quoque agam, ne etiam à me petas filii nomine, de peculio, vel qua alia actione honoraria: si petas à me, mihi non competit exceptio pacti, quia quæ exceptio inutilis est filio, & mihi quoque, qui ejus nomine teneor, eumque defendo, vel peculii fine, vel peculio tenus, vel in solidum, inutilis est, sed ut filio, ut sup. dixi, accommodatur doli exceptio, ita & mihi eam accommodari æquissimum est, ut in *§. seq. Julianus*, de quo diximus fusius in *l.57. §. si pactus, sup.*

AD *§. filiafamilias*. Dixit sup. de filiofam. vel filia, qui quæve pactus est, ne à se petatur, nunc dicit de eo, vel de ea filia, qui quæve pacta est, ne ipsa aut ipse petat, quod pactum inutile est, quia nec ipse filiusfamil. aut ipsa filiafamil. petere potest, sed pater, qui statim adquirit actionem, nisi quibus casibus, & ei accommodatur utilis actio, veluti absente patre *l.9. & 13. de oblig. & act.* Hoc casu etiam filio nocebit exceptio pacti, si agat utili actione. At omnino utile est pactum, si filiusfamil. paciscatur, ne petat, aut filia, si pactum in id tempus conferatur, quo erit sui juris, ut si post divortium filiafam. paciscatur, ne de dote profectitia agat, cum sui juris esse cœperit morte patris, vel alio modo, vel si filiusfam. paciscatur, ne de legato conditionali agat, si existente conditione legati emancipatus fuerit, & ita sui juris. De legato conditionali loquitur *§. item filiusfamil.* non de stipulatione conditionali: nam ex stipulatione conditionali actio competeret patri, etiamsi post emancipationem filii conditio existeret, quod est verissimum in multis casibus. Non ita ex legato conditionali, quia in stipulationibus conditionalibus spectatur tempus contractus, & eo tempore filius fuit in potestate patris: ergo patri quæritur actio, si post emancipationem forte conditio existat. In legatis autem spectatur tempus, quo dies legati cedit, id est, quo conditio existit, & eo die filius est sui juris, *l. si filiusfam. de verb. oblig.*

AD *§. ult.* Quæstio hujus §. hæc est (eadem de re est *l.23. & 25. hoc tit.*) an pactum, quod fecit unus ex duobus reis credendi, vel debendi, id est, exceptio pacti, quod unus fecit, alteri prosit, vel noceat? Duo rei debendi sunt, qui eandem rem, vel pecuniam ex eadem causa suo nomine singuli in solidum debent sine beneficio divisionis, vel dividendæ actionis. Duo autem rei credendi sunt, qui ejusdem rei, vel pecuniæ ex eadem causa suo nomine singuli in solidum exactionem habent, ita ut nec actiones suas dividere cogantur. Et primum quidem Paulus tractat de duobus reis debendi, atque ita distinguit: Aut pactum in rem constituitur, aut in personam, id est, aut generale, aut personale pactum est. Pactum in rem, quod scilicet æstimatur ex mente convenientium magis, quam ex verbis, ut ait *l. jurisgentium 7. §. pactorum, hoc tit.* pactum, inquam, in rem prodest non tantum debitori, qui id fecit, sed etiam omnibus, quorum interest debitoris, qui pactum fecit, obligationem dissolvi, id est, à quibus etiam pecuniam non peti debitoris interest; ut ecce prodest fidejussoribus debitoris, qui non pro invito, nec novandi causa intervenerunt, quoniam interest debitoris, ne ab iis fidejussoribus pecunia petatur: quoniam si ab eis petatur, & exigatur, extemplo regressum habituri sunt adversus debitorem, per mandati, vel negotiorum gestorum actionem, ut ab eo recuperent, quod solverunt, *l. quod dictum, inf. hoc tit.* Atque ideo, qui à fidejussoribus petit, τῇ δυνάμει, ut ait *l. adversus, inf. de recept. qui arbit. recep.* τῇ δυνάμει, id est, vi ipsa à debitore petit, à quo mox fidejussores, quod solverunt, repetituri sunt: eademque verba τῇ δυνάμει, restituenda sunt ex veteribus libris in epistola Divi Hieronymi 103. *mollis*, inquit, *cera & ad formandum facilis, etiamsi artificis, & plastæ cessent manus, tamen τῇ δυνάμει, totum est, quidquid esse potest:*

potest: ubi legitur vulgo, *virtute*, pro τῇ δυνάμει, *infititium* scil. pro *fativo*. Τῇ ἐνεργείᾳ à reo petit, qui ab ipsomet reo petit: τῇ δυνάμει, qui à fidejussore ejus petit. Qua ratione pactum debitoris fidejussori prodest.

Ad L.XXIII. de Pactis. *Fidejussoris autem conventio nihil proderit reo; quia nihil ejus interest, à debitore pecuniam non peti. Imo nec confidejussoribus proderit: Neque enim quoquo modo cujusque interest. Cum alio conventio facta prodest, sed tunc demum, cum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat: sicut in reo promittendi, & his, qui pro eo obligati sunt.*

Contra vero in *l.23.* Paulus ostendit, pactum fidejussoris, etiamsi in rem conceptum sit, debitori non pro-
B desse, quia nihil interest fidejussoris à debitore pecuniam non peti, quandoquidem exacto debitore ipse fidejussor omnimodo liberatur, nec ullo judicio debitori obstrictus manet: Eademque ratione pactum fidejussoris confidejussori non prodest, quia confidejussor, si exigatur in solidum, omisso beneficio epistolæ D. Adriani, id est, beneficio divisionis, non habet regressum adversus collegam, qui pactum interposuit, *l. ut fidejussor, de fidejuss.* quia solvendo confidejussor suum, non collegæ negotium gessit, *l. si pro patre, in fine, de in rem verso.* Et ideo nihil paciscentis interest, confidejussorem non exigi, aut confidejussorem quoque uti exceptione pacti. Et hoc est, quod ait *lex 23.* quod ductim est legendum, sine ulla respiratione: *neque enim quoquo modo cujusque interest cum alio conventio facta prodest: sed tunc demum, &c.* Posset fidejussor, qui pactum facit, dicere sua interesse, ut & suo collegæ pactum profi-
C ciat, ut & collegæ sui solvatur obligatio, forte propter necessitudinem, aut conjunctionem officii, quæ sibi cum eo est, & ideo conventionem à se factam ei debere prodesse. quod refellit Paulus, quia *non quocunque modo cujusque interest, conventio cum alio facta alii prodest, sed tunc demum, quum per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat*, sicut in debitore, & fidejussore ejus, & principaliter non interest fidejussoris, confidejussorem liberari, quia etsi confidejussor exigatur, nihil ipse damni facturus est. Proinde exceptio pacti à debitore facti data fidejussoribus, debitori proficit directo, & principaliter, quoniam ad eum fidejussor si solverit, regressum habet: exceptio autem pacti facti à fidejussore, si detur confidejussori paciscentis, nihil proficit, quia confidejussor, etiamsi
D solverit, nullum adversus eum regressum habet, *d. l. ut fidejussor.* Et notandum hinc maxime, quum agitur de eo, quod interest, non ex levi quacumque causa ducendam esse æstimationem ejus, quod interest, non quoquomodo interest, & jure interesse, ut ejus æstimatio, vel ratio haberi debeat. Sic sane in omni parte juris quotiens quæritur de eo, quod interest, non quod quoquo modo interest spectatur, sed quod in re ipsa vere, & principaliter, *l. si sterilis, §. cum per venditorem, de act. empti, l. ult. de peric. & com. rei vend.* ut scil. id quod interest æstimetur ex rei veritate, ut ait *l. 9. de aq. & aq. pluv.* ex rei veritate, id est, ex damno reapse dato, vel lucro intercepto, non ex calliditate excogitata ab adversario, non ex commentis petitoris, ut & Justinia. ait in *l. un. C. de sentent. quæ pro eo quod inter.* Et eleganter igitur hoc loco, non quoquo modo interest, ut sit
E ejus habenda ratio: sed quod in re ipsa principaliter interest, quod minuit rem actoris, quod conditionem actoris deteriorem facit. Exceptio igitur pacti à fidejussore facti in rem de non petenda pecunia reo principali, aut confidejussori non prodest, quia nihil principaliter, aut pecuniariter (sicut nostri loquuntur, ut in *l. ult. D. de privat. delict.*) paciscentis interest, non peti à debitore, vel à confidejussore, si tamen (nam hic addendus est modus) id actum sit inter convenientes, inter fidejussorem, & creditorem, paciscente fidejussore, ut ne à debitore petatur, vel ne à confidejussore petatur, si id actum sit expressim, vel tacite: nam tacita conventio non minus valet, quam expressa. Denique si id actum esse probetur, æquum esse ait idem Paulus *l. 23. in fine*, & debitori, & confidejussori ex pacto fi-

A dejussoris accommodari exceptionem doli subsidiariam. His addamus, de quo quæsitum fuit initio, etiam pactum in rem unius ex reis debendi non prodesse alteri, si socii non sint in ea re, qua de agitur, eadem ratione, quia nihil interest paciscentis, à correo non peti, qui socius non est. Quæ ratio cessat, si socii fuerint. Et ideo cum socii sint duo rei debendi, pactum unius etiam alteri prodest, pactive exceptio, sicut & pactum debitoris prodest fidejussori, ut ait in fine *leg. 23.* quæ est conjungenda cum principio *l. 25.*

Ad L.XXV. eod. *Idem in duobus reis promittendi, & duobus argentariis sociis.*

Ad §. Personale pactum *ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait.*

Ad §. Sed quamvis *fidejussoris pactum reo non prosit, plerum-*
B *que tamen doli exceptionem reo profuturam, Julianus scribit.*

Sicut pactum debitoris proficit fidejussori: ita, idem inquit, dicemus in duob. reis debendi, si socii fuerint, pactum unius proficere alteri: Recte, quia, ut quum à fidejussore petitur, τῇ δυνάμει à debitore petitur: *ita* quum à correo, & socio meo petitur, τῇ δυνάμει à me petitur, quia quod correus, & socius meus solverit, id mihi reputaturus est judicio pro socio, *l. 3. §. nunc de effectu, de liberat. leg.* At quæso cur in *l. 25.* ait idem in duobus reis promittendi, & duobus argentariis sociis, an non etiam duo argentarii, qui pecuniam alienam acceperunt, ut solent, erogandam, & occupandam, sunt duo rei debendi? Sic sane, sed non sunt duo rei promittendi. Rei debendi variis modis constituuntur, omnibus contractibus scil. & testamentis quo-
C que, vel codicillis, *l. eandem rem, de duob. reis.* Rei promittendi proprie fiunt, & constituuntur verbis stipulationis, argentarii correi fiunt factis nominibus, ex scriptura mensæ sola sine stipulatione. Et inde *l. si plures, sup. hoc tit. l. si duo, inf. de recept. & qui arbit. recep.* si, inquit, duo sint rei promittendi, qui stipulanti promiserint, vel si duo argentarii, quorum nomina simul eunt, separantur duo, qui stipulanti promiserunt, ab argentariis duobus, sicut separantur nomina à stipulatione, *l. 1. de ann. leg.* Et similiter scriptura à stipulatione, in fragmentis regularum Ulpiani novissime repertis: *manumissus*, inquit, *inter amicos omnia tamquam servus adquirebat manumissori, vel si quid stipulabatur, vel si per scripturam acceperat*, id est, per scripturam mensæ argentariæ factis nominibus, qua de re memini, me hoc ipso libro egisse ad *l. non figura, de oblig. & act.* Et hæc
D de pacto in rem. Initio posuit Paulus hanc distinctionem, aut esse pactum in rem, aut esse pactum in personam. De pacto in rem hactenus. De pacto in personam ita se res habet. Pactum in personam unius ex reis debendi, etiam si socii sint, alteri non prodest. Pactum item in personam debitoris principalis conceptum, fidejussori non prodest; Imo nec heredi ejus, qui cum eo in aliis causis una persona esse intelligitur. Sed cum pactum coarctetur persona debitoris, heres alia persona esse intelligitur, non eadem, quia id agitur inter convenientes, *l. 25. §. 1.* Et hujus pacti concepti in personam luculentum exemplum est in *l. 22.* ne à reo petatur, à fidejussore petatur, cui simile est id, quod habuimus in *l. 17. §. si quis*, si quis paciscatur ne à reo petatur, sed ut ab herede ejus petatur, plane, & diserte concipitur pactum in personam debitoris, & aperte ex-
E cluditur heres, & in *l. 22. fidejussor.* Et hactenus quidem de duobus reis debendi. De duob. reis credendi, an unius pactum alteri noceat tractatur in *l. 27. hoc tit.*

Ad L.XXVII. eod. *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo. Nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. Sic enim, & his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

Ad §. Si cum reo *ad certum tempus pactio facta sit; ultra neque reo, neque fidejussori prodest. Quod si sine persona*

jus reus pepigerit, ne à fidejussore petatur, nihil id prodesse fidejussori quidam putant, quamquam id rei intersit: quia ea demum competere ei debeat exceptio, quæ & reo. Ego didici prodesse fidejussori exceptionem. Non sic enim illi per liberam personam adquiri, quam ipsi, qui pactus sit, consuli videtur. Quo jure utimur.

Ad §. Pactus ne peteret, *postea convenit ut peteret; prius pactum per posterius elidetur: non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est: quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur. Et ideo replicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit. Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum: non poterit postea paciscendo, ut agere possit, agere, quia & prima actio sublata est, & posterius pactum ad actionem parandam inefficax est. Non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus & in bonæ fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: Non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. Quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret: posterius pactum potest renovare primum contractum. Quod & in specie dotis actionis procedere potest: puta pactam mulierem, ut præsenti die dos redderetur, deinde pacisci, ut tempore ei legibus dato, dos reddatur, incipiet dos redire ad jus suum. Nec dicendum est, deteriorem conditionem dotis fieri per pactum. Quotiens enim ad jus, quod lex naturæ ejus tribuit, de dote actio redit: non fit causa dotis deterior, sed formæ suæ redditur. Hæc & Scævolæ nostro placuerunt.*

Ad §. Illud nulla pactione effici potest, *ne dolus præstetur. Quamvis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat. Quod pactum proderit.*

Ad §. Pacta, *quæ turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris. Expedit enim timere furti, vel injuriarum pœnam. Sed post admissa hæc pacisci possumus. Item ne experiar interdicto* unde vi, *quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus: Et in summa, si pactum conventum à re privata remotum sit, non est servandum. Ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat.*

Ad §. Si cum decem mihi *deberes, pepigero, ne à te viginti petam, in decem prodesse tibi pacti conventi, vel doli exceptionem placet. Item, si cum viginti deberes, pepigerim, ne decem petam: efficeretur per exceptionem mihi opponendam, ut tantum reliqua decem exigere debeam.*

Ad §. Sed si stipulatus *decem, aut Stichum, de decem pactus sim, & petam Stichum, aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obstaturam: Nam ut solutione, & petitione, & acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur. ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito, totam obligationem summoveri. Sed si id actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichus præstetur, possum efficaciter de Sticho agere nulla exceptione opponenda. Idem est, & si de Sticho non petendo convenerit.*

Ad §. Sed si generaliter mihi *hominem debeas, & paciscar, ne Stichum petam: Stichum quidem petendo pacti exceptio mihi opponitur: alium autem hominem, si petam, recte agam.*

Ad §. Item si pactus, *ne hereditatem peterem: singulas res, ut heres, petam, ex eo, quod pactum erit, pacti conventi exceptio aptanda erit. Quemadmodum si convenerit, ne fundum peterem, & usumfructum petam: aut ne navem, ædificiumve peterem: & dissolutis his singulas res petam, nisi specialiter aliud actum est.*

Ad §. Si acceptilatio inutilis *fuit: tacita pactione id actum videtur, ne peteretur.*

Ad §. Servus heredi *post adituro, nominatim pacisci non potest, quia nondum is dominus sit. Sed in rem pactum conventum factum sit, heredi adquiri potest.*

IN hac lege multa, ac varia proponuntur, & explicatu difficilia, propter ea, quæ adversari videntur. In ipsa statim quæstione prima, multum molestiæ exhibent omnibus interpretibus tres leges, quæ objiciuntur, *l. si rem, §. si duo, de novat. & l. si duo, de recept. & qui arb. recep. & l. in duobus, de jurejur.* ex quibus explicaturus sum *l. si rem, §. si duo,* post explicatam definitionem, & speciem, quæ hujus legis initio proponitur. Quæ ante hanc legem scripsit Paulus, suot de duobus reis debendi, a o pactum unius prosit alteri, qua in re separavit pactum in rem à pacto in personam. Et rursus in pacto in rem censuit esse inspiciendum, utrum duo rei debendi socii sint, an non: sociis invicem prodesse pactum, non item iis, qui socii non sunt. Nunc initio hujus legis incipit tractare de duobus reis credendi: in quibus illa distinctione sociorum, & non sociorum non utitur, quam etiam omittit *l. 11. §. plerumque, de leg. 3.* Sed generaliter præcidit, unius ex reis stipulandi pactum, vel unius ex argentariis, qui cum altero commune jus nominum habeat, puta, si pactus sit in rem cum debitore, ne pecunia peteretur, etiamsi socii sint, & generaliter sive socii sint, vel non sint, pactum alteri non nocere, & ab argentariis, quorum nomina simul facta sunt, exemplum porrigit ad reos stipulandi, qui idem ab eodem communiter stipulati sunt, ut scil. alterius pactum de non petenda pecunia factum cum debitore, non noceat alteri. Dubitationem faciebat, quod uni ex argentariis debitor totum solvere potest, quia & unus ex argentariis à debitore totum petere, & exigere potest. Et hæc sunt consequentia, *posse totum exigere, & posse totum accipere.* Qui autem totum recte accipit, vel cui solidum recte solvitur, & is sæpe paciscitur recte, & ejus pactio alii nocet *l. 11. sup. hoc tit.* id est, qui solutam pecuniam accipiendo in assem, in solidum debitorem liberare potest, & paciscendo in rem, *ne pecunia petatur,* eundem debitorem liberare potest. Itemque novare veterem obligationem potest is, cui solvitur recte, quive solidum exigit recte, *l. qui recte, de novat.* Sed hoc Paulus negat esse perpetuum, probatque adducto simili casu filiosam. aut servo solvi potest, quod peculiari nomine credidit, & tamen per se, citra voluntatem patris, vel domini, neque pacto debitum remittere, neque novare obligationem potest, nisi (ut hanc rem paucis definiam) habeat liberam peculii administrationem, & paciscendo, vel novando, peculii causam deteriorem non faciat. Duo exiguntur, ut pacisci, & novare possit, ut habeat liberam peculii administrationem: & ut paciscendo, vel novando, non minuat, non dissipet, non dilapidet peculium: alioquin filiusfa. aut servus, quamvis ei solvi possit, quod credidit, neque pacto obligationem dissolvere potest, neque facta novatione, *l. 16. & 25. & l. ultim. de novat. l. fugitivus, de solut. l. libera, de peculio, l. huic enim, & seq. de jurejur.* Non quicunque solutum accipiendo liberare debitorem potest, & alio quocunque modo idem temere efficere potest: nam & ipse se debitor solvendo liberat, potius, quam liberatur à creditore, qui solutum accepit. Et ita quamvis adjecto solutionis gratia, ut si stipuler mihi, aut Titio, quamvis Titio recte solvatur, tamen Titius paciscendo, vel novando nihil agit, quia & nihil ei debetur, cum solutioni tantum applicitus sit, non obligationi, *d. l. qui recte.* Ei quoque, cui debitorem meum jussi solvere, quamvis recte debitor solvat, tamen paciscendo is, aut novando debitorem liberare non potest, quia in ejus persona non consistit obligatio, *l. si debitorem, eod. tit.* Et ita ut ostendit hoc loco: unus ex argentariis, quia & nominibus fiunt duo rei credendi, à debitore solidum accipere, solidum petere, exigere, rem totam in judicium deducere potest, quæ novatio est oecessaria; imo & acceptum facere potest unus solus ex argentariis: quibus modis communis debitor ab utroque liberatur. Quod & similiter obtinet in duobus reis stipulandi, *l. 2. de duob. reis, l. si rem, §. si duo, de novat. l. 13. §. ult. de acceptil.* Et in argentariis quoque eam legem ponit Quintil. *lib. 5. cap. 10.* nempe, ut duo argentarii dimidium ex eo, quod debent solvant, creditum totum suum exigant: cujus tamen legis prior pars usu non obtinuit: nam & si duo argentarii sint rei debendi, creditor jus habet totum exigendi ab uno, *l. 25. hoc tit.* Et ita Cornificius 2. ad Herennium, consuetudine jus esse, quod uni ar-

argentario tuleris expensum, à socio ejus recte repetere posse. Certissimum igitur hoc est, unum ex argentariis, vel ex reis stipulandi, solidum accipere, petere, exigere posse, de solidu judicio contendere posse, itemque solidum acceptum facere posse. At vero non potest etiam unus ex argentariis, vel unus ex reis stipulandi, paciscendo de non petenda pecunia, alteri nocere, alteri obesse non potest, etiam per stipulationem novare veterem obligationem, id est, voluntariam novationem facere non potest. Quod Paulus scribit aperte hoc loco, dum ait: *nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur*: alium scilicet argentarium, *ut in l. 25. hoc tit.* Personale pactum ad alium non pertinere, puta ad alium argentarium, vel alium reum promittendi. Et hunc hujus loci, *nam nec novare*, &c. sensum etiam Basilica approbarunt, quæ & de uno argentario, & de uno reo stipulandi ita præciduut, novari ab eo obligationem non posse: Unus, inquiunt, *ex argentariis, & unus ex reis stipulandi novare solus non potest obligationem*, per stipulationem scilicet: *nam judicium accipiendo, quæ est novatio necessaria, novare potest*. Hæc tamen sententia omnino pugnat cum *l. si rem, §. si duo, de novat.* In qua Venulejus *palam*, & aperte definit, unum ex reis stipulandi, veterem obligationem novare posse. In hoc est labor: neque *enim* satis liquet, quemadmodum in tranquillum redigendus sit, aut conciliandus cum Paulo Venulejus. Nam excidit mihi hujus scopuli vitandi causa, quod alias scripsi obiter in hunc locum, sed non sustineo esse conscius mihi dissimulandi; & ingenue confiteor, Paulum hoc loco plane negare ab uno ex argentariis, vel reis stipulandi novari veterem obligationem posse, hac sola ratione, quia, ut ait, tantum constitutum est, ut alter ex correis solidum petere possit, vel quod idem est, ut alteri solvatur recte. Et adde ex aliis legib. ut & alter solus sine altero acceptum ferat debitori in solidum, quoniam & hoc fere inter omnes convenire Venulejus ait in *d. l. si rem, §. si duo*, ut acceptilatione unius, utriusque perimatur obligatio, ut qui solidum accipere potest, & pro accepto habere, id est, acceptum facere possit: nam & acceptilatio est imago solutionis: nam aut re solvimus, id est, numeratione, l. 16. *de solut*, aut imagine, nempe acceptilatione extorta à creditore. Acceptilatio est imaginaria solutio, *§. item per acceptilationem, Instit. quib. mod. toll. oblig.* Et quia illud tantum constitutum est, ut unus ex correis credendi solidum, quod solvitur accipere, & petere possit, vel solidum accepto ferre, non etiam id constitutum est, ut & alter novare possit, ideo nec novare potest. Jus hoc pendet ex constitutionibus. Id tantum potest, quod constitutum est nominatim, non quod omissum est. Similis est ratio *legis* 10. *de solut.* adjecto solutionis gratia solvi tantum posse, & ideo nec petere, nec novare, nec acceptum ferre eum posse: at etsi nominatim id constitutum non sit, ut alter ex reis credendi novare obligationem possit, tamen quia nec id prohibitum est nominatim, tentat Venulejus *in d. §. si duo*, posse dici paulatim adaucto jure duorum reorum credendi, ut & paulatim increbrescere, & invalescere sententias juris indicat, *l. 11. §. si rem suam, de leg. 3.* tentat enim Venulejus etiam alterum ex reis credendi novare veterem obligationem posse. Et id tentat sane cum cura, & adhibitis multis argumentis, cum studio summo. Ac sane, quia in eo approbando Venulejus magnum studium ponit, eo satis indicat, non idem fuisse omnibus visum, quod ipse audet proferre in medium. Et plane igitur indicat, verum esse, quod initio hujus l. Paulus ait, non idem videri Proculianis, ut alter novare possit, puta non idem videri Labeoni, Proculo, Neratio, Attilicino, idem eos non sentire, qui omnes Proculiani fuerunt, à quibus tamen diversus Venulejus non idem sentit, seorsum sentit. Ac ut dixi, ne temere à tot tantisque viris dissentire videatur, summa cum cura, & molimine opinionem suam adstruit esse veram. Ac primum ponit in *d. §. si duo*, quæ constant fere inter omnes, uni ex reis stipulandi recte solvi solidum, unum recte solidum petere, recte solidum in judicium deducere posse, & unius acceptilatione perimi utriusque obligationem. Unde sensim colligit, sive gradatim, unumquemque reum stipulandi, unumquemque stipulatorem unius ejusdemque pecuniæ perinde sibi acquirere obligationem, atque si solus stipulatus esset, quod tamen non esse per omnia verum confitetur. Nam si solus quis stipulatus sit revera, non potest factum alterius cujusvis extranei, veluti acceptilatio, vel exactio, quam alter fecerit sine voluntate alterius, ei non potest auferre debitorem, non potest liberare debitorem ejus, at exactio, vel acceptilatio unius ex reis stipulandi, correo adimit debitorem, ergo non unusquisque per omnia pro eo habetur, ac si solus stipulatus esset: sed eo excepto, quod ad cætera attinet, perinde est, ac si unusquisque solus stipulatus esset, quod si revera esset, proculdubio novare obligationem posset. Ergo & sicut exigere, & acceptum ferre unus potest, ita auctore Venulejo, unus poterit obligationem novare, nimirum, quod communis debitor debet, id eo dimisso, stipulando à L. Titio expromissore ejus, quem forte is communis debitor vice sua reum dat, sive delegat novandi animo, quo genere communis debitor liberabitur ab utroque stipulatore. Et hoc est, quod ait Venulejus in *d. §. si duo*, secundum quæ (hæc sunt verba) si unus ab aliquo stipuletur, id est, ab extraneo, quod scilicet communis debitor debet, novatione quoque liberare eum, communem debitorem scilicet, ab altero poterit, quum id specialiter agit. Quæ postrema verba proculdubio sunt Triboniani, ut in l. *aliam, eodem tit. l. qui usumfructum, de verb. oblig.* ex constit. Justin. quæ vult, ne sit novatio, etiamsi novandi animus fuerit, nisi specialiter dictum sit, ut sit novatio. Et hanc suam opinionem amplius confirmat hac sola ratione, quia novatio, ut & acceptilatio, similis est solutioni, id est, is, cui accepto fertur, solvisse intelligitur, & creditor accepisse. Si admittes unum posse acceptum ferre, quod acceptilatio sit imago solutionis, cur non admittes, & unum novare posse: Nam & novatio imago quædam est solutionis? His Venulejus adnectit suæ sententiæ constabiliendæ causa, quæ nova est, certas species, quibus manifestum fit, quam sit absurdum, & incongruum, non admittere, non approbare novationem factam ab uno ex reis stipulandi: facito unum ex reis stipulandi communem debitorem delegare Titio suo creditori, & Titium ab eo stipulari novandi animo, & unum illum delegare etiam novandi animo, an dices debitorem, qui se Titio obstrinxit in solidum, non liberari ab utroque stipulatore, an dices, & Titio eum esse obligatum in solidum, & alteri stipulatori priori, qui eum non delegavit? Denique, an dices eum bis eandem summam debere persolvere, Titio primum, deinde alteri stipulatori, quod quis ferat? Rursus facito, mulierem unam esse ex reis stipulandi, eamque jubere Sejum communem debitorem doti dicere viro, cui nuptura est, fundum, quem debet. Ulpianus *lib. regularum*, dotem dicere posse mulierem, quæ nuptura est, & debitorem mulieris, si jussu ejus dicat, alioqui non obligaretur. At illo loco Venuleji, pro doti dicere Tribonianus scripsit, *doti promittere*, quo tamen modo Latini non loquebantur, quia noluit dictionis dotis ullam mentionem restare in Digestis, propterea quod in desuetudinem abierat. Fac igitur jussu mulieris debitorem communem viro ejus doti dixisse fundum, quem debuit mulieri, & alteri conreo stipulandi, an non liberabitur ab utroque quasi novatione facta? Imo vero, ne bis eandem rem solvere cogatur. Vel finge, quam etiam speciem Venulejus posuit, eandem mulierem, cum esset nuptura communi debitori, ei doti dixisse fundum, quem debuit, an & hoc casu non liberabitur debitor ab utroque stipulatore, & quod utrique debuit ex causa crediti, an non debere incipiet mulieri ex causa dotis, in causam divortii, aut mortis mariti? quod utique absurdum fuerit dicere. Atque ita ab absurdo colligit Venulejus, etiam uni ex reis stipulandi permittendam novationem esse. Ex illo vero loco, qui est in fine illius §. etiam manifestum fit, Venulejum scripsisse, *Doti dicere*, ut veteres loquebantur, non stipulanti *doti promittere*, quia & mulier debitori fundi stipulanti inutiliter promitteret fundum, quem ipse debet, & *promittere* generaliter accipi potest etiam pro dicere, aut polliceri citra stipulationem. Et ita

vero sensim, & veluti per gradus quosdam efficit Venulejus, contra quam Proculiani sentiant, etiam unum ex reis stipulandi novare veterem obligationem posse. Et neminem esse arbitror, qui non perspicue videat, ita rem totam enucleandam esse: non est autem, qui & ulterius porrexerit id pactum, ut scilicet, & unus ex reis stipulandi paciscendo debitorem communem ab utroque liberare possit, per exceptionem scilicet, quia nec pactio solutioni similis est, sed donationi potius, sive remissioni: nec est legitimus modus dissolvendæ obligationis. Itaque in pactis sequimur, quod initio hujus legis proponitur, alterum ex reis stipulandi paciscendo, alteri non nocere. In novationibus tamen non sequimur, quod hic ex schola Proculianorum proponitur: nam multæ, & magnæ rationes Venuleij, nos perduxerunt in suam sententiam. Intelleximus ex eo, quod Paulus proposuit initio legis vigesimæseptimæ. Pactum in rem, quod fecit cum debitore unus ex reis stipulandi, ne ab eo pecunia peteretur, alteri non obesse, sive socii fuerint ejusdem obligationis, sive non. Huic sententiæ objicitur *lex si duo, de recept. qui arb.* si duo sint rei credendi, vel stipulandi, & unus, cum esset controversia de ære alieno, cum debitore compromiserit in arbitrum sub pœna certa, vel incerta, si quis arbitri sententiæ non staret, & is vetitus sit sententia arbitri à debitore petere, & postea alter correus, qui non compromisit, petat, pœna committitur adversus eum, qui compromisit, si duo illi credendi ejusdem obligationis socii fuerint, quia τῇ δυνάμει, vi ipsa is videtur petere, qui vetitus est, quum socius ejus petit, quoniam in partem ejus, quod socius exegerit proculdubio jure societatis venturus est. Et hoc est, quod proponitur in d. *l. si duo*. Cur vero, inquiunt, interpretes, ad eundem modum etiam non dicimus, si unus ex duobus reis credendi cum debitore in rem paciscatur, ne pecunia petatur, altero petente debitori esse dandam exceptionem pacti, saltem si socii fuerint? quia vi ipsa is petere videtur, qui pactum fecit de non petendo, quum socius ejus petit, qui quod exegerit in commune collaturus est. Et, ut breve faciam, omissa omni altercatione interpretum, ratio differentiæ satis aperta est, quia in specie *legis si duo*, altero petente, qui non compromisit, ex pœnali stipulatione actio dari potest adversus eum, qui compromisit, & vetitus est petere. In specie autem hujus legis nostræ, altero petente, qui pactum de non petendo non fecit, nulla ex pacto occurrit actio, vel exceptio, quæ dari possit adversus eum, qui pactus est, quia pacto nulla fuit subjecta stipulatio pœnalis, & inde discrimen inter hanc & illam speciem. Porro in alio nullum est discrimen, nempe quod in specie *leg. si duo*, pœna non committitur adversus eum, qui petit, qui non compromiserat. In hac etiam specie exceptio pacti adversus eum locum non habet, qui petit. Et ita recte Accursius in d. *l. si duo*, neque hoc, neque illo casu, quo unus egit, alteri obesse. Et hac in re igitur inter hanc, & illam speciem nihil esse discriminis, res est apertissima. Ac præterea objicitur sententiæ hujus legis *l. in duobus, in princ. de jurejur.* ubi definitur, ab uno ex reis stipulandi debitori communi delatum jusjurandum, si juraverit, se dare non oportere, alteri correo nocere indistincte, sive socius fuerit, sive non fuerit. Hinc quæritur, cur & simili modo ab uno ex reis stipulandi, pactum in rem, & generaliter cum debitore factum, de non petenda pecunia, quod uno verbo Græci vocant *σύμφωνον συγχωρητικὸν*: cur, inquam, non dicimus alteri nocere, saltem si socius fuerit, atque adeo alterum petentem repelli posse exceptione pacti? Ratio differentiæ hæc est, quia delato jurejurando ab uno ex reis stipulandi, debitor de re ipsa, & contractu jurat, & dicit se dare non oportere, puta se solvisse. Pacto autem illo interposito debitor non dicit, se dare non oportere, non dicit, se solvisse, sed quod inter eum, & creditorem dari oportere in confesso est, id creditor dicit, se remittere, se condonare, quæ ejus liberalitas alteri, nec si socius sit, obesse non debet: de suo quisque largiri debet, non de alieno, *l. si pign. de furt.* Eademque ratione si fidejussor juravit, se dare non oportere, non quia diceret, se non fidejussisse, sed quia diceret, se solvisse: nam

A hæc distinctio adhibenda est: Si, inquam, fidejussor juravit, se dare non oportere, non quia non fidejussit, sed quia solvit, jusjurandum reo principali proficit, perinde atque si fidejuss. solvisset, *d. l. in duobus, §. 1. §. pen. & ult. eod. tit.* Et tamen pactum fidejussoris constat reo non prodesse, *l. 25. sup. hoc tit.* quia pactum nullam ponit solutionem intervenisse: jusjurandum ponit solutionem intervenisse, & ideo dari non oportere. Eodemque modo si unus ex reis promittendi, & debendi juraverit, alteri proficit, etiamsi socius non sit, *d. l. in duobus, §. ex duobus*. Et tamen si unus ex reis debendi pactum interposuerit de non petenda pecunia, idem non dicimus abscise, sed cum hac distinctione, sociis prodesse pactum, non sociis non prodesse, *l. 1. & l. 14. rem rat. hab. l. 25. hoc tit. l. eandem, §. 1. de duobus reis, l. qui hominem, §. ult.* conjuncta illa glossa, *quia socii non*

B *sunt, de solut.* idemque dici potest de patre, facta eadem differentia inter jusjurandum, & pactum propter eandem rationem, quam jam satis demonstravi, de patre, inquam, qui juravit, filiumfamilias dare non oportere, ut jusjurandum ejus filio proficiat ad exceptionem jurisjurandi, *l. qui jurasse, §. 1. de jurejur.* cum tamen pactum patris filiosfamil. non prosit, ut ei detur exceptio pacti, *l. 21. §. non autem, supra hoc tit.* sed exceptio doli hoc casu ex æquitate filio accommodatur, & prodest, *d. l. 21. §. Julian.* & forte etiam illo casu, quum juravit pater filiumfam. dare non oportere, filio prodest exceptio utilis in factum de jurejurando, sive exceptio jurisjurandi accommodatur ei ex æquo, & bono. Ad hæc posset etiam in medium afferri *l. si duo, si quis caution.* ideoque ejus interpretationem præstare debeo. Species legis hæc est: debitor communis,

C cum ab uno ex reis stipulandi, ut potest recte, in solidum conveniretur, ei cavit judicio sisti, cum pœna, in locum diemque certum, alter vero correus, cum dolo malo impedivit, quo minus ad eum diem, & locum se judicio sisteret, quæritur, si ab eo, cui cavit judicio sisti de pœna conveniatur, an tueri se possit doli exceptione, quod dolo malo à correo impeditus sit ire ad judicium, adesse ad condictum diem. Et distinguit *d. l. si duo*: aut illi duo rei stipulandi socii fuerunt ejusdem rei, ejusdem obligationis, aut non. Si non fuerunt socii, non est debitori convento pœnæ nomine, quod non adfuerit ad condictum diem, danda exceptio doli mali, quia ex dolo correi nihil tulit actor, qui pœnam petit, nihilque laturus est, cum inter eos nulla sit societas. At si socii fuerint, danda est debitori exceptio doli mali, si conveniatur ab eo, cui cavit judicio

D sisti sub pœna, ne scilicet dolus socii ei prosit, & utique ei prodesset, si integra ei esset petitio pœnæ ab eo, per quem non stetit, quo minus se judicio sisteret, sed per socium actoris, exceptio doli ex æquo, & bono accommodatur, ut ait eleganter *l. 2. §. ult. si quis caution.* & accommodatur non tantum, ne cui dolus suus prosit, sed & ne dolus socii, quoniam in partem lucri venit, quod dolo malo sibi socius comparavit. Magna est vis hujus exceptionis doli: nam & naturalem æquitatem tuetur, & mitigat asperitatem juris civilis, *l. 1. §. 1. de doli except. l. ult. C. pro emptore*, ut cum denegata exceptione pacti per occasionem regularum juris civilis: datur tamen exceptio doli mali, *l. jurisgentium, §. pen. l. 10. §. ult. l. 21. §. 1. & §. Julianus, & l. 25. supra hoc tit.* Exceptio doli subsidio est juri civili deficienti, aut repugnanti, & ut alias dixi, recte à Cyrillo in

E *l. inter, §. pen. de pact. dotal.* dicitur hæc exceptio esse *συνκάδετος καὶ οὐ πάνυ τὴν ἀκρίβειαν ἐξετάζον*, id est, *admodum congruens æquitati naturali, & non valde perquirere regulas summi juris*, id est, non summo jure agere, sed ex æquo & bono accommodari. Et præterea sunt alii ejus effectus, ex quibus memini duorum, qui sunt magni momenti: unius, quod opposita exceptio doli mali, judicium omne etiam strictum faciat bonæ fidei, *l. Seja, de mort. caus. donat. l. 3. C. de except.* Alterius, quod per eam exceptionem res judicata, quæ nulla abs re abhorret magis, quam à retractatione, & rescissione, retractetur per exceptionem doli. Per exceptionem, inquam, doli inducitur retractatio rei judicatæ, quod plane est contra jus civile, *l. non distinguemus, §. cum quidam, de recept. qui arbit. l. ex diverso, §. ult.*

§. ult. sol. matrim. Et præterea hæc exceptio doli latissime manat, ut & ille ait, bonæ fidei nomen latissime manare, ita & doli mali nomen, quod bonæ fidei est adversum latissime manare perspicuum est. Exceptio doli generalis est, quæ datur ubicunque æquitas defensionis id exigit, accommodaturque omnibus negotiis, omnibus judiciis, *l. qui æquitate, de doli excep.* In specie autem *d. l. si duo*, nihil est, quod adversetur iis, quæ ante à nobis tradita sunt de compromisso unius ex reis stipulandi, vel de pacto, vel de jurejurando: sed & in specie *d. l. si duo*, quod egit unus ex reis stipulandi, stipulando judicio sisti, non nocet alteri: dolus quoque alterius ei non nocet, sed neque prodest etiam jure societatis: neque ei debet esse societas occasio quæstus improbi. Et hæc sufficiant ad primam quæstionem hujus leg. Secunda est facilior.

AD *§. Si cum reo*. Sententia hujus §. hæc est: pactum rei prodesse fidejussori, quia maxime, & principaliter rei interest & fidejussorem liberari, ut & ipse ab eo sit liberatus, *l. 21. §. ult. & l. 23. hoc tit.* Sed si pactum fuerit temporale, puta *ne intra annum petatur*, si paciscatur reus, ne à se intra annum petatur, post annum, & ab eo peti poterit, & à fidejussore ejus, ultra annum neque reo, neque fidejussori ejus pactum proderit, quod certum finem, certamve metam habet: quod & de hypotheca traditur, *l. 5. §. 1. quib. mod. pign.* Si creditor paciscatur, ne intra annum pecuniam petat, pactus etiam videtur de hypotheca, puta ne intra annum hypothecam persequatur, aut vendat, post annum ut persequatur, non intra annum, quia placuit, ne sortem peteret intra annum; & qui hypothecam persequitur, *ἐν δυνάμει*, vi ipsa sortem petit. Ergo tantisper, & jus persequendæ hypothecæ conquiescere debet, quoad annus exierit, & hypotheca est accessio sortis, & fidejussor, & in utraque accessione idem juris. Inde quæritur, *an si sine persona sua reus, sive debitor pepigerit, ne à fidejussore petatur: si non dixerit ne à se, neve a fidejussore, vel si non dixerit ne à se, sed duntaxat, ne à fidejussore peteretur*: quæritur, inquam, *an tale pactum valeat? an fidejussori prosit? an fidejussori danda sit exceptio pacti?* Et videtur non esse danda; quia per liberam personam nihil alteri adquiri potest, præter possessionem: ergo nec actio, nec exceptio, ut *l. 10. §. ult. hoc tit.* Et hoc est, quod dicitur, nos alteri pacisci inutiliter. Itaque pactum, quod soli fidejussori fecit debitor, inutile esse videtur. Nec obstat, quod debitoris interest, qui pactum fecit illud, ne à fidejussore peteretur, à fidejussore non peti: Namque non ideo, quæ reo exceptio pacti non competit, fidejussori competere potest; non ideo, quod ejus intersit fidejussorem liberari beneficio pacti, quod pactum in eo non valet, valere debet in fidejussore, sicut nec in domino, vel in defensore, *l. 12. §. 1. & §. nos autem, sup. hoc tit.* originem pactum sumere dicitur à reo principali, quod est certissimum, quod si ab eo originem non ducat, si in eo non consistat, nec potest protendi ad fidejussorem. Et ita mihi videbatur esse respondendum ad quæstionem propositsm. Verum longe aliter respondet Paulus, nimirum pactum, quod reus fecit, soli fidejussori prodesse, id est, exceptionem ejus pacti prodesse fidejussori, si conveniatur; & prodesse fidejussori propter reum principalem, non quod per eum sit quæsita fidejussori exceptio pacti, quod fieri non potest: sed quia eo genere pacti, licet in eo non comprehendatur persona rei principalis, id agitur tamen principaliter tacito intellectu, ut consulatur reo principali. Alteri enim paciscimur utiliter, si nostra intersit, si id agamus, ut nobis consulamus, non ut ei soli consulamus, cui paciscimur. Denique alteri paciscimur utiliter, si id aliquando nobis profuturum speremus, reus principalis paciscendo fidejussori, non tam fidejussoris, quam suam rem agit principaliter. Ideoque quod per se non habet fidejussor ex pacto alieno, id habet per reum principalem, aut per gratiam rei principalis.

AD *§. pactus ne peteret*. Pacto dissolvitur obligatio, ut ait *l. 21. §. ult. h. t.* quod ita est intelligendum, ut non pacto obligatio dissolvatur ipso jure, nisi pactum sit legitimum, id est, nisi lex nominatim decernat uti pacto dissolvatur obligatio, *& ex lege 12. tabul.* ut pacto dissolvatur obligatio, & actio furti, vel injuriarum, *l. 6. & l. 17. §. 1. hoc tit.* sed pacto, quod non est legitimum, quod lege confirmatum non est, dissolvitur obligatio per exceptionem prætoriam, atque adeo non omnino dissolvitur, ut ait eleganter *§. præterea, Instit. de excep.* quia obligatio juris civilis manet, *l. scribit, §. ult. de aur. & arg. leg.* Et ipso jure perimitur sola obligatio juris naturalis. Ex eodem negotio exsistit obligatio civilis, & naturalis. Et pacto quidem naturalis ipso jure tollitur, nimirum æquitas, qua sola naturalis obligatio sustinetur, alia æquitate tollitur, quod perquam naturale est: at pacto non tollitur ipso jure obligatio civilis, sed eliditur opposita exceptione, vel replicatione. Longe alia est conditio stipulationis, ut ostenditur hoc loco: **B** multum hac in re distat pactum à stipulatione: nam stipulatione quæcunque obligatio ipso jure dissolvitur, etiam non opposita exceptione, si modo animus fuerit per stipulationem novandæ veteris obligationis, *l. 2. de novat.* Et secundum hæc prius pactum, ut & idem Paulus scribit *1. sent.* quo quæsivit sibi debitor exceptionem, posteriori pacto dissolvitur, non ipso jure, sed ut hoc loco declarat per replicationem, ut si prius pactus sit creditor ne petat, deinde paciscatur ut petat, petenti opposita exceptione prioris pacti dabitur replicatio pacti posterioris: quæ species proponitur initio hujus §. primi. Eodemque modo, eodem tenore *Instit. tit. de replic.* replicatio emendat exceptionem, *l. si in duob. §. si ei quid, de [illegible]* replicatio elidit exceptionem, exceptio autem elidit, vel emendat, vel ut ait *l. 14. de jure dot.* inefficacem facit actionem, & rem temperat, ut ait **C** *lex qui 400. ad leg. Falcid.* at stipulatio posterior non elidit priorem stipulationem, sed tollit omnimodo ipso jure: si hoc actum sit, inquit, id est, si animus fuerit novandæ prioris stipulationis, tollitur, inquit, stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quæ verba Accursius pessime accipit de stipulatione Aquiliana, quæ stipulationem non novat, sed alios contractus, ut mox subjecta acceptilatio, & eam quoque perimat, ut *Instit. docent tit. quib. mod. toll. oblig.* stipulatio Aquiliana non novat stipulationem, sed alios contractus, aliam obligationem: hic agitur de stipulatione, quæ novat aliam stipulationem, quod quidem facit ipso jure, si hoc agatur inter convenientes. In stipulationibus, inquit, jus continetur, in pactis factum versatur, id est, stipulationes vim suam exercent ipso jure sine facto ullo, sine allegstione ejus, sine opera ejus, sine aditione **D** judicis, sine sententia. Pacta vero desiderant operam, & allegationem, puta exceptionem, aut replicationem ejus, ad quem ea res pertinet: quæ si omittatur ab eo, per se nulla pacti vis est, si non fuerit legitimum. Tollere plus est, quam elidere: hoc est facti, quasi quum confligunt, & collidunt duo corpora: tollere est juris, elidere facti. Denique vis pacti in facto consistit, maxime in judiciis strictis, etiamsi arbitraria sint: namque in iis omissa exceptio, damnum litis adfert, quia judicio non inest exceptio per se, nisi allegetur, neque suppletur religione judicantis, qui certa pronunciationit formula tenetur, *l. Papin. de Publ. in rem actio.* At judiciis bonæfidei exceptio pacti, vel doli, & cæteræ omnes exceptiones ipso jure insunt, etiam non oppositæ, *l. 3. de rescind. vend. l. 51. inf. solut. matr. l. hujusmodi, §. qui servum, de leg. 1. l. Labeo, de oper.* **E** *libert. l. 1. §. si oneranda, quarum rer. actio. non datur*. In strictis judiciis pactum in facto litigatoris non jure, aut lege consistit, & in judiciis quoque bonæfidei non jure, aut lege inest pactum, sed officio judicis, *l. plane, l. ult. de petit. hered. l. si cum dotem, §. eo autem, sol. mat.* Et hoc est, quod Cicero, vel Cornificius ait ad Herennium, pacta sine lege ex conventu servari, hoc est jus civile non nosse pacta: leges, & jura civilia non nosse pacta: legibus pacta non esse legitimum modum constituendæ, aut tollendæ obligationis. Denique pacta jure civili non valere, pacta ex jure non valere, sed ex conventu nudo, & placito paciscentium, & tamen, ut ait, juri præstare videri: nempe quia juris obligationem perimunt opposita exceptione, non omnino, & quia sæpenumero, quod jure proditum est, id secus paciscen-

A cifcentes infirmant ; derogant fæpe pacta legibus, non invitis tamen legibus, ut quum pacifcimur contra edictum Ædilium curulium, *l.pacisci, hoc tit.* cum pacifcimur ut venditor, qui repromittere, non fatifdare debet de evictione, ut jure cautum eft, fatifdet tamen ex conventione,& conventu folo, *l.2.de hered.vend.* Atque ita pacta juri præftant. Et idem auctor eleganter,alia pacta effe ait,quæ fine legibus obfervantur, alia effe, quæ legibus obfervantur, quæ divifio pactorum etiam notatur in hoc §.Illa,quæ fine legib. obfervantur, funt pacta, in quibus factum verfatur, id eft, quorum nullæ fuot vires, nifi in judicium deducantur remedio exceptionis, aut replicationis. Hæc autem, quæ legibus obfervantur,funt pacta,quæ vocautur legitima, quæ ipfo jure pariunt, vel tollunt obligationem: quæ ipfo jure tollunt actionem, veluti de injuriis, aut de furto, adeo ut non B fit reo neceffaria exceptio pacti : nam quod ipfo jure fit,exiftit *ἀναφαίνεται*,id eft,exiftit ftatim,& vim fuam exerit,ut & fui heredes, qui ipfo jure heredes funt proprie, & velut ex condicto, ftatim exiftere dicuntur, comparere ftatim,*l. in fuis, de fuis,& legit. hered.* Ita Theophilo noftro,& cæteris interpretibus Græcis *φαίνεσθαι ἢ ἀναφαίνεσθαι παραχρῆμα*.Et ut alio exemplo utar,lege nominatim arcente homicidam, curia, comitiis, foro, fpectaculis, facris, non eft neceffe his ullum alium five judicem, five legum cuftodem ei interdicere, quia lex interdicit, & ipfa vim fuam exerit, nec operam alterius defiderat, ut Plato ait *9.de legib.* *ὁ γὰρ νόμος ἀπαγορεύων ὑπὸ πάσης τῆς πόλεως ἐστὶ ἢ ἀναφαίνεται.* Lex interdicit ftatim, ejufque interdictum exiftit ftatim, ac vice eft communis fponfionis totius civitatis.

Sequitur in hoc §. 1. *Eadem ratione contingit, ne fidejufforibus prius pactum profit*: quæ verba, fi accipiantur de C pacto, quod prius fidejuffor fecerit, ne à fe peteretur, ut id nimirum elidatur pofteriore pacto, quo mutata fententia idem ipfe fidejuffor pactus fit, ut à fe peti liceat, exemplo rei, fic accipienda funt, aut fi fic accipiantur hæc verba, quafi dicat idem effe,fi pacta illa duo fecerit fidejuffor,nihil omnino cum hoc loco pugnabit *l.ult. hoc tit.* Et fane hæc interpretatio probabilior eft. Vulgo hæc verba tamen aliter accipiuntur, nempe de pacto rei, de quo dixit ante, non de pacto fidejufforis, hoc fenfu, ut quemadmodum ante dixit io §. 1. fi reus pacifcatur à fe intra annum non peti, ultra annum, neque reo, neque fidejuffori prodeffe pactum, ita nuoc dicam, fi reus, poftquam pactus eft à fe non peti,pacifcatur,ut à fe peti liceat,neque ei, neque fidejuffori ejus prius pactum prodeffe, quia eliditur, excluditur, infringitur pofteriori pacto, quod eft veriffimum, fi D modo fidejuffor pofteriori pacto adfenfus eft, ut Gloffæ fupplent, tum Latinæ, tum Græcæ, *εἰ συνέθετο καὶ ἐν τῷ δευτέρῳ συμφώνῳ*. Alioquin pugnat *l.ult. h.t.* illa interpretatione recepta, nec fuppleto modo illo, fi confenfit fidejuffor pofteriori pacto : namque plane, & difcrete *lex ult.* ait, *fi poft prius illud pactum de non petenda pecunia à debitore conceptum in rem, quod cœpit fidejuffori prodeffe, debitor rurfus pacifcatur, ut petere liceat : non confentiente fcilicet fidejuffore*; alioquin pugnaret. Quæfitum quidem fuiffe ait, an utilitas prioris pacti, quæ cœpit fidejuffori competere, ei auferatur pofteriore pacto:fed verius effe,femel adquifitam fidejuffori prioris pacti exceptionem, ulterius ei invito extorqueri non poffe, & pofterius pactum foli debitori nocere, non fidejuffori. Invito, inquit, quod rem explicat, nam volens fidejuffor fe in priftinam obligationis caufam, fimul E cum debitore reponere poteft. Quidni ? Alioqui invito fidejufsori femel quæfitum jus ex priori pacto auferri non poteft.Quo modo etiam dicimus, priori creditori generaliter obligatis omnibus bonis, deinde pofteriori creditori fpecialiter fundo obligato, generi per fpeciem non derogari, & pofse priorem creditorem in eo fundo jus fuum exercere, quia femel ei quæfitum jus hypothecæ in omnibus bonis, & in eo fundo igitur non potuit eo invito diminui, *l.fi generaliter, C.qui pot. in pig. hab.*

Sequitur. *Sed fi pactum conventum tale fuit,quod actionem quoque tolleret,&c.* Dixit Paulus, pactum prius, quod fine lege obfervatur, beneficio exceptionis prætoriæ infringi pofteriori pacto beneficio replicationis : ab eo pacto hoc

A loco feparat pactum legitimum ; quod lege fpeciali obfervatur, quoniam hoc pacto, fi ipfo jure prius fublata fuerit obligatio, & actio, veluti actiu injuriarum ex *l.17.sub.* pofteriore pacto obligatio femel fublata.& extincta ipfo jure reftitui non poteft,*l.qui res, §.aream, de folut.* vel ut eadem *l.ait, §.1.* quod penitus idem eft, *femel parta liberatio revocari non poteft*, à privatione ad habitum non eft regrefsus, quia & in fpecie propofita, non ex pacto actio injuriarum nafcitur, fed ex contumelia, ex re, ut ait *lex ex maleficio,de oblig. & act.* id eft, ex delicto. Unde actio injuriarum ? ex delicto, non ex pacto : proinde ex pacto neque nafci, neque renafci poteft actio injuriarum,quæ expiravit ipfo jure poteftate pacti legitimi. Eademque eft ratio, ut fubjicit obligationum bonæ fidei, quæ nudo confenfu conftituuntur, ut in emptionibus, venditionibus,locationibus, condu B ctionibus, focietatibus, mandatis. Quæ obligationes, fi femel fublatæ fint contrario confenfu re integra,quo genere ipfo jure tolluntur in totum : poftea eædem ipfæ obligationes, quæ femel ipfo jure peremptæ funt, novo pacto reftitui non pofsunt. Sed, ut eleganter ait novum pactum proficit ad novam emptionem venditionem, fi priori emptione contrario confenfu fublata poftea convenerit,ut aliis legibus ejufdem rei emptio venditio fieret. Pactum,inquit, proficit ad novam emptionem : nam pactum tranfit in proprium nomen contractus, *l.7. in prin. h.t.* E pacto confeftim fit tranfitus ad contractum, & quod initio fuit pactum, definit,five exit in contractum,ut pactum arrharum, quod dicitur in *l.3. C. quand.lic. ab emp. rec.* exit in contractum facta traditione arrharum, *l.contractus, C.de fid. inftru.*

Poftremo ait, *quod fi non in totum contractum tolleret.* Di C xit Paulus de pacto, quod fuftulit totam obligationem empti venditi, nunc dicit de pacto, quod non totam eam tollit, fed minuit,vel auget aliquatenus, ut fi poft contractum emptionis venditionis, convenerit de minuendo, vel augendo pretio, quo genere pacto reformatur, renovatur, & quafi transformatur prior emptio venditio, etiam fi fiat ex intervallo,quia eft ex natura,& fubftantia contractus, quod eo pacto continetur,de pretio nempe, ex quo confiftit fubftantia emptionis venditionis,five natura.Quinimo etfi poft femel contractam emptionem, convenerit de minuendo pretio, poft rurfus convenerit, ut priori pretio empta res effet, ut in *l.emptor, h.tit.* fi pofteriori pacto reditum fit ad prioris emptionis formam, fane illa pactio contractui ineft, & pro parte contractus habetur, etiamfi facta fit ex intervallo, ut *l.pacta,de cont.empt. l.7.§.adeo, hoc tit.l.2.de refcind.* D *vendit.* Idemque ponit in contractu dotis, fi prius in dote danda pacta fit mulier dotem, quæ confiftit in pecunia numerata, reddi ftatim foluto matrimonio, deinde mutata fententia pacifcatur, eam reddi legitimo tempore, id eft, annua,bima, trima die, quod lege veteri eft tempus legitimum reddendæ dotis, quæ in nummis confiftit, annua, bima, trima die, non præfenti die, non ftatim: hoc pacto pofteriori dos juri fuo, & naturæ redditur,& quidem facilius, quam fi aliud jus extra fuam naturam doti imponeretur.Et ideo non pofsumus dicere illo pacto fieri deteriorem conditionem dotis, quod videtur tamen : quia quam placuerat reddi præfenti die, pofteriori pacto placet non reddi præfenti die,fed tribus penfionibus annuis, id eft annua, bima, trima die,nec fit deterior tamen caufa dotis, quæ redditur naturæ, juri, formæ fuæ. An jus dotis lex fecit deterius ? E minime, quæ voluit dotem reddi annua, bima, trima die. Ergo nec jus dotis facit deterius pactum,quo cavetur idem omnino; & hæc, inquit, in fine hujus §. Scævolæ noftro placuerunt. Paulus femper folet Scævolam fuum dicere, a quo profectus fuifse videtur,ut in *l.6.de reb.auct. jud. poffid. l.38.de vulg.fubftit.l.19. §.1.de neg.geft.& aliis locis innumeris.*

AD *§.illud nulla*. In hoc §.Paulus incipit tractare de pactis quibufdam inutilibus. Ac primum fi in contrahendo depofito,vel commodato convenerit, ne dolus malus præftetur ab eo, qui depofitum, vel commodatum accipit, inutile pactum eft,quia depofitum,& commodatumfunt contractus bonæ fidei,& tale pactum contra bonam fidem, bonofque mores eft,*l.contractus,de regu.jur.l.1. §.ult.depof. l.in*

com-

commodato; in prin. commod. Si tamen post contractum depositum, vel commodatum convenerit, ne dominus depositum reposcat, ne dominus depositi, vel commodati agat, valet pactum, *l. 7. §. sed etsi paciscar, sup. hoc tit.* Et depositario, vel commodatario prodest pacti exceptio, si conveniatur depositi, vel commodati actione, quamvis si quid in ea re depositarius, vel commodatarius dolo malo fecerit, τῇ δυνάμει, ut nostri loquuntur, id est, ipsa vi id pactus videatur, ne de dolo agat, quia de dolo actio inest omnibus bonæ fidei judiciis, *l. 7. §. non solum, & l. 9. de dolo.* Qua de causa & actiones bonæ fidei dicuntur esse de mala fide, id est, de dolo malo. Cicero 3. de nat. deorum. *Inde*, inquit, *tot judicia de mala fide, tutelæ, mandati, pro socio, fiduciæ, & reliqua, quæ ex empto, vendito, locato conducto contra fidem fiunt bonam.* Denique pactum ne depositi agatur, ut hoc loco Basilica ajunt, ἐνδυνάμει, pacto ne de dolo agatur, & tamen valet, & agenti depositi, etiam si agat ex causa doli mali, obstat exceptio pacti conventi, quia quod illo pacto palam, & diserte agitur, honestum est, quia turpitudo tecta est verbis. Est & sane hoc in jure non infrequens, ut quod verbis expressum non valet, valeat tamen, etsi tacite contineatur. Unde dictum est *expressa nocere, non expressa non nocere*, & formulam actionis concipiendæ actionem famosam facere, vel non facere: si verborum invidiosam atrocitatem formula habeat, esse famosam actionem: si verbis lenioribus, & tectioribus composita sit, non esse famosam: si plane & diserte agas furti, actionem esse famosam, si rerum amotarum, vel si tibi dari oportere, quamvis causa, quæ actioni inest, sit turpis, & probrosa, actionem non esse famosam, *Loessat, de oblig. & act.* Et hoc tradito in hoc §. illud inde Paulus generaliter definit in §. sequenti.

AD §. *Pacta, quæ turpem.* Definit, inquam, Paulus in hoc §. pacta, quæ palam scilicet, & aperte turpem causam continent, non esse servanda, & addit aliud exemplum. Si paciscar ne furti agam, si mihi quandoque furtum feceris, vel sive injuriarum agam, si mihi injuriam feceris, pactum non valet, quia turpem causam continet, & conventionem utilitati publicæ repugnantem, quia publice interest furti, & injuriarum pœnam timeri. Cujus vinculis hoc genere conventionis laxatur is, cum quo ea fit, & efficitur ad delinquendum audacior. Est igitur & hoc pactum improbum, & contra bonos mores. Denique pactum factum contra bonos mores nullius momenti est. Certe si pacta fuerint facta contra bonos mores naturales, contra jus gentium, ut si ancilla veneat ea lege, ut prostituatur, vel si contra reverentiam, quæ exhibenda est parentibus, & patronis, paciscatur quis cum parente, aut patrono, vel marito, ut eum condemnet in solidum, non in id, quod facere potest, *l. alia, §. ult. sol. mat.* Sed & si pactum fiat contra bonos mores civiles, nullius momenti est, ut in *l. 15. C. de pact.* Si in collocanda filia paciscatur pater, ut ea sibi filia ex æquo heres sit una cum fratre, quod vocant pactum ἰσομοιρίας, vel ἰσομερίας, non valet pactum, & tamen non est contra bonos mores jurisgentium, sed contra bonos mores tantum civitatis Romanæ, quibus hujusmodi pactum existimabatur esse nefariæ spei casum. Confertur enim in casum mortis paternæ. Et non esse id pactum contra bonos mores jurisgentium ex eo apparet, quod postea etiam ab ea lege discessum est, Novella Leonis 19. Quo jure utimur, nec improbamus pactum ἰσομοιρίας. Quod si esset contra jus naturale, non posset nisi nefarie approbari. At post admissum furtum, admissamve injuriam recte paciscimur, ne furti agamus, vel injuriarum, vel ne nobiscum agatur, quia tunc ejusmodi pactum rem tantum familiarem contingit, rem privatam, non publicam, ut superius pactum. Est sane hoc pactum legitimum, quoniam l. 12. tab. nominatim confirmatur, & idcirco furti, & injuriarum actionem perimit ipso jure, *l. 6. l. 17. §. 1. hoc tit. l. 13. C. de furt. l. 18. C. de donat.* injuriarum actionem ex illa lege, *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, &c.* furti ex illa, *si adorat, furto quod nec manifestum escit, ni quis cum eo pacit, duplione damnum decideris*, quod est, *pactus fueris, vel transegeris.* Si paciscar ne depositi agam, ipso jure non perimitur actio depositi, nec reo pactum prodest, nisi opponat exceptionem pacti, quia non est legitimum: at si paciscar, ne furti, vel injuriarum agam, non est reo necessaria exceptio pacti, quia ipso jure pacto tollitur actio, id est, ex 12. tabul.

Sequitur in hoc §. etiamsi paciscar, ne experiar interdicto unde vi, si tu me possessione dejeceris, non valere pactum, quatenus, inquit, ut sæpissime loquuntur nostri juris auctores, id est, quoniam, ut Græci παρ' ὅσον, *quatenus*, id est, quia publicam causam tale pactum contingit, quia publice interest in civitate libera nihil agi per vim, vel ut dixit sup. quia publice expedit hujus delicti timere pœnam: & ad extremum Paulus ita concludit, *& in summa si pactum conventum à re privata remotum sit, non est servandum.* Ubi ut jam olim ostendi, series ipsa, & consequentia rei propositæ, ostendit satis aperte pro *re privata*, esse legendum *re publica*, quoniam de pacto dixit remoto à rep. id est, contrario utilitati publicæ, non de eo, quod respicit ad læsionem rei privatæ, sive familiaris. Et hoc esse verum etiam Ulp. ostendit in *l. 7. §. & generaliter, inf. hoc tit.* dum & pari modo concludit, *& generaliter, quotiens pactum à jure communi remotum est, servari hoc non oportet*, & præcise loquens addit, *nec legari*, id est, non posse legata relinqui, ut quid fiat contra jus publicum, & commune, ut in *l. si quis inquilino, §. pen. & ult. de leg. 1.* Et stipulationem quoque de ea re, quæ contingit causam publicam, & lædit, interpositam non esse servandam, sed omnino rescindendam. Et omnino ita est, qua de re pacisci non possumus, nec stipulari etiam possumus. Addit quoque non valere jusjurandum de eo adactum, puta ne quis agat furti, si ei fiat furtum, vel ne interdicto unde vi, si vi ejiciatur de possessione fundi sui. Qua de re igitur non valet pactum, nec jusjurandum quoque. Igitur verissimum est in jure, non majorem esse vim jurisjurandi, quam pacti. Ex pacto non nascitur actio jure civili, ex jurejurando quoque non nascitur actio: puta si quis etiam roganti juraverit, se daturum quid, aut facturum. Ex pacto legitimo nascitur actio, ut ex pacto pignoris nascitur hypothecaria actio ex edicto prætoris, quo illud pactum confirmatur nominatim. Ex jurejurando item legitimo nascitur actio, ut ex l. Julia, & Papia, si libertus juraverit se patrono donum, munus, vel operas officiales daturum, *l. 7. l. 8. inf. de oper. libert. l. ult. de liber. causa*: non est, inquam, major vis jurisjurandi, quam pacti: nec vel centies jurati, aut iterati pacti major vis est, quam aut jurati, simplicis pacti. Quod pactum non est servandum, nec jusjurandum. Et retro, quod jusjurandum est servandum, & pactum quoque servatur, datis à prætore exceptionibus, vel replicationibus, non actionibus. Et Anaxagoram ergo imitemur, quem Isocrates laudat, quod servaret, ὁμοίως ταῖς ἐν τοῖς λόγοις ὁμολογίαις, ὥσπερ ταῖς ἐν τοῖς ὅρκοις. Et non esse majorem vim jurisjurandi, quam pacti, demonstrat dictus *§. & generaliter, & l. Stichum, §. naturalis, de solut. & l. 5. §. hac lege, & l. non solum, §. 1. de injuriis: & l. 1. §. pen. C. de natur. liber.* ubi hæc semper simul eunt jusjurandum, & pactum. Conferamus autem, quod Ulpian. ait *d. §. & generaliter*, cum eo, quod Paulus ait hoc loco, ut constet ratio emendationis nostræ. Ait Ulpia. *& generaliter*, Paulus hoc loco, *& in summa*, quod idem est. Ulpian. pactum à jure communi remotum. Ergo & Paulus pactum à re publica remotum, non à re privata, quod à jure communi remotum est, idem etiam remotum est à re, vel utilitate publica: nam juris communis finis est utilitas publica. Et præterea Ulp. ait, *servari hoc non oportere*, Paulus, non esse servandum. Uterque igitur pactum, quo jus publicum impugnatur, pactum, quod est contra formam juris civilis, vel, ut est in edicto prætoris, pactum, quod est adversus leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta principum, quove fraus, cui eorum fit, non esse servandum in *l. 5. de pact. dotal. l. unic. §. pen. C. de rei ux. act. l. consensu, §. ult. C. de repud.* Proinde pacta tantum justa servantur, ut *l. emptor, hoc tit.* pactum justum esse, & ideo servandum, ut in *l. Stichum, §. naturalis, de solut.* justo pacto, quod scilicet non sit adversus leges, plebiscita, eo perimi ipso jure naturalem obligationem, non civilem, nisi legitimum fuerit, neque enim idem est pactum justum, & legitimum:

Pactum justum est, quod congruit æquitati naturali: legi- A timum est, quod nominatim lege confirmatum est: hoc parit, & tollit actionem ipso jure, illud non item: sed prætor id tuetur datis exceptionibus, vel replicationibus. Et ita non male quidam differentiam statuunt inter justum heredem, & legitimum: potest enim quis defuncto esse legitimus heres, veluti proximus agnatus, nec tamen justus, veluti ingratus, inofficiosus, indignus. Magis justus heres eligitur, quam nascitur. Apul. Apolog. *Sciebat*, inquit, *intestati pueri legitimum magis, quam justum heredem se futurum*. Adduntur in edicto prætoris, *l. 7. §. prætor, hoc tit.* pacta dolo malo facta, quæ etiam prætor significat, se non servaturum: pacta dolo malo facta neque prætor servat, quomodo solet cætera, quæ bona fide sunt facta: neque etiam judex addictus bonæ fidei judicio in *l. 3. communi divid.* In veteri edicto auctore M. Tullio erat scriptum, *quæ* B *nec vi, nec dolo malo facta sunt*: sed postea detracta est vis mentio, quia quodcunque fit vi, id dolo malo fieri videtur. Et ad idem exemplum, edicto quod metus causa, quod ita olim erat scriptum, *quod vi metusve causa*, pari ratione hodie detracta est vis mentio, *l. 1. quod metus causa gestum erit*. In edicto igitur de pactis translatitia illa erat exceptio, *quæ nec vi, nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, & cætera, facta sunt*. Quam exceptionem, cum edicto Bibuli Syriæ præsidis inter publicanos, & provinciales Atticus Ciceroni scripsisset, nimis esse gravis præjudicii in equestrem ordinem, ex quo publicani erant, ex quo ipse Atticus, & Cicero, quod ita sit præscriptum, *pacta, quæ nec vi, nec dolo malo facta sunt*: ideo Cicero rescribit se adhibuisse exceptionem *ἰσοδυναμοῦσαν*, sed rectiorem ex edicto Q. Mutii Asiæ Proconsulis, in hæc verba, *extra quam si ita negotium* C *gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona*: quod sane vi ipsa ita est, *extra quam si quid vi, aut dolo malo factum sit*. Cum vero Paulus docuisset pacta facta contra bonos mores: contra formam juris publici, contra utilitatem publicam non valere, mox subjicit in hoc ipso §. *Etiam pacta, quæ de una re, vel persona facta sunt, in alia re, vel persona non valere*, quod & pro ratione ponit superioris sententiæ. Ait enim, *ante omnia* animadvertendum est, ne conventio ea, quasi scilicet pactum, quod quis fecit contra utilitatem publicam, non noceat alii, eadem de re, vel alia re simili, quæ publicam causam respiciat, agere volenti. Integram igitur publico esse actionem, etiamsi quis quid pepigerit, secus, quam exigat ratio utilitatis publicæ.

AD §. *Si cum mihi*. Ex l. 27. restat explicandus hic §. Cu- D jus quæstio hæc est, *si cum mihi deberes 10. paciscar ne petam 20. an tibi prosit pactum?* Videtur non prodesse: quia quod pactum demonstrat, non est verum: neque enim 20. mihi debes, sed decem tantum. Et in negatione majoris numeri, vel summæ, non inest negatio minoris, non debes 20. ergo non debes 10. Vitiosa collectio est. Contra in affirmatione majoris numeri, inest affirmatio minoris: debes mihi 20. ergo debes decem. At quum paciscor, ne petam viginti, non nego, imo affirmo mihi deberi 20. sed paciscor, ne ea petam: ergo & hoc paciscor, ne 10. petam: & debitori, qui debet 10. tantum, prodest pactum beneficio exceptionis pacti conventi, aut saltem beneficio exceptionis doli mali subsidiariæ. In majori summa minor inest, pactum de non petendo est remissio, remissio autem majoris summæ, & minoris utique remissio est. Idemque obtinet E in acceptilatione, si is, cui debetur 10. accepta ferat 20. quia debitor liberatur, *l. 15. de acceptil.* Idem est in liberatione legata, si heres debitorem in decem damnatus sit liberare in 20. neque enim ideo minus liberatur debitor, aut liberari debet in 10. *l. non solum, §. 1. de liber. leg.* Idem est in ademptione, si is, qui legavit decem, ademit 20. quia totum legatum ademisse censetur, *l. 3. §. si quis plus, de adim. leg.* Quia quod superadjicitur pro supervacuo est, vel pro non scripto: contra vero, remissio minoris quantitatis, quæ fit pacto convento, non remissio majoris. Ideoque si cum debes 20. paciscar ne 10. petam, postea petenti mihi 20. non obstat exceptio pacti in totum, sed in partem dimidiam tantum. In minori summa non inest major. In A affirmatione minoris summæ, non inest affirmatio majoris. Contra in negatione minoris summæ, inest etiam negatio majoris. Et hæc ad §. *si cum decem*.

AD §. *Sed si stipulatur, &c.* At quid dicemus, *si cum ex stipulatu mihi deberes Stichum, aut 10 sub disjunctione, & electio, ut solet, in stipulationibus disjunctivis esset tua dandi, utrum malles, vel 10. vel Stichum*, si paciscar de 10. non petendis, vel, ut loquitur, quia electio tua est, de decem à te non præstandis mihi. Et 10 §. hoc ostenditur, mihi petenti Stichum. aut 10. sub disjunctione juxta formulam stipulationis, vel mihi petenti Stichum tantum, obstare exceptionem pacti in totum, hac ratione, quia ut solutione unius rei debitor, cujus est electio, ut vel det 10. vel Stichum, liberaretur in totum: quod est certissimum, quia non utrumque debet, sed alterutrum, quod ipse elegerit, ut, B inquam, solutione unius rei debitor, cujus est electio, omnimodo liberaretur, & acceptilatione similiter unius rei, & petitione, ut ait in *§. seq.* quæ est novatio necessaria, quæ fit per litis contestationem, etiam tota solveretur obligatio, *d. l. non solum, §. 1.* ita pacto de una re non petenda interposito, consequens est, totam obligationem submoveri per exceptionem pacti, perinde atque si una illa res soluta, vel accepto lata, vel petita esset: sed iis modis ipso jure tolleretur obligatio, pacto non tollitur ipso jure, sed tuitione prætoris, data exceptione pacti conventi. Ergo sicut is, qui debet 10. aut Stichum, omnimodo liberaretur solvendo 10. vel si creditor ei accepta ferat 10. vel si creditor ab eo petat 10. judicio accepto, ita & liberatur per exceptionem, si creditor paciscatur, ne petat 10. vel si paciscatur, C ne petat Stichum. Sed hoc ita procedit, nisi actum sit inter debitorem, & creditorem specialiter, ut debitor non præstaret 10. non eligeret 10. sed, ut omnimodo præstaret Stichum, quia hoc casu pacti exceptio non obstat creditori petenti Stichum. Idem est è contrario, si convenerit, ne Stichus præstaretur, sed 10. Idem, si, ut ne alterutra res præstaretur. Nam & hoc casu tota obligatio non submovetur, *l. 4. de rejc. vend.* Quod autem ait hoc loco, acceptilatione unius rei, obligationem alterutram, sive disjunctivam in totum resolvi ei opponitur, *l. 13. §. Stichum, de accept.* quæ dicit, *acceptolato Sticho*, 10. *manere in obligatione*. Sed Accursius, quod erat facillimum, recte animadvertit in specie ejus *§. si Stichum*, ideo 10. manere in obligatione, quia acceptilatio Stichi nulla fuit. Proponitur enim, quis stipulatus, non ut hoc loco, pure 10. aut D Stichum, sed sub conditione 10. aut Stichum, & pendente conditione stipulatorem accepto tulisse Stichum, qui nondum debebatur, quia nondum extiterat conditio, eundemque Stichum pendente conditione vita decessisse. Itaque in Sticho nunquam constitit obligatio: ergo nec acceptilatio. Ex quo fit, sola 10. si postea existat conditio stipulationis, esse in obligatione. Ad hæc quæri potest, si quis stipulatus sit Stichum, aut 10. utrum ipse vellet, atque ita electio fuerit creditoris, non ut supra, debitoris, an si paciscatur creditor de non petendis, vel postea non eligendis 10. an in totum solvatur obligatio posita exceptione pacti conventi? Et ut ostenderet Paulus, quod & hoc libro forte sollicitius, & verbosius explicuerat, hoc casu integram esse creditori electionem Stichi: utitur exemplo hominis generaliter debiti creditori, quem scilicet ipse E creditor eligeret: utitur hac comparatione, non inconcinne: nam & is, cui debetur homo generaliter, est similis ei, cui debetur Stichus, aut 10. ut aperte ait *l. cum is, §. ult. de cond. indeb.* Nec quidquam distat hac in re, vel alia fere ulla, obligatio alternata ab obligatione generis. Quod si creditori debeatur homo generaliter, quem elegerit ipse ex universa familia debitoris, hæc obligatio non in totum perimitur, si creditor paciscatur Stichum non peti, & non eligi: sed petenti quidem Stichum obstat exceptio pacti: alium autem hominem petenti, nulla obstat exceptio, sed si generaliter. Et ita est proditum ex Juliano 54. Digestor. in *l. qui hominem, de adimend. leg.* Et ait ei, cui homo legatus est, ei, cui homo generaliter debetur ex legati causa, hominis electionem esse constat legatarii: ei, inquam,

adem

A ademto Sticho, integram esse hominis petitionem, & Stichi tantum electionem ademptam videri. At si electio fuisset debitoris, posui fuisse creditoris, cui debebatur homo generaliter, & ostendi pactum de uno certo homine non petendo, non perimere totam obligationem. Nunc dico ex diverso, si debeatur homo generaliter, & electio fuerit debitoris, ut acceptilatione Stichi tota obligatio perimeretur, sicut ex eodem Juliani libro refertur in *l. 13. si ei, qui hominem, de acceptil.* ita & pacto interposito de non petendo, vel non præstando Sticho, in totum perimi obligationem, & indistincte (quod notandum) sive homo generaliter debeatur, sive Stichus, aut to. Et creditor, qui habet electionem, paciscatur de homine certo, vel de re altera non petenda, non sibi omnem electionem abstulisse videtur, sed electionem ejus rei tantum, vel hominis, quem quamve se non petiturum cavit, non videtur, inquam, totum jus suum B remisisse, sed extenuasse tantum, aut imminuisse, si creditoris fuerit electio. Contra si creditor electionem non habuit, sed debitor paciscendo, ne rem, vel hominem certum præstet: vel creditor ne rem, vel hominem certum ab eo petat, remisisse videtur obligationem totam, nisi aliud expresserit. Cur si id sensit non expressit? In obscuro procliviores sumus ad liberandum, quam ad obligandum, *l. Arrianus, de oblig. & act.* Obscura est creditoris voluntas, qui non expressit, totam obligationem tolli, an minui vellit. Itaque creditor sustulisse, & remisisse videtur totam obligationem, qui electionem non habuit, qui minuendæ obligationis facultatem non habuit, cum ejus non esset electio. Denique, aut nihil egisse videtur, aut sustulisse totam obligationem. Hinc apparet ratio differentiæ.

C

AD *§. Item si pactus*. Ostendit eum, qui pactus est, ne hereditatem petat, non posse ut heredem res singulas petere, quia tametsi res singulæ hereditariæ non sint partes hereditatis, sunt enim corpora, & hereditas res est incorporalis: res igitur hereditariæ non sunt partes hereditatis, tamen habentur pro partibus, ut qui remisit hereditatem, vel qui cavit eam se non petiturum, etiam res singulas, ut heres petere non possit. Et recte, ut heres, quia alio jure, quam hereditario res singulas petere potest, quatenus eas tunc non petit quasi partes hereditatis, vel quatenus alio jure agendo, non possunt res singulæ haberi pro partibus hereditatis: nam non petuntur ut hereditariæ, aut partes hereditatis, sed forte ut emptæ, vel donatæ. Et eodem modo, qui pactus est, ne navem, vel domum peteret ex stipulatione, D dissoluta nave, diruta domo non potest ex eadem causa res singulas petere, nisi aliud specialiter actum sit: quia revera, etsi res singulæ navis, aut domus, non sint partes domus, aut singulæ tabulæ navis, singula armamenta non sunt pars navis, partes navis sunt prora, puppis, carina: singula cæmenta, singuli lapides, parietes: singulæ diætæ non sunt pars domus, partes domus sunt nobis duæ, solum, & superficies: Aliis, tres domus partes, contignatio, fundamentum, & superficies. Singulæ tamen res navis, partium instar obtinent, & ideo, qui paciscitur, ne petat navem, aut domum, dissolutis iis, nec singulas res petere potest, ut in *l. nave, de evict. l. 13. §. illud, de acceptil.* non potest, inquam, petere res singulas ex eadem causa, ex qua cavit se rem integram, & universam non petiturum. Nam ex alia causa potest petere res singulas, *l. 7. §. & quidem, de except. rei jud.* Sic etiam si pacisca r, ne fundum petam, E qui mihi forte debetur ex causa legati, non possum petere usumfructum ex ejusdem legati causa, quia etsi ususfructus non sit pars fundi, est enim jus incorporale, fundus res corporalis, tamen pars fundi esse censetur, partis instar obtinet, quia omne emolumentum fundi continet. Quod latius exposuimus *lib. 2. ad l. 4. de usuf.* Et addendum hoc tantum nunc ad ea, quæ in illum locum diximus, hac in re non esse aliam rationem acceptilationis, & aliam pacti: Quia, qui fundum accepto tulit, non potest petere usumfructum: qui domum accepto tulit, non potest petere cæmenta, marmor, aut fenestras, aut parietem, aut diætam: sed ut in *d. l. 13. §. illud*, is, cui debetur fundus, nihil agit accepto ferendo usumfructum: sicut is, cui debetur domus, nihil agit accepto ferendo cæmentum, aut fenestras. Itaque si in utroque eadem ponatur species, iidemque termini retineantur, invenies idem juris esse in acceptilatione, quod in pacto, & contra.

AD. *§. pen. Si acceptilatio*. Ex §. pen. hoc tantum notandum est, acceptilationem inutilem esse, ut puta, si accepto feratur, quod re, aut consensu debetur, non verbis: nam acceptilatione, quæ fit verbis hoc modo, *acceptum fers? acceptum fero*, non tollitur, nisi obligatio, quæ verbis contracta est. Inutilis igitur est acceptilatio, si acceptum feram, quod mihi debetur ex causa mutui, non ex stipulatu, vel si velim accepto ferre, quod mihi debetur ex causa mutui, debeo prius causam mutui transferre in stipulationem Aquilianam, deinde acceptum ferre. At prætermissa ea stipulatione Aquiliana inutilis est acceptilatio, si acceptum feram, quod mihi ex causa mutui debetur, non ex stipulatu. At quæritur, an inutilis acceptilatio habeatur saltem pro tacito pacto de non petendo, ut debitor liberetur, non ipso jure, quia acceptilatio non valet: sed per exceptionem quasi pacti, & jure conventionis: & nisi aliud actum sit, nisi contra sensum sit, ut ait Ulpian. definitur hoc loco in *§. pen. & in l. 8. & 19. de acceptil. & l. 5. de rescind. vend.* inutilem acceptilationem valere, ut pactum de non petenda pecunia, quia id acceptilatione agitur, ut obligatio solvatur, ut remittatur debitum. Ergo ut non petatur. Denique acceptilationi inest pactum de non petendo. Et licet non valeat acceptilatio, pactum tamen, quod ei inest, valet: nam pacto tollitur quæcunque obligatio, etiam, quæ verbis non est contracta. Inutilis ergo acceptilatio habetur pro tacito pacto. Et tamen, quod potest objici, inutilis stipulatio de dando, ut puta si facta sit inter absentes per epistolam non habetur pro pacto, *l. 1. §. si stipulanti, de verb. obl.* Cur ita? quia stipulatione id agitur, ut obligatio contrahatur, quæ ex pacto nulla esse potest. Eadem ratione inutile jusjurandum, quo quis jurat, se aliquid daturum, vel facturum, non cedit pro pacto, quia id agitur, ut obligatio contrahatur, & pactum non est modus contrahendæ obligationis, l. *si quis pro eo, in princ. de fidejuss.* Inutilis stipulatio etiam non habetur pro constituto, quod vocant *ἀντιφώνησιν*, quia non animo constituentis, sed stipulantis id agitur, cum nec constitutum consistere possit, nisi aliqua præcesserit obligatio: constitutum enim, sive *ἀντιφώνησις*, est accessio, *l. 1. §. eum, qui, de const. pec.* & hæc de constituto. Fidejussio quoque inutilis non valet, ut jussio, *l. 1. §. sed & si servi, quod jussu, l. si domina, ad SC. Vellej.* puta, si dominus, vel pater pro servo, aut filio fide jubeat inutiliter, non tenetur actione prætoria, quod jussu, quia non ut pater, vel dominus fidejussit, sed ut extraneus, & ex jussu solus pater tenetur, vel dominus, non extraneus. Addere etiam licet, inutiles etiam nuptias non haberi pro sponsalibus, *l. quæsitum, de spons. l. cum hic status, §. pen. de donat. int. vir. & uxo.* quia, inquit lex, jam non fuerint sponsalia. Qua ratione etiam inutile testamentum non habetur pro codicillis, quia codicilli non fuerint, quia codicillos facere noluit defunctus, sed testamentum, quod voluit non potuit, aut non jure fecit. Ideoque inutilia testamenta non aliter, ut codicilli valent, aut ut fideicommissariæ voluntates, quam si id expressum sit adjecta clausula codicillari, quæ sic vocatur, *si non valet, quod ago, ut ago, valeat, ut valere potest*.

AD *§. Ultimum*. In extremo hujus l. ostenditur, servum hereditarium, id est, servum sine domino, quamdiu hereditas jacet, nec dum adita est: servum, inquam, hereditarium frustra pacisci L. Titio, qui forte heres institutus est, vel qui defuncto heres futurus est ab intestato, antequam adeat hereditatem, quia is servus nondum est in ejus potestate, & alteri stipulamur inutiliter, in cujus potestate non sumus. At in rem, & generaliter servus hereditarius recte paciscitur, nempe hoc modo, *ab herede futuro non peti, vel quod defunctus debet non peti*, & prodest pactum heredi postea facto aditione, *l. 26. & 28. §. ult. & l. 35. de stip. serv.* Ubi etiam hanc rationem reddit, cur pactum, quod servus hereditarius fecit in rem, jacente hereditate, prosit heredi postea

stea facto. Cur etiam stipulatio interim ab eo facta in rem, **A** puta hereditati, vel heredi futuro adquiratur, heredi postea facto, quia, inquit, post aditionem heres retro intelligitur defuncto successisse à tempore mortis, quia & à tempore mortis heredis familia funesta est: quam rationem sumit illo loco Cajus ex jure prisco, seu Pontificio, à die mortis testatoris heredis postea adeuntis, familia funesta esse intelligitur. Nam impura, & funesta manet, quoad heres exstiterit, perfecerit, & expleverit certa quædam sacrificia, & piacula, ut docet Cic. ad Heren. lib. 2. de legib. Varro lib. 4. de ling. lat. Gellius lib. 16. cap. 4.

Ad L. XL. ad Leg. Aquil. *In lege Aquilia; si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub conditione mihi pecunia debita fuerit, & interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo conditio exstitit,* **B** *& si summatim re exposita, ad suspicionem judicem adducam, debeam vincere. Sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti conditio exstiterit. Quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.*

Pertinet hæc lex ad edictum Prætoris de edendo, sicut & multæ aliæ, quas supra exposuimus. Ex eo edicto datur actio in factum adversus argentarium, vel nummularium, vel mensularium, qui rationes nostras mandatu nostro confecit, si postulantibus nobis rationes edi, quæ ad nos pertinent, & hoc ipsum decernente Prætore, eas dolo malo non edat, & exhibeat. Et competit hæc actio in id, quod nostra interfuit eas rationes edi eo tempore, quo id decrevit Prætor, & quo nos postulavimus, etiamsi postea nostra interesse desierit, ut inferius explicabitur. Ideoque **C** pœnalis hæc actio esse videtur, quia & ei competit, cujus interesse desiit, ac propterea nec post annum datur, neque in heredem ex dolo defuncti argentarii, vel nummularii. Nam ex dolo proprio etiam heres ejus tenetur, qui rationes, quas penes se habet, edere detrectat. Quæ omnia comprobantur *l. 6. §. ex hoc edicto, & l. 8. & l. 10. §. ult. & l. ult. de edendo*. Itaque, si quis litem, quam cum alio habuit, amiserit, ob non editas rationes, & exhibitas sibi eo tempore, quibus prolatis causam suam tueri, & tenere potuisset, rem amissam, & sumptus in eam rem factos ab argentariis hac actione in factum consequetur, videlicet, si nunc is, qui litem amisit, vel argentario nunc edente rationes, vel alio modo eas rationes nactus, vel aliis instrumentis, aut testibus, quos litis tempore non habuerit in manu, possit probare, se tunc vincere potuisse, si rationes **D** habuisset, se tunc justam causam habuisse litigandi. Id exigo, ut nunc, quum agit adversus argentarium in id, quod sua interfuit, probare possit, se potuisse vincere. Nam si nunc id probare non potest, nec in factum agere potest adversus argentarium, quia non apparet quantum interfuit, vel si tunc id probare potuit aliis probationibus, nec probarit, & ob id litem amiserit, de se queri debet, non de argentario, vel etiam si tunc id probarit, nec judex ullam probationum rationem habuerit, de judice queri debet, non de argentario, quia damnum quod patitur, est à judice, non ab argentario, *dict. l. 10. §. ult. de edendo*. Ubi etiam ostenditur, quod omnino pertinet ad hanc legem 40. eandem rationem observari, chirographo mihi subrepto, nec interest quo chirographo, chirographo obligationis, an solutionis: nam & apocha dicitur chirographum solutionis, **E** *l. creditor, de act. empt.* dicitur etiam chirographum prædii, pro instrumento emptionis prædii, pro tabulis auctoritatis, *l. pen. de leg. 3.* Eandem igitur rationem servari quocumque chirographo mihi subrepto, verbi gratia, chirographo creditæ pecuniæ, quo pecuniæ mihi debitæ probatio continetur: nam ita demum mihi competit condictio furtiva, & actio furti, ut dupletur quantitas chirographi, si ante non potui, quod mihi chirographum esset interceptum, probare, mihi deberi pecuniam, aut me pecuniam solvisse, & ob id litem amisi, & ob id lite cecidi: nunc vero id possum probare aliis probationibus, vel testibus, & signatoribus chirographi, quibus tunc aliqua ex causa uti non potui, quia ita probo mea interfuisse non subripi chirographum: nunc vero desiisse interesse novis probationibus emergentibus, & nihilominus ratione damni præteriti mihi competit actio furti, & condictio furtiva. Eodemque modo chirographo mihi corrupto, & deleto, ita ut legi non possit, ita demum mihi competit actio legis Aquiliæ de damno dato, si ante deleto chirographo, cum agerem de credita pecunia, probare non potui, quanta mihi pecunia deberetur, & ob id victus litem amisi: nunc vero id probare possim, *dict. l. 10. §. ult. l. quidam procurator, de furt. l. 41. §. 1. & l. 42. hoc tit.* quia quo tempore subreptum, aut deletum chirographum fuit, potuit testibus, vel mensæ scriptura, ut ait *l. qui tabulas, de furtis*, vel aliis probationibus docere, quantum sibi deberetur, ejus nihil interfuisse videtur, chirographum non subripi, aut non corrumpi, quia nihil damni fecit, qui perdidit chirographum, si ei suppetant aliæ probationes idoneæ, *d. l. qui tab. §. inde potest, & §. seq. de furt.* Qui vero id tunc probare non potuit, & ob id litem amisit, ejus maxime interfuit non subripi, aut corrumpi chirographum, ac proinde ei competit actio furti, vel actio legis Aquiliæ, quamvis postea ejus interesse desierit, repertis novis probationibus, quæ illo tempore abditæ erant, & occultæ. Et ita si pecunia mihi pure debita fuerit, quæ chirographo continebatur. Quid si mihi debita fuerit sub conditione, & pendente conditione subreptum sit mihi, vel deletum chirographum? & tunc probare testibus possim, quantum mihi debeatur, qui possint mori pendente conditione, quid fiet? aut qua ratione mihi consulam, ut mihi sit salva probatio debiti, vel ut mihi sit salvum id, quod mea interest? An statim agere possum ex lege Aquilia adversus furem chirographi, eumque, qui chirographum corrupit, aut interlevit? **C** Quod non videtur, quia antequam conditio exstiterit, mea nihil interest, quia nihil mihi debetur, nihil interim quasi debitum petere possum. Imo nec debitum iri certum est. Potest enim deficere conditio obligationis. Imo & interim aliquatenus interest, quia fieri potest, ut existentis conditionis tempore idem per eosdem testes probare non possim, vel per alios, ut puta, si pendente conditione testes vita decesserint, & eatenus interest mea, nec conditionale chirographum mihi corrumpi. Diuturnior est fides chirographi, quam testium. Et ideo hoc etiam casu, antequam conditio exstiterit, adversus eum, qui chirographum delevit, possum agere ex lege Aquilia: summatim, ut ait, re exposita judici, & periculo scilicet amittendæ probationis, si & testes ipsi interim perierint, ut ob hujus casus, & periculi suspicionem commotus judex interim testes interroget, qui adhuc vivunt: **D** & reum etiam condemnet in futuri damni æstimationem, ut Græci ajunt *ὡς τὴν μέλλουσαν συμβήσεσθαι ζημίαν*, condemnet, inquam, non tamen exigat judicatum antequam damnum contigerit, i. antequam exstiterit conditio æris alieni, testib. jam ante defunctis: nam si conditio defecerit, vel si existentis conditionis tempore superstites non fuerint, quibus æs alienum satis abundeque probare possit, nulla condemnationis, sive judicati executio est, nulla pœna ejus, qui delevit chirographum, qui damnum fecit, quia & id judicatum factum est præmaturius, non tam rei judicandæ gratia, quam probationis conservandæ, & constituendæ gratia. Hæc est species sane elegantissima hujus legis, quæ proponitur etiam in *l. quidam 32. de furt.* Quod ad hanc legem Græci tractant, de argumentis, quæ *τεκμήρια* vocant, quasi in hac lege, quod ait, **E** *judicem ad suspicionem adducere*, vel si summatim re exposita ad suspicionem judicem adducam, quasi, inquam, judicem ad suspicionem adducere, sit argumentis rem probare, & indiciis indubitatis: id longe alienum ab hac lege est. Neque enim suspiciones, & argumenta idem sunt. Livius 38. *suspicionibus magis, quam argumentis reum pecuniæ captæ damnari*. Et Ulpianus in *l. absentem, de pœnis*: non debere reum damnari ex suspicionibus: qui tamen damnari potest ex argumentis, *l. ult. Cod. de probat. l. ob carmen, §. ult. de testib. l. 5. §. à Barbaris, de re milit. l. unius, §. 1. de quæstionibus*. Verum hoc loco, judicem ad suspicionem adducere summatim re exposita, puta chirographum sibi esse deletum, superesse adhuc testes, quibus probari possit, quantum sibi debeatur, sed eos te-

stes

stes mori posse antequam existat conditio, antequam petitio pecuniæ competat. Id, inquam, est movere judici suspicionem mortalitatis testium, suspicionem ejus, quod humanitus testibus evenire potest pendente conditione, suspicionem damni, quod si testes interim moriantur, actor facturus est per inopiam probationis, ut proinde judex non expectato conditionis eventu testes interroget, & summatim de re cognoscat, ac judicet, & si res ferat, etiam ex delicto condemnet reum, nondum tamen ab eo exigat judicatum, sicut fit in *l.3. §.duæ autem, de Carbon.edict.* Ubi ostenditur, cum mortuo parente filio impuberi, vel nepoti, vel pronepoti fit controversia status, & bonorum, plerumque differri cognitionem in tempus pubertatis, data puero interim Carboniana bonorum possessione, ut habeat unde se tueatur, & alat. Interdum tamen cognitionem repræsentari statim, si forte testes, qui veritatem insinuare possunt, dilata controversia in tempus pubertatis, interim morituri videantur: facito eos esse jam defessa ætate, gravi, & mala valetudine. Qua ratione receptum est in civilibus causis *μονομερῶς, absente altera parte*, testes produci, & examinari posse ante litem contestatam, qui regulariter non interrogatur, nisi post litem côtestatam, & judiciũ acceptum, *cap.ult. extra, ut lite non contestata non procedatur ad test.* summatim autem hoc loco est summo tenus, non subtiliter, ut *l.1. Cau in poss.leg.* non subtiliter causam examinari posse, id est, summatim examinari, *l.3. §.5. D.eod.* tit. *παχυμερῶς* in Nov.53. Vnde & locus communis Græcis interpretibus *περὶ παχυμεροῦς ἢ ἀνεροθέτου ζητήσεως, de quæstione summaria*; translatione sumpta à computatione rationum, quæ fit per summas summarum, ut Plautus loquitur in Trucul. act.1.sc.1. non per minuta æra, minutas æris. Acc. in *l.3.§.interdum, ad exhib.* plures alios casus enumerat, quibus lis agi, res exponi, & causa cognosci summatim solet, quod tamen semper fit sedente judice pro tribunali, non de plano. Imo contraria loquuntur interpretes, qui pro eodem dicunt, *summatim*, & *de plano*. Et nihil est præterea. Transeundum ad librum 4. ex quo quæ sumptæ sunt leges, fragmenta sunt, & reliquiæ.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In *Lib.* IV. PAULI AD EDICTUM

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.I. de in jus voc. *In jus vocare est juris experiundi causa vocare.*

Ad L.V.eod. *Quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiæ demonstrant.*

Ad L.VII.eod. *Patris adoptivi parentes impune vocabit. Quoniam hi ejus parentes non sunt, cum his tantum cognatus fiat, quibus & agnatus.*

LIBRO IV. ad edictum proposuit Paulus pœnalia quædam judicia, quæ ex edicto Prætoris in eos dantur, qui aliter, quam oportcat, vel quo in loco, quibusque casibus non licet, adversarium suum vocaverint, & adduxerint in jus. Ex iis judiciis alia sunt communia, ut actio injuriarum: alia propria, quæ specie sua continentur, ut pœnales quædam in factum actiones. Actio injuriarum datur in eum, qui de domo, quæ cuique est perfugium ita sanctum, ut inde neminem in jus abripi fas sit, eam tamen ingressus invito domino, eum inde in jus abripuit, ut ex hoc libro proponitur in *l.23. de injuriis*. Eadem actio injuriarum datur in eum, qui non antestatum, qui intestatum in jus vocaverit, & duxerit, si credimus Porphyr. & Acroni in illum locum Horatii sat.9. lib.1. *licet antestari? Ego vero oppono auriculam, rapit in jus, &c.* Eadem quoque actio datur in eum, qui vocatum in jus, & pro rei qualitate offerentem idoneum fidejuss. judicio si-

A sti in diem, locumque certum, nihilominus manu injecta eum in jus ducit, quia sane, ut ait *l.5.§.ult.qui satisd.cog.* non levis, non minima injuria est, duci, & abripi in jus, qui satis idoneum fidejuss. offert, & dat. Quod & hoc libro videtur scripsisse Paulus, cum ex eo sit *l.4. eod.tit.* quæ de fidejuss. loquitur, judicio sistendi causa dato, quem liberari docet, si reus intra diem, quo fidejuss. judicio sistere, & exhibere debuit, vita decesserit sine culpa fidejuss. Quo casu, ut ait, nec Prætor jubere debebit eum exhiberi, jam homine defuncto, qui jam eum præstare, & exhibere non potest, nec quanti ea res est, eo nomine actori præstare, vel si hoc jusserit Prætor, forte per ignorantiam, aut forte si post jussum Prætoris quo jussit sisti reum, ante diem, quo sisti debuit reus vita decesserit, fidejussor ex stipulatu non tenetur, quia in eo non fuit mora, nec ulla culpa fidejuss. in ea re versatur. At si post B diem exhibitionis, id est, post diem, quo fidejussor eum exhibere debuit, is vita decesserit intra sex menses, quod Justin. addidit novissime in *l.26. C.de fidejuss.* quæ semel nata est in fidejussorem ex stipulatu actio, non exstinguitur mortuo reo, morte rei, quia contingit post moram fidejuss. Idemque erit, si reus civitatem Rom. amiserit: nam peregrinitate veluti deportatione in insulam, rei quidem obligatio tota solvitur, *l.si debitori, de fidejuss.* sed non etiam fidejuss. obligatio, cujus dies jam cesserat, antequam reus ad peregrinitatem redigeretur. Quæ est sententia *dict.l.4.* Actio autem in factum, pœnalis in 50. millia sestertium, id est, in 50. solidos, datur in eum, qui parentem, aut patronum non impetrata venia in jus vocavit, & duxit, *l.12. l.pen. & ult. de in jus voc.* quam partem edicti etiam hoc libro 4. Paulus attigit. Et eadem quoque actio pœnalis in 50. solidos C datur in eum, qui patrono, vel parente in jus vocato, uti oportet, impetrata edicti venia, & ne ducatur offerente fidejuss. judicio sisti, eum fidejussorem accipere recusat, quasi non idoneum, non locupletem, & nihilominus in jus ducit parentem, vel patronum, *l.2. in jus voc. ut eant.* Quod & hoc lib. attigit Paulus addita hac ratione in *l.3. eod.tit.* quia qualiscunque fidejussor, id est, etiam non locuples, à parente, vel patrono, & aliis quibusdam necessariis personis oblatus, pro assiduo accipi debet, & locuplete, nec honeste ab eo desideratur locuples fidejuss. filius, vel nepos, vel libertus qualicunque fidejussore contentus esse debet. Est & alia actio in factum pœnalis, quanti ea res, qua de agitur, ab actore æstimata fuerit, etiamsi vera actoris æstimatio non fuerit. Et ideo pœnalis est actio, quæ datur in eum, qui in jus vocatum, & sequentem, vel tractum, vi D eximit actori, aut dolo facit, quo magis vi eximatur. De qua actione etiam hoc lib. Paulus agit *l.2. & 4. ne quis eum, qui in jus, &c.* At sciendum est, priusquam hæc omnia traderet Paulus de pœnalibus judiciis, quæ ex iis causis descendunt, proposuisse eum, quod est in *l.1. de in jus voc.* in jus vocare, esse juris experiundi causa vocare. Quibus verbis non definivit quid esset in jus vocare, aut sane perperam definiit, nempe vocare, per idem verbum vocare, & in jus per causam litigandi, vel quod idem est experiundi juris, cum tamen certo certius sit, his verbis non causam vocandi significari proprie, sed locum, ad quem vocatur adversarius, in quo est sella curulis, in quo est tribunal prætoris, vel præsidis, non pedanei judicis, nam qui ad pedaneum judicem, qui plano pede de causa cognoscit, vocat adversarium, in jus eum non vocat, ut aperte ostendit *l.3.* E *§.pen. ne quis eum, qui*: pedaneus judex, nec jurisdictionem, neque tribunal habet, nec potest igitur, nisi inepte locus, in quo de causa sibi delegata cognoscit, jus appellari. Denique in hoc sermone in jus vocare, juris nomine locus significatur, ut illo, *in jure confiteri, in jure interrogari* proprie dicitur, non causa, vel lis, non item persona jus dicentis. Quamobrem integrior sermo hic est, *ad prætorem in jus vocare. ad prætorem in jus ducere, ut lege 2.tit.seq. Ex quacunque causa ad prætorem*, inquit, *vel alios, qui jurisdictioni præsunt, in jus vocatus venire debet.* Et l.Servilia ex 12.tab. *ad judicem in eum annum, qui ex hac lege factus erit, in jus ducito*. Et apud Varron. *Quæstorem ad prætorem in jus vocari posse, Ædilem Curulem ad Prætorem à privato in jus esse ductum.* Unde recte efficies Institut. *§.ult.de pœna tem. litig.* ubi vulgo ita

scriptum est, *in primis adversarius in jus vocandus est*, id est, A *ad eum, qui jus dicturus sit*, esse legendum, *in primis adversarius in jus vocandus est ad eum, qui jus dicturus sit*, circumscribendus articulus (id est) Nam juris verbo locus, in quo jus dicitur, non is, qui jus dicit, intelligitur, vel causa, vel lis significatur, sed locus, in quo jus dicitur iis, qui agunt, *l. pen. de just. & jure*, *l. 4. de in jus voc.* Sed quia variæ, & multiplices sunt causæ vocandi in jus, veluti perhibendi testimonii gratia, vel judicandi, vel tutelæ suscipiendæ, alteriusve publici muneris, *l. 2. §. legatis, de judic.* vel litigandi, sive juris experiundi causa, ideo Paulus in hac *l. 1. de in jus voc.* his verbis usus est, *in jus vocare, est juris experiundi causa vocare*. Sed sub hoc tit. de ea tantum vocatione in jus loquitur, & agit, quæ fit ultro citroque, juris sui experiundi, disceptandi, obtinendi causa, non de ea, quæ fit ex aliis causis. Nam jus experiri commune est ver- B bum actoris, & rei. Cæterum ex aliis causis in jus vocamur à viatore jussu magistratus juris experiundi causa, & ab adversario ipso, qui litem facit, & provocat ad judicem etiam sine jussu magistratus. Atque hic erat mos Pop. R. Ab eodem quoque adversario, si eum statim non sequamur, quum dixit, *in jus veni, sequere ad tribunal*, ut & in laudatione Trajani, neque offeramus satisdationem judicio sisti in diem, locumque certum, testatione hujusce rei præmissa etiam inviti ducimur, trahimur in jus, vel adstricta cervice, vel pugnis in ventrem ingestis. Idcirco invitum parentem, vel patronum eo modo, vel more in jus ducere incivile, imo nefas erat, quia inest in eo injuria, & irreverentia manifesta, nisi scil. id prætor postulanti veniam edicti ex causa nominatim permiserit. Venia, quæ hac in re postulatur à prætore, ab edicto, venia est, quia edictum est prohibi- C torium, *l. 4. h. tit. ne quis vocet eum in jus, qui*. Ut igitur vocare liceat, edicti venia opus est, *l. ult. hoc tit.* si sine venia, inquit, edicti impetrata libertus patronum in jus vocaverit. Macrobius 7. lib. *ab auctoritate*, inquit, *vestra, tanquam ab edicto prætoris impetrata venia*, &c. Ad hoc vero edictum inter cætera Paulus adnotavit, quod est in l. 5. hoc tit. *Nec liberos quidem spurios matrem in jus vocare posse sine venia*: matrem dicit, non patrem, *quia*, inquit, *semper certa est mater, etiamsi vulgo conceperit.* Pater vero is est, quem nuptiæ demonstrant. Spurii sunt, aut intelliguntur esse sine patre filii, maxime si ex stupro nati sint, aut puella vulgari, qui dicuntur etiam publici pueri, quia non ut matrem, ita & patrem naturalem certum habent, *l. vulgo, de statu hom. l. 4. unde cognati, l. dives, de capt. & postlim. l. 5. C. de SC. Orfit.* Et eleganter de hujusmodi puero, Calphur- D nius Flaccus, *in quo puero*, inquit, *nescio quid sit indignius, verum patris origo, quod est dubia, an matris, quod certa est.* At spuriis etiam adnumerantur, non quibus natura certus est uterque parens, sed quibus neuter est civilis parens, ut qui ex contubernio nascuntur, quæ conjunctio servilis est, *l. 3. C. solut. matrim. l. 6. C. de suis, & leg. lib. l. 8. Cod. Theod. de liber. caus.* quoniam servi, ut Paulus ait 4. Sentent. neque patrem, neque matrem civilem habere dicuntur. Adnumerantur etiam spuriis, qui ex matrimonio illicito, & injusto nascuntur, *§. si adversus, Instit. de nuptiis*. Et aperte Apulejus 6. Apol. *legitimæ*, inquit, *nuptiæ non sunt: ac per hoc spurius nascetur*. Ex quo intelligitur, neque injustum matrimonium pro concubinatu haberi, quia ex injusto matrimonio spurii nascuntur, ex concubinatu spurii non na- E scuntur. Est enim concubinatus, ut Julianus noster loquitur, imitatio justi matrimonii, & consequenter, qui ex concubinatu nascuntur, etiam civilem patrem, matremque habent. Ex iis etiam intelligimus, matrem esse semper certam, quod Paulus ait esse natura verum, non jure civili: nam ex contubernio, vel ex injusto, & illicito matrimonio jure civili, nec mater intelligitur esse certa. Natura autem patrem esse certum non est semper verum. Certe nonnisi ex matrimonio, vel concubinatu, vel contubernio natura certus est pater, non ex conjunctione vulgari, quin & ex legitimis conjunctionibus utique semper certior est mater, quam pater, quia & partus plerumque multi testes sunt, conceptionis nulli: mater scit certo se esse matrem, pater existimat tantum se esse patrem. Qua de causa filium videmus esse chariorem matri, quam patri, ut Menander ait, his verbis:

> Εστὶν δὲ μήτηρ φίλος τέκνου μᾶλλον.
>
> Et Homerus Odyss. α.
>
> Μήτηρ μέν τ' ἐμέ φησι τοῦ ἔμμεναι, &c.

Eadem ratione dicemus, chariores nobis esse fratres uterinos, quam matre diversos, quod illi certi sint fratres, hi tantum esse existimentur. Libanius in Epist. ad Ulyssem, *raram esse fratrum gratiam matre diversorum*. Unde & Helena apud Homerum fratres suos ex eo potissimum designat, & ab aliis distinguit, quod sint cognati eadem matre, Iliad. γ.

> Αὐτοκασιγνήτω, τώ μοι μία γείνατο μήτηρ.

Et item Hom. Iliad. 21. Lycaon Priami filius, & Laothoe, ne ab Achille interimeretur, & occideretur, quasi Hectoris frater ob interemptum ab Hectore Patroclum Achillis amicum, monet se non esse Hectoris fratrem uterinum.

> Μή με κτεῖν', ἐπεὶ οὐχ ὁμογάστριος Ἕκτορός εἰμι,
>
> Ὅς τοι ἑταῖρον ἔπεφνεν ἐνηέα τε κρατερόν τε.

Nec igitur esse certum fratrem. Quamobrem & jure Atheniensium, de quo sæpe Demost. cum germana ex patre eodem, matre alia connubium fuit, non cum uterina sorore, quia certior est hæc, quam illa, soror uterina. Ad hæc notavit Paulus in *l. 7. hoc tit.* etiam patrem adoptivum in jus vocari non posse sine permissu prætoris, sed hoc interesse, quod notandum, inter patrem naturalem, & adoptivum, quod nec patris naturalis parentes in jus vocare possum sine venia, & injussu prætoris, quia & hi mei parentes sunt. Patris vero adoptivi parentes in jus vocare possum injussu prætoris, quia parentes mei non sunt. Et in edicto prætor non ut patroni, ita parentis parentes vetat in jus vocare, sed parentes suos tantum, *l. 4. h. tit.* Ideo autem patris adoptivi parentes, parentes mei non sunt, quia qui me adoptavit, non fuit in familia, & potestate parentum suorum: alioquin non potuisset me adoptare, quia per adoptionem id agitur, ut quærat sibi filium, quem habeat in potestate. Et qui est in potestate patris sui, non potest filium proprium habere in sua potestate, *l. 21. ad l. Jul. de adult.* Seneca 3. Declam. *ne tricenario quidem filio adoptare licet: neque enim quisquam alium recipere potest in manum suam, qui ipse in aliena manu est.* Quod si adoptator, si pater adoptivus non est in potestate parentum suorum, igitur nec agnatus iis est: is, qui non est suus, nec agnatus est igitur, *l. de bonis 6. §. 1. de Carbon. ed. l. scripto, unde liberi.* Et is, qui adoptatur, iis tantum parentibus cognatus fit, quibus adoptator agnatus est: iis, quibus adoptator cognatus tantum, non agnatus est, qui adoptatur, neque cognatus, neque agnatus est. Adoptio jus agnationis non cognationis adfert, *l. qui adoptivum, de adopt. l. 7. & 50. §. si filius, h. t. l. ult. in fin. de bon. poss. cont. tab.* Et hæc est ratio ejus, quod proposuit Paulus in *d. l. 7.* ubi adoptivum quoque patrem, dicit, non matrem, quia regulariter matris nullus filius adoptivus, nulla mater adoptiva, *ἀπὸ μητρὸς οὐδεὶς ἐκποιητός*: mulieres nulla munera civilia, aut publica obire debent, apud Isæum. Præterea notavit idem Paulus in *l. 9.* quod est in edicto prætoris de patrono, *ne quis eum in jus vocet sine jussu prætoris*, id accipiendum esse, non de eo tantum, qui ex servitute aliquem sua sponte, & gratuito ad libertatem perduxit, sed etiam de eo, qui debitam præstitit libertatem, veluti ex causa fideicommissi: nam etsi possit in jus vocari, qui debet fideicommissariam libertatem ad prætorem fideicommissarium, ut eam præstet, *l. vix, de judic. l. de libertate, de fideicommiss. libert.* tamen post manumissionem impune in jus vocari non potest, *d. l. 9. & l. 24. de excus. tut.* nam & huic patrono debetur reverentia, qui non gratuitam, sed debitam præstitit libertatem, tametsi nullum videatur beneficium contulisse, qui servum fecit liberum ex necessitate, non ex arbitrio, *l. si servo fideicommissar. de hered. instit. l. proxime, de ritu nupt.* nam non est beneficium, quod quis dedit, cum ei non liceret non dare, *l. unum ex fam. §. 1. de leg. 2.* Et nihilominus huic quoque manumissori, qui ex necessitate manumisit, præstanda est eadem reverentia, ne temere in jus vocetur.

Ad

A Ad L. XI. eod. *Quamvis non adjiciat prætor, causa cognita se pœnale judicium daturum: tamen Labeo ait, moderandam jurisdictionem, veluti si pœniteat libertum, & actionem remittat, vel si patronus vocatus non venerit, aut si non invitus vocatus sit, licet edicti verba non patiantur.*

SEquitur ex eodem Pauli libro *l. 11.* prætorem in edicto quidem destricte polliceri, se daturum pœnalem actionem, & indistincte in eum, qui parentem, aut patronum in jus vocaverit injussu suo, nec addere, causa cognita, puta se eam actionem daturum causa cognita, sed moderandam tamen esse jurisdictionem, id est, interpretatione moderandum esse edictum prætoris, ut *l. 2. C. de pignor. act.* & si creditor, cui specialiter quædam, imo generaliter universa bona pignerata sunt, edicto prætoris æquale jus habeat B in omnibus, & ut ipso jure possit ex rebus sibi generaliter & specialiter pigneratis, quas velit eligere, & persequi actione hypothecaria indistincte, jurisdictionem ita esse temperandam, ut si possit suum jus ex rebus specialiter pigneratis servare, abstineat à cæteris bonis. Causæ autem nonnullæ sunt, quibus is, qui parentem, vel patronum in jus vocarit injussu prætoris, absolvi debeat edicti pœna pecuniaria, vel pœnali, ut si filium, aut libertum pœniteat, si remittat actionem, si desistat ab incœpto, pœnitentia nocens esse desinit; perfectum delictum purgat pœna, imperfectum pœnitentia in *l. qui cum major natu, §. accusasse, de bon. liber.* in *l. qui falsam, ad l. Cornel. de fals.* Item si libertus patronum volentem in jus vocaverit, vel etiam si invitum vocarit tantum, non etiam duxerit, aut rapuerit, æquum est, ei remitti pœnam edicti, quæ est sententia C legis 11. hoc tit.

Ad L. CVIII. de Reg. jur. *Fere in omnibus pœnalibus judiciis, & ætati, & imprudentiæ succurritur.*

POrro huic edicto, atque etiam cæteris, quæ sunt de in jus vocando coaptari debet *lex* 108. *de reg. jur.* quæ est ex hoc lib. 4. *Fere*, inquit, *in omnibus pœnalibus judiciis, & ætati, & imprudentiæ succurritur*: ætati, puta, adolescentiæ: imprudentiæ, id est, rusticitati. Pœnale judicium est, si quis album prætoris corruperit: in eo judicio rusticitati succurritur, *l. 7. de jurisd.* pœnale judicium est, si quis in jus vocatus non ierit, in hoc quoque judicio rusticitati succurritur, *l. 2. si quis in jus*, quia minoribus ætate, & rusticis jus civile ignorare permissum est. Pœnale item judicium D est, si quis parentem, aut patronum temere in jus vocarit, vel duxerit, verum in hoc judicio rusticitati non succurritur. Et ideo addit Paulus *fere*, *l. 2. C. de in jus voc.* quia reverentia, quæ his personis debetur, jure naturali debetur, cujus ne rustici quidem ignari sint: est enim juris naturalis cognitio diffusa in omnes. Extrema clausula erit de actione pœnali ex edicto, *ne quis eum, qui in jus voc. &c.* de qua Paulus in hoc libro in *l. 2. & 4. h. t.* ubi docet locum habere illius edicti pœnam, si vi exempta sit persona, quæ in jus vocari potuit, aut debuit, non si parens, aut patronus, quia si deliquit is, qui patrem, vel patronum in jus temere vocat, vel trahit; non delinquit igitur, qui eum trahenti vi eximit, & aufert: vel si uterque deliquit, ut Paulus argumentatur, quod potest tentari, quia uterque contra edictum facit, & qui parentem in jus vocat, & qui vi eximit: par E tamen est delictum, & ideo quasi in pari delicto onerari potius petitor debet, qui est filius, vel libertus, quam alter, qui vi exemit, juxta *l. cum par, de regul. jur.* Cessare etiam docet hujus edicti pœnam, si quis vi eximit eum, qui alio, quam quo debuerat, in jus vocabatur, & quidem multo magis, cum non potuit ibi in jus conveniri. Fac fuisse forum incompetens, vel locum inhonestum, & non idoneum, quo salvo more majorum, salva majestate prætor jus dicere non posset, justa est, & impunita exemptionis causa.

Ad L. IV. Ne quis eum, qui in jus vocatus, &c. *Sed eximendi verbum generale est, ut Pomponius ait. Eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere, quoquo* A *modo auferre: ut puta si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quo minus in jus veniret, ut actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur: videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit. Sed & si eo loci retinuerit, non abduxit: his verbis tenetur.*

Ad §. Item si quis *eum, qui per calumniam vocabatur, exemerit, constat cum hoc edicto teneri.*

Ad §. Prætor ait, neve faciat dolo malo, quo magis eximeretur. *Nam potest sine dolo malo id fieri: veluti cum justa causa est exemptionis.*

AC postremo docet Paulus in *l. 4.* prætores in hoc edicto usos fuisse alias *eximendi* verbo, alias *eripiendi*, & latius patet *eximendi* verbum, quam *eripiendi*, quia *eripere*, est de manibus tantum auferre per raptum: *eximere* B quoquo modo auferre, ut puta si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit eunti in jus, ut interim dies actionis, quæ erat temporalis, exiret, vel ut res, de qua erat controversia, interim deperiret, qui etiam ex hoc edicto tenetur pœnali actione, quamvis reum non tractum aliter vi exemerit: abstulerit, alio abduxerit, sed eo loci detinuerit, ne ultra progrederetur: nec mutari, si per calumniam in jus vocatum exemerit, nam & hunc teneri pœnali judicio, itemque eum, qui dolo malo fecit, quo alius eximeretur.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. V. PAULI AD EDICTUM.

C *RECITATIONES SOLEMNES.*

Ad L. IV. de Postul. *Item quibus propter infirmitatem curatorem Prætor dare solet.*

Ad Ll. V. VII. IX. XII. & XIV. de his, qui notantur in fam.

LIBRO V. scripsit de iis, quibus per edictum postulare non licet: hi sunt infames, quorum integra existimatio non est, qui tamen non prohibentur in totum postulare, ut pueri, & surdi, quos edicto prætor excuriavit, sic videtur legendum apud Ulp. *l. 1. §. initium, de postul.* excuriavit, quo etiam verbo usus est Varro, non excusavit, quia nec volentibus pueris, aut surdis jus postulandi est pro se, vel pro aliis. At D infames pro se, & certis personis postulare possunt, veluti pro parente, patrono, liberis, parentibusve patroni, pro liberis suis, pro fratre, sorore, uxore, socero, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno. Hæ sunt certæ personæ, pro quibus infames postulare possunt. Quibus etiam addamus, & eos posse postulare pro pupillo, cujus tutelam administrant: neque enim infames à tutelæ munere repelluntur, & similiter posse postulare pro eo, cujus curatio eis data est, veluti pro adolescente, pro furioso, muto, surdo, prodigo, fatuo: nam his omnibus curatores dari solent, & qui dati sunt iis, postulare pro eis possunt, etiamsi notati sint infamia, *l. 3. de postul.* Quibus adjecit etiam Paulus in *l. 4. eod. tit.* quæ prima se offert ex hoc lib. 5. eos, quibus propter infirmitatem curatorem prætor dare solet, id est, debiles ex morbo, quo levati sunt pronuper, ut in E *l. dabimusque in fin. de reb. auct. jud. pos.* debilibus curatorem dari. Infirmitas plerunque morbo diuturnior est. Ad hæc recensuit Paulus hoc ipso libro, quosdam ex iis, quibus ex edicto prætoris irrogatur infamia, ac primum quidem iis, qui famoso judicio suo nomine damnati sunt: suo, inquam, nomine, nam alieno nomine damnati famoso judicio, non notantur infamia, ut procurator, defensor, tutor, curator, qui conventus est amici absentis nomine, vel pupilli sui nomine, vel adolescentis, vel heres, qui conventus est nomine defuncti, sive nomine hereditario, non ex sua persona, *l. furti, §. si quis alieno, de iis, qui not. infam.* quod & in hoc lib. 5. Paulus comprobavit in *l. 14. eod.* Finge: dominus servi nomine furti, aut vi bonorum raptorum noxale judicium accepit, eoque pendente servum

tella-

testamento liberum, & heredem fecit, & mox vita decessit, A ab eo judicium transfertur in servum testamento manumissum, & heredem institutum, qui tamen, si eodem judicio condemnetur, non laborat infamia, quia non suo nomine, sed defuncti, sive hereditario nomine condemnatur, quippe cum lis in eum contestata non fuerit, nec in eum contestari potuit, sed in dominum. Ex qua ratione Paulus in *d. l.14.* non damnari suo nomine eum, qui delictum admisit, si in eum lis non contestata fuerit, nec damnari posse, nisi alieno nomine ex ejus delicti causa, quod ipse admisit, si lis in ipsum non fuerit contestata, nec tamen hanc rationem in contrarium recurrere, ut scilicet, in quem lis contestata est, si alieno nomine contestata sit, puta servi nomine, noxali judicio in dominum, vel quo alio judicio amici absentis nomine, ut in procuratorem; ut in eum, inquam, in quem lis contestata est alieno nomi- B ne, condemnatio fiat suo nomine. Hoc neque dicendum, neque opinandum est: damnatur enim is, in quem lis contestata est alieno nomine, non suo, sed æque alieno nomine, & neque tamen ipse fit infamis, si judicium famosum fuerit, quia, ut dixi, non suo nomine damnatur, neque is, cujus nomine damnatur, quia in eum lis contestata non est, *d. §. si quis alieno.* Ut ergo damnatus famoso judicio fiat infamis, duo requiruntur, ut ipsemet suo nomine damnetur, æque ut in eum lis suo nomine contestata sit. Et observa, quod ait *d. lex 14.* ex eodem judicio damnatum fuisse servum liberum, & heredem institutum à domino, qui acceperat judicium noxale furti, servi nomine, ex eodem judicio noxali, quod institutum fuerat adversus dominum servus condemnatur non suo nomine, sed domini defuncti nomine. Bene, ex eodem judicio, nam C si non eodem judicio, sed diverso & novo judicio, is, cui furtum factum est experiri velit in manumissum, ut potest, *l.15. de noxal. action. §. omnis, Instit. eodem*, quia noxa caput sequitur, tum plane suo nomine damnabitur, & fiet infamis. Ad hæc quæri potest, an sicut damnatus suo nomine famoso judicio infamis fit, ita & infamis fiat, qui paciscitur cum actore, & pecunia data se periculo liberat? Et sciendum est, turpia famosaque judicia alia proficisci ex delicto, ut furti, vi bon. raptorum, injuriarum, de dolo malo, *l. 1. l. 4. §. ult. hoc tit.* & adde, servi corrupti, *l. nec quicquam 56. pro socio*. Alia vero proficisci ex contractu, vel quasi ex contractu, ut mandati, depositi, tutelæ, pro socio. Et in judiciis quidem famosis, quæ ex delicto proficiscuntur, non tantum, qui damnatus est, sed & qui turpiter depectus est dato, vel modico pretio, notatur infamia, D *l.1. h. t. l. 18. C. eod. t.* Quia ut ait Paulus in *l. 5. h. t.* quæ ex eod. lib. *qui paciscitur, crimen confiteri intelligitur*: ne dicas tamen crimen in jure confiteri intelligi: quia si pactio pro confessione est, & pactio fit extra jus, ut fit: consequens est, confessionem illam extra jus factam intelligi: non ergo qui depectus est notatur infamia, & in verbo *depectus* inest turpitudo, sive significatur pacti turpitudo: neque enim, qui honeste paciscitur, depecisci dicitur. Dico igitur, non notari infamia eum, qui depectus est, quod non pro damnato habeatur, quia ea tantum confessio pro damnatione habetur, quæ fit in jure, *l. 1. §. quid si in lite, si quid in fraudem patroni, l. post rem, de re judic. l. quidam, de donat. l. 4. §. pen. ad l. Jul. Majest. l. 4. C. de repud. hered. & Nov. 90.* Sed eum, qui conventus famoso judicio ea de re cum actore depectus est, dicimus notari infamia sim- E pliciter, quod pro confesso habeatur, qui corrupit actorem, non quod pro damnato habeatur, quia non intelligitur in jure esse confessus. Et male igitur Acc. in *l. 5.* hæc duo esse paria, confiteri in jure, & pacisci extra jus. At idem bene, furem, qui rem furtivam restituit, quamvis & id fateri intelligatur, non ideo esse famosum, quia qui paciscitur, & se pecunia data redimit, turpiter facit: is, qui pœnitentia actus rem subreptam restituit, nihil turpiter facit, imo egit in ea re perquam honeste, & sancte, nec tamen re furtiva restituta, ideo minus conveniri potest furti actione, & damnatione fieri famosus: sive damnatione aut depectione famosus fit, non restitutione sola, nisi forte deprehensus fuerit, & coactus rem restituere. Restitutio sola nullam irrogat pœnam, sed nec pœna liberat, *l. qui ea mente, de furt. l. pen. vi bo. rapt. l. 41. C. Theod. de hæretic.* pœna, inquit, purgatur crimen perfectum, non pœnitentia. Senec. 4. declam. *Tenetur*, inquit, *qui vulneravit aliquem, licet vulnus sanaverit, qui subripuit aliquid, licet deprehensus reddiderit.* Et hæc de judiciis famosis, quæ ex delicto proficiscuntur, ex quorum causa, ut dixi, non tantum damnatus, sed & depectus notatur infamia. In judiciis autem, quæ ex contractu proficiscuntur, tametsi damnati notentur infamia, pacti tamen non notantur, *l. 7. h. t.* quæ est ex eod. lib. Paul. Et ratio varietatis hæc est, quia ex his causis, quæ veniunt ex contractu, non tam turpis est pactio, quam ex superioribus. Et ut est *in Inst. §. pen. de pœn. tem. litig.* plurimum interest, utrum quis ex delicto, an ex contractu debitor sit. Cum hoc enim mitius, quam cum illo agi æquum, & bonum est. Hæc differentia turpium judiciorum etiam in edicto notatur his verbis, *qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo, & fraude suo nomine damnatus pactusve erit*, &c. Sequitur, *qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine, non contrario judicio damnatus erit*, *l. 1. D. de his, qui not.* Non repetit hoc loco *pactusve*, quia ex his causis, qui pactus est; etiamsi pretium numeraverit, non notatur infamia. His adjecit Paulus, etiam infames esse mulieres, quæ non elugent maritum tempore legitimo, ut *l. 2. C. de secun. nupt.* non quæ non elugent sponsos, *l. 9. hoc tit.* quæ est ex eodem lib. Paul. Sponsi, inquit, nullus luctus est. Basilica, *ut tollatur omnis ambiguitas, ἡ μνηστὴ οὐ πενθεῖ τὸν μνηστῆρα. sponsa non luget sponsum: uxor luget maritum, non sponsa sponsum.* Uxoris quoque, ut ait Paulus in eadem l. 9. nul- C lus luctus est, maritus non luget uxorem. Cur sponsi nullus sit luctus, non est ea ratio, quam adfert Accursius in hac l. quod in sponsa non vereamur turbationem sanguinis, quæ nunquam fuit cum viro. Nam etsi *l. 11. hoc. tit. §. 1.* dicat solere viros elugeri propter turbationem sanguinis, ne fiat scilicet dubius sanguis, & genus incertum post mortem viri prioris, re habita cum alio, antequam exierint 10. menses, vel annus integer, ut hodie obtinet, διὰ τῆς γονῆς ἀδηλίαν, ut ait *l. 52. C. de Epis. & Cler.* hæc ratio mihi non probatur, quia non in eo tantum consistit luctus mulieris, quem debet defuncto marito præstare, ut vidua permaneat annum, ut abstineat secundis nuptiis, sed etiam, ut Paulus ait *5. sent.* ut abstineat conviviis, ornamentis, & purpura, & alba veste. Et hic vero honor præcipue debe- D tur maritis, non sponsis. Nec æquum est eundem honorem exhiberi sponsis, quem maritis, neque vivis, neque mortuis, & marito etiamsi nunquam fuerit cum uxore, puta si, ut Accursius in hac l. 9. ait, uxorem duxerit per verba de præsenti, quia nudus consensus nuptias facit, non concubitus, qui modo exprimatur his omnino verbis? *Accipis me? accipio*, aut similibus, id est, eandem vim obtinentibus, ut in *cap. 9. & cap. pen. extra de sponsal.* verbis solemnibus, & legitimis, precipue illis *accipis; accipio:* nec desunt, qui velint addi his verbis *accipis? accipio te*, per verba de præsenti nominatim. Qua in re tamen cujusque ecclesiæ consuetudo observanda est. Denique nuptiæ non fiunt quibuscunque verbis præsentis temporis: non iis, *vis me, volo*, quibus nec sponsalia contracta intelliguntur, *d. c. pen. cap. 3. & 4. de sponsa duorum*. Qua de re etiam omnium optime Durandus, Magister sententiarum, E & Thomas in Summa, quorum sententia, & opinio omnium consensum meretur, & notanda diligenter, quia dirimit multas controversias, quæ quotidie occurrunt. Adjecit etiam Paulus, notari infamia eum, qui viduam duxit intra tempus luctus, nisi eam duxerit jussu patris, in cujus potestate est: hic enim venia dignus est, qui patri obtemperavit in leviore delicto: si atrox esset delictum, venia indignus esset, quia mortem subire potius debet, quam atrox delictum jubente patre committere: at, qui leve admisit jubente patre, in cujus potestate est, venia dignus est, *l. 11. §. ult. hoc tit.* Igitur venia dignus est filiusfamil. qui jubente patre viduam duxit intra tempus luctus, nec incidit in pœnam, si postea liberatus patria potestate, eam retinuerit, qui scilicet in pœnam non incidit ab initio con-

contrahendi matrimonii, nec ex post facto incidit. Et hæc A est sententia legis 12. *hoc tit.* quæ est ex eodem libro Pauli. His adjecit notari quoque patrem, qui patitur filiumfamilias ducere viduam intra tempus luctus, *l.* 11. *§. ult.* Et simili modo notari eum, qui eodem tempore bina sponsalia, binasve nuptias constitutas habet, aut ex sententia edicti, qui nuptias, & sponsalia, *l.* 13. *§. item si alteri, hoc tit.* qui, inquam, bina sponsalia, binasve nuptias eodem tempore constitutas habet, suo nomine, vel etiam filii nomine, quem habet in potestate sua. Quo pertinet *l.* 13. *inf. de sponsal.* quæ est ex eod. libro, & ait, *filiofam. dissentiente sponsalia fieri non posse*. Adjecit notari etiam patrem, qui patitur filiumfamil. bina sponsalia constituta habere: quia ipse videtur ea constituisse, filiifam. nomine. Sicut, qui patitur filiumfam. aut servum hominem occidere, ipse occidisse intelligitur, *l.* 2. *in princ. de noxal. act.* Et pati videtur, B qui quum prohibere potest, non prohibet, qui cum prohibere potest filiumfam. ne viduam ducat intra tempus luctus, vel ne bina sponsalia constituta habeat, eum non prohibet: nam qui quum prohibere non potest, non prohibet, filiumfam. nullum crimen patitur admitti. Et ita accipienda *l.* 109. de reg. jur. quæ est ex eod. lib.

Ad L.CIX. de Reg. jur. *Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, quum prohibere non potest.*

NUllum crimen patitur, id est, nullum crimen intelligitur pati filiumfam. admittere, qui cum prohibere non potest, ne scilicet viduam ducat intra tempus luctus, non prohibet, vel ne bina sponsalia contrahat, non prohibet. Et ita vulgo legitur in hac *l. nullum crimen pati-* C *tur, qui quum prohibere non potest, non prohibet*. Quam scripturam esse veram comprobat connexio superiorum legum, ad quas nemo negabit & illam regulam juris esse accommodandam. Et tamen in Florent. & Basil. semper legitur affirmative, *nullum crimen patitur, qui prohibet tum prohibere non potest*. Quam scripturam docuit Bulgarus defendi posse non male, si referatur ad extraneum, non ad patrem, hoc sensu, ut nullum crimen patiatur, aut pati intelligatur extraneus, qui non prohibet, qui non propulsat injuriam, quam quis alteri infert. Quod non est per omnia verum, *l. Cornelia, ad leg. Cornel. de fals.* ubi aperte definitur, eum, qui non prohibet adulterinos nummos flari, quum prohibere potest, teneri lege Cornelia. Itaque tutius est, sequi vulgarem scripturam, quam & omnino connexio superiorum legum evincit esse veram, *nullum crimen pati-* D *tur, qui quum prohibere non potest, non prohibet*.

JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. VI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XVI. Qui satisd. cogant. *Qui jurato promisit judicio sisti, non videtur pejerasse, si ex concessa causa hoc deseruerit.*

Ad L. XV. de Jurejur. *Ad personas egregias, eosque qui va-* E *letudine impediuntur, domum mitti oportet ad jurandum.*

LIBRO VI. ad edictum Paulus scripsit de cautione judicio sisti, qua ex edicto prætoris dominus, vel bonæ, aut malæ fidei possessor, qui convenitur actione noxali, ut *l. non solum* 1. *de noxal. action.* qui convenitur, inquam, actione noxali servi nomine, promittit servum in eadem causa sisti, & exhiberi litis contestandæ tempore, ut vel noxæ dedatur, vel supplicium de eo sumatur extra ordinem, vel pro eo solvatur æstimatio damni. Et est ea quidem cautio, sicut & qualibet alia cautio judicio sisti, vel satisdatio, vel nuda repromissio, vel *ἐξωμοσία*, id est, juratoria cautio pro qualitate ejus, qui convenitur, *l.* 1. *inf. de ripa munienda, §. sed hodie hæc, Instit. de satisdat.* Egenus cavet judicio sisti datis fidejussoribus, quæ satisdatio dicitur, nisi in dignitate aliqua positus sit: hic enim suæ promissioni juratæ committitur. Hoc obtinuit semper, & obtinet hodie ex novissimis constitutionibus, *l.* 12. *C. de prox. sac. scrinior. lib.* 12. Locuples, id est, immobilium rerum possessor, repromissioni nudæ committitur sine jurejurando, & sine fidejussoribus, ut *l. pen. qui satisd. cog.* in quo titulo etiam l. ult. notavit Paulus primum, ex hoc lib. 6. eum, qui juratoriam cautionem præstitit, qui jurato, non satisdato promisit, servum, pro quo noxalis actio alicui competit, in eadem causa judicio sisti, non videri pejerasse, si ex justa causa deseruerit promissionem judicio sistendi causa factam. Fac valetudinem servi obstitisse, quo minus eum exhiberet, vel retentum fuisse servum à magistratu. Et ideo hoc casu, cum dominio B non recte agitur ex promissione, ex stipulatione, quod juratam promissionem deseruerit, & contempserit. Deserere promissionem est verbum in hac causa proprium *l.* 4. *§. quæsitum, si quis caution.* Deserta, inquit, promissione judicio sistendi causa facta. Ubi Alciatus quum legit *diserta*, nescio quid in animo habuerit. Et similiter in *l.* 5. *§.* 1. *eod. tit.* quo loco agit de pœna desertionis in stipulatum deductæ, si quis ad diem se, vel eum, pro quo promisit, non exhiberet in judicio. Ita quoque deserere vadimonium dicimus. Præterea si is, quo cum agitur noxali judicio, neget se servum in sua potestate habere, id est, se copiam habere ejus exhibendi, ut si dicat, servum esse in fuga, vel peregre, si hoc elegerit actor, jurare debet in sua potestate servum non esse, neque se dolo fecisse, quo minus esset, atque ita evitabit æstimationem litis, sive damni, sive noxiæ, quam C servus commisit, & exonerabitur præstatione cautionis, judicio sisti, *l. quotiens, §. prætor, l. si servus depositus, §. ult. de noxal. act.* Quam in rem crediderim Paulum adnotasse hoc ipso libro, quod est in *l.* 15. *de jurejur.* si dominus, qui convenitur noxali judicio, sit dignitate aliqua præditus, & neget servum, cujus nomine convenitur, esse in sua potestate; si hoc elegerit actor domum ejus ad jurandum esse mittendum, nec jurandi causa eum esse compellendum in jus venire: ad personas, inquit, egregias, eosque, qui valetudine impediuntur domum mitti oportet ad jurandum. Et ita apud Cornel. Tac. 2. Annal. *ad Vrgulaniam egregiam fœminam, quam amicitia Augustæ mirum in modum extulerat, missum esse prætorem, qui testem eam in causa quadam domi interrogaret*. Ad personas, inquit, egregias, multo magis ad clarissimas, vel illustres. Alii erant in urbe egregii, D alii clarissimi. Lactant. 5. Instit. *Nemo*, inquit, *egregius, nisi qui bonus, & innocens fuerit: nemo clarissimus, nisi opera misericordiæ largiter, & æqualiter perfecerit*. Et subjungit, *nemo perfectissimus*, nam & alii erant perfectissimi, de quibus habemus *tit. in C. de perfectissimatus dignitate*. Et sane ad eos, qui valetudine impediuntur, domum oportet mitti ad jurandum, *Vt*, inquit, in hac *l.* 15. *Paulus, ad personas egregias, eosque, qui valetudine impediuntur*.

Ad L.II. Si ex nox. caus. *Sed alio jure utimur. Nam ex præcedentibus causis non liberatur noxæ deditus, perinde enim noxa caput sequitur, ac si venisset.*

Ad §. Si absens sit servus, *pro quo noxalis actio alicui competit, si quidem dominus non negat in sua potestate esse: compellendum putat Vindius, vel judicio eum sisti promittere, vel judicium accipere, aut si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum: sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum judicium sine noxæ deditione. Idque Julian. scribit, & si dolo fecerit, quo minus esset in ejus potestate. Sed si servus præsens est, dominus abest; nec quisquam servum defendit, ducendus erit jussu prætoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius, & Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat. Ergo & actori actio restituenda est perempta, eo quod ductus servus in bonis ejus esse cœpit.*

HÆC lex est ex eod. lib. Pauli, in qua adjicit Paulus, non liberari dominum conventum noxali actione,

si post

si post præstitam cautionem, judicio, servum in eadem A causa sisti, antequam lite contestata noxale judicium acceperit, noxale judicium ex præcedenti noxa servi, non liberari dominum, si eum alii vendidit, sed teneri actori in æstimationem damni in solidum, quia sua culpa sibi ademit noxæ dedendi servi facultatem, vendendo eum, *l. quemadmodum*, *de noxal. act.* Item si dominus servum alii ex posteriore noxa noxæ dediderit, hoc facto non liberari servum quo minus noxæ dedatur ob priorem noxam, si pro eo non offeratur æstimatio damni: nec perimi actori prioris noxæ actionem, imo noxalem actionem caput sequi, & agi cum eo posse noxali actione, cui primum servus noxæ deditus est, sicut & cum eo, cui venditus est. Et hanc sententiam esse usu receptam Paulus ait initio leg. secundæ, nec obtinuisse Ofilii Jurisconsulti opinionem, quæ refertur in *l.1. in fin. eod. tit.* Qui noxæ B deditione facta uni, qui occupasset agere noxali actione, noxali judicio, existimabat cæteris perimi noxalem actionem, tametsi eorum causa vetustior esset, & ideo non videri in eadem causa sisti servum, qui post cautionem interpositam noxæ alii deditus est, id est, quasi actione perempta cæterorum, quasi servo liberato à cæteris. Verius enim est propterea actionem cæterorum non esse peremptam, ac proinde servum in eadem causa statum videri, qui sistitur, aut qui status est post noxæ deditionem alteri factam prematurius.

AD §. 1. *Si absens*. Ait multum interesse, quum agitur noxali actione, utrum servus, qui noxiam commisit, præsens sit, an absens. Nam si absens sit, & dominus fateatur, eum esse in sua potestate, quamvis hoc verum non C sit, cogitur eum judicio sisti promittere ad diem certum, & condicto die judicio sistere, & exhibere; aut debet si nolit cavere, absentem defendere, accepto noxali judicio, ut *l. si servus depositi*, *§. pen. de nox. actio.* aut si nolit eum defendere, si nolit accipere noxale judicium, cavere debet, se eum servum quum primum poterit exhibiturum. Quod si non caverit, damnatur in litis æstimationem in solidum, perinde atque si præsentem noxæ dedere noluisset, *d. §. pen.* quod & proponitur *in hoc §. primo.* Et hoc, si dominus fateatur se habere servum in potestate: sin autem falso neget, se habere servum in potestate, & mendacii arguatur, actore probante servum esse in ejus potestate; aut ut Julianus in ordinando edicto adjecit, dolo malo ejus factum esse, quo minus in ejus potestate esset, quod perinde est, ac si in ejus potestate esset, quia dolus pro possessione habetur: actore D igitur probante, dolo malo ejus factum esse, quo minus servus in ejus potestate esset, puta, eum servum fugæ mandasse, tum dominus cogitur suo nomine judicium accipere in solidum, detracta noxæ deditione, & sufferre integram æstimationem litis, sive damni, *nisi* (nam & ita hic locus accipiendus est, & interpretandus) *actor conventus sit jurejurando ejus, affirmantis servum in sua potestate non esse, neque dolo fecisse quo minus esset*, quo plerunque actor conventus esse cogitur deficientibus probationibus, quibus doceat reum esse mentitum, quod ait in hac l.2. Idque Julianus scribit, *etsi dolo malo fecerit, quo minus in ejus esset potestate.* Id, inquam, accipiendum esse, id Julianus adjecit edicto, cum ordinaret edictum perpetuum, quod egregium factum Juliano tribuitur, ut in eo ordinando, & de suo novas clausulas, nova edicta adderet, *l. qui duos*, *de* E *conjung. cum emancip. lib.* In eo ergo lib. Julian. scripsit, id est, adjecit edicto. Nam hic locus tribuitur, & accommodatur aliis locis: & quod dicitur, *Julianus scribit*, *&c.* Julianus ait, eum dominum, qui falso negat servum in sua potestate esse, sive dolo malo ejus factum esse, quo minus esset, eum judicium suscepturum sine noxæ deditione, id est, in solidum, videlicet, si actori jusjurandum non satisfaciat: ex eo apparet, illud judicium, quod suscipere cogitur, non esse noxale judicium, quia in solidum competit in æstimationem damni, detracta noxæ deditione, aut noxæ deditionis facultate: noxale judicium civile judicium est. Illud vero judicium, quod datur in solidum adversus dominum, qui falso negat servum esse in sua potestate, quive dolo malo fecit, quo minus esset, prætorium est, non civile, *l. electio*, *§. item si ex pluribus*, *l. plurimum*, *de nox. act. l.18. de interrog. in jur. fac.* Et ideo, quod notandum, in *l. de illo*, *de nox. action.* perperam ita scriptum est, *utrum adversus eum tantum, qui dolo fecit, quo minus servum in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo ejus acciderit, ut cesset noxalis actio*. Apparet in priore loco esse circumscribendum verbum *noxalis*, & vel nullum aliud reponendum, aut si aliud reponendum sit, certe reponendum est verbum *prætoria*, vel *honoraria*: an actio locum habeat prætoria, vel honoraria, quæ datur in eum, qui dolo fecit, quo minus servum haberet in potestate, in solidum scilicet sine noxæ deditione. Nam aperte illo loco scribit, *cessare noxalem*: nihil est evidentius. Et hæc de servo absente. Sin autem præsens sit servus, de quo noxalis actio est, rursus distinguendum est: aut æque præsens dominus est, aut absens. Si dominus abest, quod proponitur etiam in hoc §. 1. nec quisquam servum defendat, servus ab actore ducendus est jussu prætoris: quo genere ejus servi dominium nanciscitur, non quidem ex jussu prætoris, qui dominum facere non potest, sed ex *l. 12. tabul.* quæ videlicet noxæ deditum, ita ductum jussu prætoris actoris fieri jubet. Et consequenter dominii acquisitione perimitur actio noxalis, quam actor habuit, cui servus furtum fecerat, vel damnum dederat: sed causa cognita domino reverso restituitur defensio servi, facultas defendendi servi, ne ei absentia sua noceat, si abfuerit bona fide: & vicissim actori restituitur actio noxalis, quæ extincta fuerat dominii adquisitione, *l. electio*, *§. ult. & l. in noxalibus 38. de nox. act.* omnis restitutio in integrum debet esse reciproca, *l. quod si minor*, *§. restitutio*, *de minor.* Si restituitur emptor, & venditor quoque restitui debet: si restituitur dominus defensioni, & is restitui debet, qui duxit servum actione, vel judicio noxali. Sed si præsens dominus fuerit simul, ac servus, & indefensum servum reliquerit, & duxerit servum actor jussu prætoris, non est postea domino defensio restituenda, nisi ex magna causa, ut si propter inopiam non potuit implere defensionem, non potuit implere satisdationes judiciarias, atque ideo coactus est defensionem omittere, *l.2. de custod. reor.* Et hæc est sententia hujus l. in quo proposito eod. libro Paulus adscripsit, quod est in *l.6. de procur.*

Ad L. VI. de Procur. *Et qui in foro, & qui in urbe, & in continentibus ædificiis.*

IN hac l. Paulus ait, præsentem haberi eum, qui est in foro, vel qui est in urbe, id est, quacumque parte urbis, vel qui est, inquit, in continentibus ædificiis, qui non in urbe quidem, sed Romæ esse dicitur, recte: quia Romæ appellatio etiam continentia ædificia complectitur, non etiam urbis appellatio. Idemque de continentibus ædificiis in *l.5. hoc tit.* scribit Ulpianus, atque etiam idem Ulpianus 7. ad edictum hac ipsa de re tractavit, qua de Paulus 6. Idem, inquam Ulpianus significavit, qui scripsit præsentem haberi eum, qui in hortis est: nam hortos intelligit, qui sunt in continentibus ædificiis, ἐσωθεν τῶ χλίματος, ut Græci interpretes addunt, id est, intra consептum Romæ, non extra consептum, non extra continentia urbis. Et ideo, ut idem Ulpianus ait in *l.7. hoc tit.* procurator ejus, qui est in hortis urbi proximis, procurator præsentis esse videtur; ut similiter dominus defensor præsenti servo adesse videtur, si servus in hortis fuerit. Multum autem, quod ad procuratorem attinet interest, utrum quis sit procurator præsentis, an absentis. Nam procurator præsentis cavet judicatum solvi tantum, vel dominus pro eo, *l. si ad defend. judic. solvi.* Procurator autem absentis cavet non tantum judicatum solvi, sed etiam rem ratam haberi, *l. mutus*, *§. is, qui*, *hoc tit.* Alias autem, id est, in aliis partibus juris, non eodem modo accipitur, ut Accursius recte notavit in l.5. præsens, & absens intelligitur, ut in *tit. de damn. infect.* præsens non habetur, qui est in urbe, vel in continentibus ædificiis, vel in foro, sed qui est in jure, id est, ad tribunal prætoris, *l.4. §. prætor*, *de damn. infect.* vel qui

qui est in campo Martio: ubi comitia habentur: vel quum dicimus, absentem consulem creari, cum intelligimus, qui est in urbe, sed non in campo Martio.

Ad L.XVII. de Auct. & conf. tut. *Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum prætor cogere. Primum, quis iniquum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum præstare: deinde etsi expedit, tutelæ judicio pupillus hanc jacturam consequitur.*

LOcuti sumus de servo absente, vel præsente, pro quo in dominum noxalis actio competit, & de distinctione domini præsentis, & absentis, videtur non incommode coaptari, quæ est ex eodem libro, *l.17. de auct. tut.* Ita scilicet, ut pupillus non videatur præsens esse, quum agitur de defendendo servo, de quo noxal. actio est, si tutorem auctorem non habeat, ut *l.10. quibus ex caus. in possess. eatur.* At pro præsente habetur, si tutor præsens fuerit, & auctor pupillo, *l.9. §. pen. de auct. tut.* tutor, inquit, præsens auctor fieri debet, ut in *l.16. eod. tit.* præsentem tutorem pro absente haberi, si ignorat quid pupillus agat, quidve cum pupillo agatur. Ad quod Paulus adnotavit in *d. l.17.* pupillo suscipienti noxale judicium, vel quodcunque aliud gerenti negotium, tutorem, ut præsens auctor fiat, à prætore compelli non posse; quia, inquit, iniquum est, si non expediat, tutorem pupillo auctoritatem præstare: deinde si expediat, nec tamen is sit auctor pupillo, nihil damni pupillus facit, quia pupillus hanc jacturam tutelæ judicio consequitur. Utitur Paulus in *d. l. 17.* [illegible], quia, inquit, iniquum est etiam si non expediat pupillo auctoritatem eum præstare, & [illegible], quia etsi expediat, tutelæ judicio pupillus hanc jacturam consequitur, ut in *l. pen. de serv. export.* illo loco, quia nec domino offerre se potest, nec qui in fuga est ibi moratur, est [illegible], & [illegible]. Pertinet etiam ex eod. lib. Pauli ad causam noxalis judicii, *l.12. de nox. act.*

Ad L.XI. de Nox. act. *Si bona fide possessor eum servum, quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo noxali causa possit: obligari eum actione, quæ datur adversus eos, qui servum in potestate habeant, aut dolo fecerint, quo minus haberent: quia per hoc adhuc possidere videntur.*

LOquitur ea lex de bonæ fidei possess. servi, qui noxam commisit, & certum est ejus servi nomine, bonæ fidei possessorem teneri noxali judicio: sed si antequam conveniretur, eum servum dolo malo desierit possidere, ne conveniretur ex causa noxali, perinde ait Paulus eum teneri, ac si servum possideat, quia dolus pro possessione est, *l.131. & 150. de reg. jur.* Tenetur ergo bonæ fidei possessor, sive possideat servum, sive dolo desierit possidere, non tam actione noxali, quam actione prætoria in solidum, quia nec si servum habuerit in potestate, eum noxæ dedendo actoris facere posset, *l.11. sup. hoc tit. & l. generaliter, inf. hoc tit.* Inanis est noxæ deditio, quæ actorem dominum non facit. Bonæ fidei possessor non potest actorem dominum facere: ergo noxæ dedendo servum, quem bona fide possidet, nihil agit. Denique omnimodo defungi debet æstimatione litis. Nihil est præterea ad hanc legem adnotandum.

Ad L.CX. de Reg. jur. *In eo, quod plus sit, semper inest & minus.*

Ad §. Nemo alienæ rei *expromissor idoneus videtur, nisi si cum satisdatione.*

Ad §. Pupillus *pati posse non intelligitur.*

Ad §. Ubi verba *conjuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum.*

Ad §. Mulieribus *tunc succurrendum est, cum defendantur, non ut facilius calumnientur.*

AD eandem causam noxalium actionum, quod nulli adhuc animadverterunt, regulæ propositæ in *l.110. de reg. jur.* pertinent, quarum prima hæc est: *In eo quod plus sit, semper inest & minus:* & accommodabitur non incommode, nec improprie ad noxales actiones hoc modo: Si servi, qui noxam commisit, duo sint domini, quorum uno sciente noxam commiserit, altero nesciente, & actor à sciente consecutus fuerit integram litis æstimationem, non potest adversus ignorantem obtinere, ut sibi dedat servum in noxam, quia in litis æstimatione, quam tulit à sciente domino, quæ multo pluris est, inest etiam illius vilissimi servi pretium: contra vero, si cum insciente actum sit prius noxali judicio, & is servum noxæ dederit, id quod amplius est in æstimatione litis, & damni, peti à sciente potest. Et ita est proditum in *l.17. de nox. act.* quia in eo, quod minus est, puta in servulo noxæ dedito, non inest integra litis æstimatio, quæ longe amplior est. In toto inest pars, non in parte totum, *l.7. de except. rei jud. l.113. hoc tit.* Arnob. 2. lib. adv. gen. *In toto,* inquit, *pars est, non totum in parte, & universitas debet attrahere portiones, non portionibus universitas applicari.* Hæc vero est propria interpretatio 1. regulæ.

Secunda regula hæc est. *Nemo alienæ rei expromissor idoneus videtur, nisi cum satisdatione:* quæ etiam secundum inscriptionem legis est ex lib. 6. Pauli, & referenda est ad actionem noxalem, & videtur ea usus hoc libro, cum scripsisset de noxal. actionibus. Quod & Julianus scripsit in *l. si plurium, §.1. de nox. action.* eum, qui alienum servum suum esse in jure confitetur, obligari noxali actione, & nihilominus tamen, qui offert se defensioni alieni servi, & quasi expromissor pro domino judicium suscipit, novandi causa satisdare debet judicatum solvi, ut *l. qui ex parte, de interrog. in jure faciend.* Quia nullus alienæ rei defensor, vel expromissor idoneus sine satisdatione videtur, quæ regula late patet, & accommodatur multis articulis juris in *l.18. §. ult. de cast. pec. l. qui proprio, §. qui aliud, de procur. l. filiusfam. qui satisd. cog. §. si vero in personam, & §. pen. 4. Instit. de satisd. l.3. §. ult. rer. amot.*

Tertia regula est: *Pupillus pati posse non intelligitur.* Sciendum est dominum, quo patiente, id est, vidente, & sciente, nec prohibente, cum posset prohibere, servus deliquit, suo nomine teneri in solidum sine noxæ deditione, *l.2. 3. & 4. de noxal. act.* Sed hoc ita procedit, nisi dominus fuerit pupillaris ætatis. Pupillus enim neque scire, neque pati intelligitur: scientia aut patientia pupilli non obligat eum tributoriæ actioni, *l.3. §. ult. de trib. act.* Sed neque eum obligat in solidum ex maleficio servi, quia nec scire, nec pati posse intelligitur, *d. l. 110.*

Quarta regula hæc est: *Ubi verba conjuncta non sunt, sufficit alterutrum factum esse.* Quæ regula proculdubio pertinet ad edictum prætoris, quod proponitur in *l. quotiens, §. prætor, de noxal. act.* ut si dominus neget servum, de quo noxalis actio est, in sua potestate habere, vel juret eum non esse in sua potestate, deferente actore, vel omnimodo judicium accipiat, sine noxæ deditione. Conjuncta non sunt edicti verba, ergo alterutrum à domino fieri sufficit.

Postrema regula hæc est: *Mulieribus tunc succurrendum esse, cum defenduntur, non ut facilius calumnientur.* Si mulier dolo malo falso neget, se servum, qui noxam commisit, habere in sua potestate, ne noxale judicium subiret, nec subiret defensionem servi, & mendacii convincatur, certe in solidum tenetur prætoria actione: ex qua si lis cum ea contestata fuerit, postea non potest restitui in integrum, ut pœnitentia acta defensionem servi suscipiat, quam defugerat initio, nisi scilicet beneficio minoris ætatis, *l. electio, §. neque heredi, de nox. act.* Beneficio ætatis parvæ restitui potest in integrum ad defendendum servum beneficio sexus, si major ætate fuerit, restitui non potest, solam ætatem excipit *d. §. neque*, non sexum: quia mulieribus tunc succurrendum est, quum ipsæ defraudentur, quum hoc agitur, scilicet ut defendantur ab aliorum insidiis, & succurritur eis data restitutione in integrum, *l. ult. C. de jur. & fact. ignor. l. 3. C. Theod. de in integr. restit.* non etiam succurritur, ut facilius calumnientur sub specie restitutionis in integrum: calumniantur autem, quæ negant, se

se servum habere in potestatem noxalis judicii evitandi causa: calumnia est, inquiunt Grammatici, malitiosa, & mendax calliditas. Et ita sunt explicandæ illæ regulæ *l.* 1 10. & proprie accommodandæ ad causam noxalium actionum. A

Ad L. II. De eo, per quem factum, quo minus, &c. *Si actoris servus, domino sciente, & cum possit non prohibente, dolo fecerit, quo minus in judicio sistam: Ofilius dandam mihi exceptionem adversus dominum ait: ne ex dolo servi dominus lucretur, si vero sine voluntate domini servus hoc fecerit: Sabinus noxale judicium dandum ait, nec factum servi domino obesse debere, nisi hactenus, ut ipso careat: quando ipse nihil deliquit.*

ADdamus ex hoc *lib. 6.* Paulum scripsisse de actione in factum, quæ ex edicto prætoris datur adversus eum, B qui dolo fecit, quo minus quis in jus vocaretur, qui satisdedit judicio sisti, se judicio sistat. Et datur hæc actio in factum actori, quanti actoris interest, reum sisti. Dari etiam potest ipsi reo similiter in id, quod interest, si jam pœnam desertionis actori persolverit, ut *l. 1. §. si reus dolo, de eo, per quem fact.* Et hoc ita procedit, si extraneus dolo malo fecerit, quo minus, qui satisdederat judicio sisti, se sisteret: nam si ipsius actoris, & stipulatoris dolo malo factum est, quo minus se reus sisteret, qui promisit judicio sisti sub pœna certa, reus adversus actorem ex hoc edicto non habet actionem. Sed si ex stipulatu de pœna ab actore conveniatur, potest se tueri exceptione doli mali, *d. l. 1. §. si reus dolo.* Contentus igitur esse debet ea exceptione, quia ea securum eum facit. Idemque est, si servus actoris, domino sciente, & cum posset, non prohibente, dolo fecerit, C quominus se reus in judicio sisteret: nam agenti actori ex stipulatione pœnali interposita judicio sistendi causa obstat exceptio, ne ex dolo servi sui lucretur, qui se sciente impedivit reum, ne in judicium veniret ad diem condictum. Et hoc proponitur in *l. 2.* quæ est ex eod. *lib. 6. de eo, per quem fact.* Verum, ut in ea l. additur, *si ignorante actore servus ejus fecerit, quo minus reus se judicio sisteret, actor reo tenetur non in solidum quanti interest, sed noxali judicio tantum, ne factum servi ei noceat ultra, quam æquitas ferat.* Neque enim factum servi ei obesse debet, nisi hactenus, ut ipso careat, quando dominus nihil deliquit, id est, ut dominus eum noxæ dedat, atque ita evitet litis æstimationem. Et ita in *l. 1. hoc tit. de eo, per quem fact.* servi nomine ex hac causa noxali judicio agi potest.

D

Ad L. VI. de Rei vind. *Si in rem aliquis agat, debet designare rem, & utrum totam, an partem, & quotam petat. Appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Octavenus ita definit, quod infectæ quidem materiæ pondus: signatæ vero numerum: factæ autem speciem dici oportet. Sed & mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. Et si vestimenta nostra esse, vel dari oportere nobis petamus, utrum numerum eorum dicere debebimus, an & colorem? Et magis est, ut utrumque. Nam illud inhumanum est, cogi nos dicere trita sint an nova? Quamvis & in vasis occurrat difficultas, utrum lancem duntaxat dici oporteat, an etiam quadrata, vel rotunda, vel pura an cælata sint: quæ ipsa in petitionibus quoque adjicere difficile est. Nec ita coarctanda res est, licet in petendo homine nomen ejus dici debeat, & utrum puer an adolescens sit. Utique si plures sint. Sed si nomen ejus ignorem, demonstratione ejus utendum erit, veluti,* qui ex illa hereditate est: qui ex illa natus est. *Item fundum petiturus, nomen ejus, & quo loci sit, petere debebit.* E

HUic vero tractationi adjungenda est hæc lex. Nam etsi initio eum, qui agit in rem, ea lex dicat, debere rem, quam suam esse petit designare, idem tamen etiam facere debet, qui verbi gratia furtum in aliena domo quæsiturus est, qui rem suam furto sibi subreptam in aliena domo quæsiturus est, quia ut ait Paulus *lib. 2. sent. tit. de furt.* quæ una est sententia ex iis, quæ nobis oblatæ sunt nuper, qui furtum quæsiturus est, antequam quærat, debet dicere quid quærat, & rem suo nomine, & sua specie designare. Idem etiam præstare debet, qui agit in personam, ut hæc lex 6. demonstrat illo loco, *etsi vestimenta nostra esse*, hæc est actio in rem, *vel dari oportere nobis petamus*, hæc est actio in personam. Et ita etiam, qui agit furti, quod sibi res sua subrepta sit, eam rem suo nomine, & sua specie destinare, & designare debet, *l. 19. de furt.* Et similiter, qui agit actione in factum ex edicto *de eo per quem factum*, & intendit per hanc actionem, rem sibi dari oportere, quam interim, dum reus se non sistit ad diem, amisit usucapione, vel quo alio modo, *l. 3. in princ. de eo, per quem factum erit:* ii omnes debent designare, utrum rem totam petant, an partem ejus, ut declarat Paulus *in hac l. 6.* & quotam partem petant, puta tertiam, aut quartam, vel dimidiam, quia non satis est genus designare, sed speciem certam, & corpus certum designari oportet. Et hic appellatione rei, non genus significatur, sed species. Ac proinde si petatur infecta materia, ut declarat Paulus, veluti si petatur massa auri, vel argenti, exprimi debet pondus; si petatur signata materia, id est, si nummi petantur, exprimi debet numerus, si petatur facta jam materia, & informata, exprimi debet species, & materiæ qualitas, veluti lanx aurea, aut patera aurea, aut discus aureus: si vero petatur vinum, vel oleum, exprimi debet mensura, aut sane nihil agitur, inanisque est formula, & actio, quæ intenditur inepta, & obscura. Item si vestimenta petantur, etiam exprimi debet numerus vestimentorum, species & color, non etiam scrupulose, nimis trita sint vestimenta, an nova: sicut si vasa petantur, satis est exprimi materiam, & speciem, & numerum, nec necesse est addi, utrum quadrata, an rotunda, utrum cælata, an pura sint: neque enim ita actor coarctandus est: non etiam necesse est vasorum pondus adjici, *l. 19. de furtis*, nisi forte in actione depositi, *l. 1. §. si quis argentum, depositi*, quia dominus, qui vasa deponebat, in deponendo deposito, debuit pondus exprimere, ne quid abraderetur. Ergo in deponendo deposito id debet exprimere, quod tamen ex causa, ut hic §. ait, ei remittitur; puta si juret, se pro certo pondus dicere non posse: sicut & petenti vestimenta, ex causa id ei remittitur dicere, an trita sint, an nova, si colorem dicat, si numerum dicat, si juret de eo non satis liquere sibi, *d. l. 19. de furt.* Quod si servus petatur, nomen ejus, aut certa demonstratio (demonstratio vice nominis fungitur, *l. certum, de reb. cred.*) nomen igitur, aut certa hominis demonstratio exprimi debet, atque etiam ætas, utique si plures sint servi ei, quo cum agitur: nam si ei unus tantum sit servus, ut Paulus ostendit, frustra nomen, vel ætas ostenditur, exprimitur: satis enim est servum peti, quem possidet L. Titius, quia eum solum possidet, satis nominat Socratem, qui filium Sophronisci dicit, quia unus fuit Sophronisci filius Socrates, quo exemplo utitur Porphyrius. Petito autem fundo exprimi debet nomen ejus, & ut ait in fine legis Paulus, quo loci sit fundus: Idem, inquit, fundum petiturus, nomen ejus, & quo loci sit, exprimere debebit. Et ita apud Ciceronem pro Murena, *Fundus Capenates, qui in agro est, qui Sabinus vocatur, meus est.* Exprimitur nomen fundi, & locus, in quo fundus situs est.

JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. VII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. IX. Ad l. Jul. de vi publ. *Armatos non utique eos intelligere debemus, qui tela habuerunt: sed etiam quid aliud, quod nocere potest.*

EX hoc libro habemus tres leges, quas perobscurum est, & incertum, cui parti edicti reddi debeant. Et meo quidem judicio hujusce obscuritatis causa omnino pendet ex inscriptionum trajectionibus, & vitiis, quæ sunt innumera. Et sane leges, quæ adscriptæ sunt libro sexto, quia sunt de eau-

cautione judicio sisti servum ex causa noxali, cujus rei in- A spectio, & inscriptio conjuncta, & affinis est iis, quæ tradita sunt libro quarto *de in jus vocan. & de cautione judicio sisti eum, qui in jus vocatus est*, adscribendæ potius libro quinto, quam sexto. Quæ autem adscriptæ sunt quinto libro de iis, qui notantur infamia, adscribendæ videntur libro sexto. Quod si fiat, atque ita eas consequantur eæ tres leges ex libro septimo, & mox has tres, duæ, quæ initium faciunt libri octavi, quæ etiam sunt de iis, qui notantur infamia continuata hæc series atque connexio magnum, & clarum nobis argumentum dabit existimandi, has tres leges intermedias de causis esse, ex quibus edicto prætoris infamia irrogatur. Et sane ita est. Primum enim *l.9. ad l. Jul. de vi publica*, respicit ad actionem famosam vi bonorum raptorum, de qua ad edictum de his, qui notantur infamia, quo ea actio numeratur inter famosas, Paulus B videtur tractasse fusius, ut & Ulpianus ad idem edictum plenius tractavit de aliis causis famosis edicto comprehensis, apud quem Ulpianum eadem est trajectio librorum. Nam quæ *leges* tribuuntur septimo, series & consequentia *rerum* ostendit, eas reddendas sexto, & illas, quæ sexto, *septimo* deberi. Porro ex edicto prætoris actio vi *bonorum raptorum* datur in eum, qui dolo malo homines *armatos* colligit, ut damnum det, bonave rapiat aliena. Hæc sunt verba *legis 2. §. dolo, vi bon. rapt.* ubi armatos Paulus *d. l. 9.* interpretatur esse, non tantum eos, qui tela habuerunt, sed etiam quid aliud, quod nocere potest. Et ita M. Tul. pro Cæcinna, *Armatos*, inquit, *si Latine loqui volumus, quos appellare vere possumus? opinor eos, qui scutis telisque parati ornatique sunt. Quid igitur si glebis, aut saxis, aut fustibus aliquem de fundo præcipitem egeris, jussusque sis*, C *quem hominibus armatis dejeceris, restituere, restituisse te dices? Verba si valent, si causæ non ratione, sed vocibus ponderantur, me auctore dices profecto, non fuisse armatos eos, qui saxa jacerent, quæ de terra ipsi tollerent, non esse arma, cespites, neque glebas: non fuisse armatos eos, qui prætereuntes ramum defringerent arboris, &c.* Idem omnino, quod in hac lege nona Paulus ait. Alia parte ejusdem edicti datur actio de damno, quod quis in turba dedit, & de amisso, *l. prætor 4. §. loquitur, vi bon. rapt.* ubi amissa Ulpianus interpretatur ea esse, quæ corrupta alicui relinquuntur, vel redduntur, scissa forte vestimenta, vel fracta vasa, vel alia similia, ex quibus damnum consequitur, & Paulus latius in *l. 54. de verbor. signif.*

Ad L. XIV. de Verbor. signif. *Labeo, & Sabinus existimant,* D *si vestimentum scissum reddatur, vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi, aut tabula rasa picturæ, videri rem abesse: quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum. Item si dominus rem, quæ furto sibi aberat, ignorans emerit: recte dicitur res abesse, etiamsi postea id ita esse scierit: quia videtur res ei abesse, cui pretium abest.*

Ad §. Rem amisisse videtur, *qui adversus nullum ejus persequendæ actionem habet.*

HÆc lex est altera lex libri 7. quæ dicit, amissa ea esse, quæ scissa redduntur, ut si vestimentum scissum reddatur, vel quæ corrupta sunt reddantur, vel relinquantur, non contra, ut si in turba scyphi collisi sint, aut si pictæ tabulæ sit erasa pictura, scyphi amissi, tabula amissa videtur, quia, ut ait, earum rerum pretium non in substantia, non in materia consistit, sed in arte ipsa, nec spectatur E quanti sit res ipsa, sed quanti sit manupretium, *l. 53. hoc tit.* Et ideo de scypho colliso in turba, vel de erasa tabulæ pictura, quasi de amisso in duplum agi potest ex secunda parte edicti vi bon. rapt. sive de bonis raptis, & de turba. Item amisisse rem videtur is (ut in *l. 14.*) à quo rei ejus pretium abest, ut si dominus rem sibi furto subtractam ignorans emerit, nec in proclivi ei sit pretium recipere, ut in *l. 4. §. tunc in potestate, de usurp. & usuc.* Et in extremo *d. leg. 14.* ait, rem amisisse etiam videri, qui adversus nullum rei ejus persequendæ actionem habet, forte quia res periit, nec ab ullo possidetur, & is forte vita decessit, qui ejus amittendæ causa fuit, ut *l. 1. §. ult. & l. 2. si muli. vent. nomine:* exclusum videri hereditate eum, qui eam persequi non potest, puta, qui vita decessit intra tempora aditionis, quam nec heres ejus persequi potest, quia hereditas non adita, in heredem non transmittitur, non transfertur. Rem amisisse, inquit, videtur, qui adversus nullum ejus persequendæ actionem habet: nam retro, qui ejus rei persequendæ actionem habet, eam amisisse non videtur, *l. 15. tit. seq. de reg. jur.* qui actionem, inquit, habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur. *Et hoc ipso tit. de verbor. sig. l. 143.* id apud se quis habere videtur, de quo habes actionem, habetur enim, & quod peti potest, imo, & proprium inque bonis esse dicitur, quod peti potest, *l. rem in bonis, de adquir. rer. dom. l. 9. §. quod avus, ad l. Falc.* Et sunt hujus rei innumera exempla in jure nostro, ut *l. pen. si quid in fraud. patroni, l. 35. de statu lib. l. si quis vi, de adquir. poss.* Is etiam, qui potest restitui in integrum, non videtur rem amisisse, ut idem Paul. ait *l. 5. de in integ. restit.* quæ est *l. 3. lib. 7.*

Ad L. V. de In integ. restitut. *Nemo videtur re exclusus, quem prætor in integrum se restituturum polliceatur.*

HÆc lex ait: *Nemo videtur re exclusus, quem prætor in integrum se restituturum pollicetur.* Nam & restitutio in integrum, etiam, quæ conceditur beneficio ætatis, actio appellatur, *l. etiamsi, §. ult. de minorib.* Et in definitione restitutionis in integrum apud Paulum I. *sententiarum, in integrum restitutio*, inquit, *est redintegrandæ rei, vel causæ actio.* Et restitutio quoque in integrum datur in rem, id est, adversus quemcumque rei possessorem, *l. in causæ, §. interdum, de minoribus.* Eaque res quamdiu quis ad eam restitui potest, in bonis ejus esse dicitur, *l. 9. §. licet, de eo, quod met. caus.* Et ita has 3. leges referimus ad edicta, de bon. raptis per vim, & de turba, ex quibus proficiscuntur famosæ actiones, ex quibus damnati notantur infamia. Pertinent etiam ad causam eorum, qui not. inf. vel ad edictum de iis, qui not. inf. duæ leges libri octavi, *l. 10. & 16. de his, qui not.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. VIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XVI. de His, qui not. infamia. *Cum non prægnans esset, vel ex alia concepisset.*

LEX 16. ostendit, ex edicto prætoris notari infamia eam mulierem, quæ cum non esset prægnans, vel cum ex alio concepisset, non ex defuncto, de cujus bonis agitur, per calumniam ventris nomine, dum se asseverat, ex illo esse prægnantem, prætor pronuntiavit, missam fuisse in possess. bonor. defuncti: per calumniam, ut dixi: nam postquam id pronuntiatum est, causa calumniæ eam fuisse missam in possessionem, & prætorem decepisse, à quo per calumniam postulavit se in poss. mitti, ea mulier infamia notatur, & laborat.

Ad L. X. de His, qui not. inf. *Solet à principe impetrari, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat.*

Ad §. Quæ virum eluget, *intra id tempus sponsam fuisse non vocet.*

HÆc lex, quæ est ex eod. titulo ait, *principem eum, qui laborat infamia, famæ restituere posse, l. imperialis, C. de nupt. l. si qua, C. ad Senatusc. Tertull.* Cassiodorus III. *Var.* inquit, *est principi maculosas notas vitiosæ opinionis abstergere.* Posse etiam principem facta edicti venia mulieri permittere, ut salva existimatione nubat intra tempus luctus,

id est, intra 10. menses, quod est in *d. l.* 10. Id tamen impetrari non solet, neque debet à principe, si prægnans sit. Cajus apud Dionem 58. *Cum publicæ lætitiæ causa Vidius luctum cohibuisset, & permisisset mulieribus intra legitimum tempus nubere*, addit hanc exceptionem, nisi prægnantes essent. Et apud eundem 48. Itemque apud Cornel. Tacitum 1. Annalium: *Pontifices interrogati, an concepto necdum edito partu, uxor Neronis divortio facto rite nubere Tiberio possit: responderunt, si dubitaretur prægnans esse, non rite.* Additur in *d. l.* 10. *non posse quidem viduam citra damnum existimationis suæ intra legitimum tempus alii nubere: at sponsalia sibi interim quærere, & constituere posse illæsa existimatione*, quod apertissimum. De parentibus, & liberis, & cognatis, & agnatis, an lugeri debeant, ita scriptum habemus ex Ulpian. in *l. parentes, de his, qui not. inf. parentes, & liberi utriusque sexus, nec non cæteri cognati, & agnati secundum pietatis rationem, & animi sui patientiam, prout quisque voluerit*, inquit (ac si non sufficerent, quæ præcedunt) *lugendi sunt, qui autem eos non eluxit, non notatur infamia.* Qui sermo totus magna ex parte sapit Tribonianum. Et sane, quod longe aliter ab Ulpian. scriptum erat, id aliter à Triboniano interpolatum est. Nam Ulpianus scripserat idem, quod Paulus sent. 1. tit. ult. *Parentes anno esse lugendos, filios item majores sex annis, esse lugendos uno anno: filios minores sex annis, esse lugendos mense uno. Cognatos proximioris gradus 8. mensibus esse lugendos.* Maritum vero à muliere 10. mensibus, & eum, qui hos non eluxisset, id est, qui non in luctu fecisset tempus supradictum, quod lege certa finitum erat, proculdubio infamium numero haberi. Verba Pauli hæc sunt à me nuper lecta in vetustissimo, & longe ampliore Cod. sentent. Pauli ad me Vesontione, seu Bisantio perlato: Sententia hæc est. *Parentes*, inquit, *& filii majores sex annis, anno lugeri possunt: minores, mense uno, maritus 10. mensibus, & cognatus proximioris gradus 8. Qui contra fecerit, infamium numero habebitur.* Paulus ait, *lugeri possunt*, pro *debent*, ut lib. 4. sententiarum: *nominatim servi testamento manumitti secundum legem Fusiam possunt.* Porro cum hæc luctus definitio, cum infamiæ pœna in parentibus, liberis, & cognatis Triboniano displiceret, vel ætate ejus potius non observaretur, in arbitrio, pietate, & voluntate cujuscunque reposuit modum luctus parentum, & liberorum, aut cognatorum remissa infamiæ pœna iis, qui tempus luctus non explevissent, quod jure veteri finitum erat. Plane abrogavit, quod de ea re scripserat Jurisconsultus, scribens, eos esse lugendos, secundum pietatis rationem, & animi sui patientiam, prout quisque voluerit, nec notari infamia, si eos non eluxerint. Denique longe aliud scripsit, quam quod scripserat Ulpianus ipse. Et quia ait, *liberi utriusque sexus*, argumentum nobis præbet, existimandi, ut ætatis, & sexus quoque liberorum jure veteri differentiam aliquam constitutam fuisse. Et hujus differentiæ, cum non vult ipse rationem haberi, ait, *liberi utriusque sexus*. Cum idem ait, *agnati, vel cognati*, hoc præbet argumentum, & inter agnatos, & cognatos hac in re olim quandam differentiam fuisse constitutam, nec igitur plenam esse eam Pauli sententiam. In marito nihil mutavit Tribonianus, in marito lugendo non idem arbitrium mulieri dedit, quia tantum abest, ut posteriores leges ejus luctum minuerint, ut etiam cum produxerint ultra menses 10. qui finiti erant jure veteri, nempe in annum 12. mensium sub eadem infamiæ pœna, *l. 2. C. de secundis nuptiis.*

Ad L. II. de Procurat. *Dummodo certus sit, qui datus intelligetur; & is ratum habuerit.*

Ad §. Furiosus *non est habendus absentis loco, quia in eo animus deest, ut ratum habere non possit.*

Monuimus librum, qui sexto loco positus est, debere poni post quartum in 5. loco, & leges, quæ male adscriptæ sunt libro 6. adscribendas esse 5. quæ omnes recte anteponuntur iis, quæ sunt in *tit. de procur. & defens. ex eod. lib.* 8. Quia infames olim, neque dare poterant procuratores in litem, quia honor est per procuratorem posse litigare, quo infames indigni sunt: non poterant etiam infames procuratores dari, & inde exceptiones procuratoriæ, quod non liceat adversario dari, vel fieri procurator, *l. in exception. §. sed etsi*, de *probat. §. ult. Instit. de except.* Quintil. Inst. 4. cap. 5. *male petis, procuratori enim tibi esse non licuit, sed neque illi, cujus nomine litigas, habere procuratorem*: & alibi: *non licet tibi agere mecum, cognitor enim fieri non potuisti*: cognitor est procurator præsentis. Paul. 1. sent. tit. 9. *Omnes infames*, inquit, *qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis.* Sed hodie hæ procuratoriæ exceptiones, quæ dabantur ob infamiam domini, vel procuratoris sublatæ sunt. Et infames quamvis advocati aliis quibuscumque temere adesse non possint, nec volentibus adversariis, *l. quos, de postul.* tamen procuratores ad litem dare, darique possunt *d. l. 1. §. ult. de except.* Et dari possunt etiam absentes, *l. 1. §. ult. de procur.* Nam & inter absentes mandatum contrahi potest. Hoc tamen exigitur, ut certus detur, qui absens procurator datur, & ut ratum habeat, ut ait Paulus in *l. 2. hoc tit.* quæ est ex hoc lib. 8. id est, ut mandatum suscipiat. Ideoque furiosus, etiamsi in omni jure habeatur absentis loco, *l. 2. §. pen. de jur. codic. l. 124. §. 1. de regul. jur.* tamen procurator dari non potest, quia in eo animus, vel potius mens deest, ut ratum habere non possit.

Ad L. IV. eod. *Et in perpetuum.*

Addidit eodem libro Paul. & procuratorem dari posse usque ad diem certum, vel etiam in perpetuum, ita ut dum vixerit procurator lites omnes agat, & exequatur, quæ ad L. Titium pertinebunt, *l. 4. hoc tit.*

Ad L. XI. eod. *Si tamen dominus cogi possit.*

Et iis præmissis Paulus transit ad edicta Prætoris de procuratoribus, quæ tria sunt. Primo edicto, procuratorem datum ad defendendum, pro quo consentiente dominus cavit judicatum solvi, pollicetur prætor, se coacturum ad judicium accipiendum, ad litem contestandam, *l. 8. §. ult. hoc tit.* consentiente, id est, sciente, & non contradicente, ut liquet ex *l. 15. hoc tit.* Nam & in hac causa taciturnitas imitatur consensum. Pro quo, inquit, dominus cavit judic. solvi, quia non ab ipso procuratore, sed à domino litis, qui præsens est stipulatio judicatum solvi interponitur, *l. si ad defendendum, judic. solvi.* Rursus ait, se eum coacturum judicium accipere. Quod utique facit Prætor etiam mortuo domino litis ante judicium acceptum, ante litem contestatam, d. *l.* 15. quia interpositio cautionis, quam scilicet dominus interposuit pro defensore consentiente deintegravit rem, perinde, ac si eam cautionem procuratori interposuisset, & mandatum non finitur morte domini, nisi res sit integra, quæ non est integra, si jam interposita sit cautio, vel stipulatio judicatum solvi. In hoc vero edicto, etiamsi prætor non adjiciat, causa cognita se coacturum judicium accipere, & litem contestari, ut in edicto, *de in jus voc.* dictum est *l. 11.* edictum tamen ex causa, & ratione utilitatis moderandum est: utilitas edictum moderatur. Incidere enim possunt quædam justæ causæ, quibus non sit æquum, defensorem, etiam si pro eo dominus interposuerit cautionem judic. solvi, compelli ad judicium accipiendum, puta si adhuc præsens sit dominus, & cogi possit judicium accipere. Nam si præsens dominus cogi non possit, ut si in magistratu sit, aliud est, quod eodem libro notavit Paulus in l. 11.

Ad L. XIV. eod. *Si post datum procuratorem capitales inimicitiæ intercesserint: non cogendum accipere judicium, nec stipulationem ob rem non defensam committi: quoniam nova causa sit.*

Item, si post datum procuratorem ad defendendum, capitales inimicitiæ intercesserint inter eum, & dominum, procuratorem non compelli judicium accipere, nec

com-

committi stipulationem judicatum solvi ex clausula de re non defensa. Plerumque ubi procurator non cogitur judicium accipere, nec stipulatio judicatum solvi, quæ pro eo interposita est, committitur ob rem desertam & indefensam à procuratore, *l. non est, §. 1. inf. hoc tit. l. vir bonus, judic. solvi*. Et in hac specie non committitur illa stipulatio, quia, inquit Paul. in *l. 14.* nova causa hæc est, id est, quia intervenientibus capitalibus inimicitiis, causa personæ defensoris, quæ fuit stipulationis tempore, immutata est, quia cœpit esse domino litis inimicus capitalis, & causa personæ immutata evanescit stipulatio, *l. si ante, judic. solvi*. Quia igitur nova persona defensoris causa est, nec idem intelligitur homo, qui fuit interpositæ stipulationis tempore, causa ex qualitate defensoris immutatur, eoque rem non defendente, non accipiente judicium, sane in dominum stipulatio non committitur ex clausula de re non defensa, *l. 15. hoc tit.* Tres sunt clausolæ, quæ & casus, & causæ dicuntur, stipulationis jud. solvi, de judicato faciendo, de re defendenda, & de dolo malo; quod & formula hujus stipulationis demonstrat, quæ ita fere concipitur: *Quod fundum Tusculanum, quem possides L. Titius, ab eo petiturus sum, cujus rei Caius Aquilius judex sumptus est*: nam & nomen judicis in stipulatione exprimi debet, *eam rem recte defendi: aut si ea res secundum me, heredemve meum judicata erit, quod à C. Aquilio, eove, qui in ejus locum substituetur, judicatum erit, id recte præstari, dolumque malum abesse, abfuturumque esse, & quamdiu res non defendatur, aut si quod judicatum ejus rei erit, non recte præstetur, dolusve malus non aberit, quanti ea res erit recte præstari.* Hæc est formula stipulationis judicatum solvi, quam manifestum est in se continere præcipue tres illas clausulas. Inimicitiæ autem capitales in hac l. 14. sunt, quibus causam dedit capitalis criminis accusatio instituta à domino adversus procuratorem, vel contra à procuratore adversus dominum. Et ita semper capitales inimicitiæ in jure accipiendæ sunt, quas capitalis criminis accusatio fecit, vel creavit, quasque sola mors diremptura videtur, ut apud Horat.

Ira fuit capitalis, ut ultima divideret mors.

Confirmatur hæc definitio in *l. 6. §. Διδωσιν, de excus. tut. & l. penult. §. Seja,* conjuncta *l. 3. §. ultim. de adim. leg. & Novell. de testib. §. pen.* Et hæc de edicto primo.

Secundo edicto cavetur, post litem contestatam in procuratorem datum ad defendendum, vel etiam post litem contestatam à procuratore dato ad agendum, non posse procuratorem mutari, quo jure utimur, nec posse judicium ab eo procuratore vivo, & in civitate manente, transferri in dominum, nisi causa cognita. Edicti ratio hæc est, quia procurator litis contestatione dominus litis effectus est, id est, res sive lis facta est ejus, eamque jam suo quodammodo nomine exequitur, *l. procurator 11. §. 1. de doli except. l. ab executore, §. ult. de appellat. & relat.* Si sua igitur res est, non deberet eripi ei defensio, sive executio, & suam esse litem post litis contestationem adeo verum est, ut nec morte domini judicium solvatur, nec prohibeatur etiam procurator, qui litem est contestatus, alium facere procuratorem: ante litis contestationem procurator procuratorem facere non potest in rem eandem, post litem contestatam potest, quia dominus litis effectus est litis contestatione, *l. 23. C. de procur.* Addatur etiam hæc ratio, quoniam, qui mutat procuratorem sine causa, maxime post litem contestatam, post determinatum judicium, quodammodo pudorem ejus, & existimationem suggillat, fidemque coarguit, quod innuit *l. 25. §. 1. hoc tit.* Et hujus edicti sententia proponitur in *l. 17. hoc tit. & l. 23. & 24. C. eod. tit.* Et ait in *l. 7.* vivo, vel in civitate manente procuratore, non posse dominum in se litem transferre: nam ut mortuo procuratore, ita & peregrino effecto, quæ mors est civilis, veluti deportato in insulam, sane in dominum judicium transferri necesse est, *l. cum quis, in princ. de solut.* Rursus ait: *Nisi causa prius cognita, non posse mutari procuratorem.*

Ad L. XX. eod. *Vel judicio publico privatove, vel valetudine, vel majore re sua distringatur.*

Ad L. XXII. eod. *Aut adfinitate aliqua adversario jungatur: vel heres ei existat.*

Ad L. XXIV. eod. *Mutari debebit, vel ipso procuratore postulante.*

CAusæ mutandi procuratoris hæ notantur à Paulo *l. 20. 22. & 24.* Si procurator judicio publico, & privato, vel valetudine, vel majore quadam re sua nimis distringatur: vel si post litem contestatam adversario heres extiterit, aut affinitate aliqua ei conjunctus esse cœperit, ex his causis mutari potest procurator post litem contestatam, non tantum domino, sed procuratore ipso postulante; verum tametsi interveniat aliqua justa causa mutandi procuratoris, aliquando non est mutandus, ut si procurator retentione aliqua uti velit, verbi gratia, sumptuum nomine, quos in litem fecit, nisi, ut ait Paulus in *l. 26. eod.* dominus paratus sit ei solvere eos sumptus, tunc poterit ex justa causa eum removere, mutare. Hujus ergo edicti sententia hæc est, nonnisi ex justa causa post litem contestatam procuratorem mutari posse: mutari permittit causa cognita, ergo prohibet, ut in *l. 6. §. Prætor, de edendo*. Prohibet Prætor, inquit Paulus, argentario edi, qui tamen causa cognita permiserat ei edi. Denique qui permittit causa cognita, prohibet. Ante litem vero contestatam idem Paulus in *l. 16. eod. lib.* docet liberam esse potestatem domino mutandi procuratoris dati ad defendendum, vel ad agendum.

Ad L. XVI. eod. *Ante litem contestatam libera potestas est, vel mutandi procuratoris, vel ipsi domino judicium accipiendi.*

PAulus docet in hac lege liberam esse potestatem. Utitur autem his verbis: *mutandi procuratoris dati ad defendendum, vel ad agendum, vel ipsi domino judicium accipiendi*, id est, dato procuratore ad defendendum ante litem contestatam liberam esse potestatem domino suscipiendi judicii, & litis contestandæ cum actore. Judicium accipit reus, qui litem contestatur: dictat actor, qui litem contestatur. *Libera*, inquit, *potestas est domino judicium accipere procuratore remoto, sive defensore ante litis contestationem.* Ergo sine causa eum removere potest. Quod est verissimum, *l. 3. C. mandati, capit. 2. ext. de procur. in 6.* Est etiam id ita verissimum, ut non possit defendi glossema, quod proponitur in *l. 64. hoc tit.* ex regulis Modestini, eum, cujus nomine defensor extit, vel exiltit, eum, qui procuratorem dedit ad defendendum, si ante litis contestationem in præsentia fuerit, & postulet suo nomine litem suscipere, *causa cognita* audiendum esse: facessat illud glossema, *causa cognita*: nam ante litem contestatam libera est potestas domino judicium accipiendi, ut Paulus ait in *l. 16. hoc tit. eod. lib.*

Ad L. XXXII. eod. *Pluribus procuratoribus in solidum simul datis, occupantis melior conditio erit, ut posterior non sit in eo, quod prior petit procurator.*

PAulus scripsit in hac lege, si duo vel plures sint dati procuratores ad agendum in solidum, occupantis, id est, ejus, qui antevertit agere, & litem contestari in reum, meliorem esse conditionem, quod ad votum ejus, inquit Accursius, attinet, sic enim legendum in glossa Accursii, quæ corrupta est, quia ipse solus, qui occupavit agere, erit dominus litis: nec cæteri se liti immiscere poterunt; erit igitur occupantis melior conditio, ut cæteri, qui præventi sunt in ea re, procuratoris officio non fungantur. Explicato primo, & secundo edicto, antequam ad tertium veniam, ad leg. trigesimam secundam addendum est, in ea l. Paulum recte ponere plures procuratores in unam litem simul datos in solidum simul, quia si diversis temporibus dati sint, posteriorem dando dominus, priorem revocasse, & prohibuisse videtur, *l. 31. §. ult. hoc tit. & capit. non injuste. extra eod.* nisi scilicet nominatim adjecerit posteriorem dando, se priorem non revocare: eo non adjecto prior rejicitur, nec si occupaverit, est ejus conditio melior. At

si duo

si duo simul dati sint, vel etiam si separatim, modo dominus expressent, se utrumque velle in eam rem procuratorem esse, is, qui occupat agere, potior est in ea lite, imo solus litis contestatione fit dominus litis, & posterior ab ea lite repellitur exceptione doli mali, ut *l.45.§.qui ita, inf. hoc tit.* Idem Paulus ait, eum, qui occupat agere populari actione, si & in ea re privatum ejus commodum vertatur, posse in eam rem procuratorem dare, quo quidem dato, alium postea agentem ex populo, repelli exceptione, id est, exceptione doli mali, ut illo loco Basilica rectius interpretantur, quam Accursius, exceptionem rei judicatæ. Quamquam, & post rem judicatam alius ex populo repellatur exceptione rei judicatæ, *l.2. de popular.actio*. Cæterum ante rem judicatam non repellitur, nisi exceptione doli. Nunc veniamus ad tertium edictum, quo cavetur, *ut qui procuratorio nomine agit, viri boni arbitratu satisdet*, id dominum, *qui abest, ratum habiturum*, utque si is, quo cum agit vicissim agat, intendens quoque aliquid sibi à domino deberi, æque boni viri arbitratu, adversus eum domini defensionem suscipiat, *l.35. §. pen. l.39. §. 1. hoc tit.* aut si nolit dominum defendere, nec nomine ejus agere permittatur, *l. 45. §. pœna. hoc tit. l. 3. §.ult. rer. amot. l.7. de novi operis nuntiat. l. unic. C. de satisd.* Ex edicto igitur procurator datus ad agendum, debet satisdare de rato; debet & dominum defendere, si is, quo cum agit, vicissim agat: si sint mutuæ petitiones, mutuæ actiones. Defendere autem dominum, est id facere, quod dominus in eam litem faceret, aut facere compelleretur, hoc est ex ea causa omnimodo judicium accipere, ac præterea satisdare judicatum solvi, *l. 35. §. defendere, & §. seq. hoc titul. & in §. defendere: Non debet*, inquit, *durior conditio procuratoris fieri, quam est domini, præterquam in satisdando judicatum solvi*. Quid hoc est, *præterquam in satisdando judicatum solvi*? nempe quia dominus, si sit locuples, & conveniatur, non satisdat jud. solvi, sed repromittit tantummodo juratus, modo injuratus, si possideat prædia scilicet, *l.pen. in princ. qui satisd. cog.* Procurator autem ejus (quod est maxime notandum) id est, defensor satisdat, etiamsi locupletissimus sit, nec sine satisdatione, id est, datione fidejussoris, intelligitur esse defensor idoneus, *l. 51. in fin. hoc tit.* Ad hæc sciendum est, hanc esse differentiam inter procuratorem, & defensorem, quod proprie procurator est actoris: defensor rei, *l.si mater, §. hoc jure, de except. rei judic.* Improprie tamen, ac frequentissime cum in hoc titulo, tum in multis aliis etiam defensor rei procurator appellatur: hinc alius dicitur esse procurator actoris, alius procurator rei. Sciendum etiam differentiam esse inter procuratorem præsentis, & procuratorem absentis. Nam reus præsens pro suo procuratore cavet judicatum solvi, non ipse procurator, *l. si ad defend. jud. solvi, l. 8. §. ult. l. 15. hoc tit.* Actor etiam præsens confirmat, se ratum habiturum, quod procurator egerit, nec tunc à procuratore ejus exigitur cautio de rato, *l. 65. hoc tit. l. unic. C. de satisd.* Procurator autem actoris absentis cavet de rato omnimodo. Procurator rei absentis cavet judic. solvi, in judiciis in personam, non de rato, *l. 45. §. ult. inf.hoc tit.l.5.§.ult. & l. seq. de novi operis nunt.* non cavet de rato, exceptis quibusdam casibus, qui postea explicabuntur. In judiciis autem in rem procurator rei absentis utramque cautionem cavet, de rato scilicet, & judic. solvi, *l. 40. §. sed & is, hoc tit.* Unde si procurator agat nomine absentis, & vicissim dominum ex edicto defendat uti oportet, quum mutuæ actiones sunt, ut actor ante litem contestatam satisdare cogitur dominum rem ratam habiturum, quia periculum est, ne iterum dominus de eadem re experiatur, ne eundem actum retractet, qui à procuratore ejus actus est. Quod ne fiat impune, maxime rei interest, ne scilicet reus impune de eadem re sæpius conveniatur, & vexetur; & ideo cavere ei procurator, qui prius agit, debet de rato sub pœna certa quatenus actor est. Idem vero procurator, quatenus est defensor, quia scilicet, & dominum vicissim defendit adversus eum, quo cum agit nomine domini, ut defensor, inquam, in judiciia in personam satisdat judicatum solvi, non rem ratam dominum habiturum. Ratio est, quia nulla via patet domino ad eum actum retractandum, nulla actio, nulla restitutio. Nam & quæ ex judiciis in personam solutio fit, sive præstatio, cum effectu juris fit, dominio translato in accipientem, nec retractari potest, aut revocari ab eo, qui suum accepit. In judiciis in rem solutio, sive restitutio fit nudo pacto transferendæ possessionis, & ideo facile revocari potest à domino. Et in judiciis in rem ideo defensor absentis, & judicatum solvi, & de rato cavere debet, quia periculum est, ne reversus dominus, cujus defensor extitit, ab actore, qui rem evicit, eam rem quandoque vindicet, nec judicato stare, vel probare, quod falsus procurator gesserit, velit. Quod ostenditur in *l. 40. §. sed & is, qui, hoc tit.* Quamobrem, & in actionibus præjudicialibus, quæ in rem esse videntur, *§. præjudiciales, Instit. de act.* non tantum procurator ejus, qui ex libertate hominem in servitutem petit, qui actoris partes sustinet, *l.7. §.ult.de lib.caus.* non, inquam, hic tantum cavere debet de rato, sed & procurator ejus, qui homine ex servitute in libertatem proclamante, contradicit se esse dominum, qui defensoris partes sustinet, hic etiam de rato cavere debet, quia præjudiciale judicium est in rem, *l.39.§.si status, hoc tit. l.8. §. ult.rem rat. haberi*. Sed in quibusdam judiciis in personam defensor absentis cavet non tantum judicatum solvi, sed etiam de rato, ut in specie *d.l.39.§. est & casus*: minor petit restitutionem in integrum adversus venditionem à se factam, quasi circumscriptus, defensor actoris absentis, qui rei partes sustinet, satisdat hoc casu, non tantum judicatum solvi, sed etiam de rato, quia fieri potest, ut post restitutionem minoris, reversus emptor aliquid à minore petat, quod defensor ejus non petiit ex causa emptionis venditionis. Et ideo, ut per omnia ratum sit judicium, quod minor exercuit cum defensore actoris: præstanda minori est etiam cautio de rato sub pœna certa. Idem servari eadem lex ostendit, *§. ult. & l.6. rem rat.hab.* quum suspectus tutor postulatur, qui peregre abest: nam defensor ejus non tantum judicatum solvi, sed & de rato cavere debet: quia fieri potest, ut reversus tutor agat contraria actione tutelæ, & petat aliquid à pupillo ex causa administrationis. Idem evenit in tribus casibus, qui notantur *in l.35. §. ult. & l.36.* quæ est ex eod. lib.

Ad §. ultim. L. XXXV. de Procurat. *Sed & hæ personæ procuratorem debebunt defendere, quibus, sine mandatu agere licet: ut puta liberi, licet sint in potestate; item parentes, & fratres, & adfines, & liberti.*

Ad §. Patronus *libertum, & per procuratorem, ut ingratum accusare potest, & libertus per procuratorem respondere.*

Ad §. Non solum *autem si actio postuletur à procuratore, sed & præjudicium, vel interdictum, vel si stipulatione legatorum, vel damni infecti velit caveri: debebit absentem defendere in competenti tribunali, & eadem provincia. Cæterum cogi eum etiam in provincia de Roma abire: vel e contrario, vel à provincia in aliam provinciam, & defendere, durum est.*

Ad §. Defendere *autem est id facere, quod dominus in litem faceret, & cavere idonee. Nec debebit durior conditio procuratori fieri, quam est domini: præterquam in satisdando. Præter satisdationem procurator ita defendere videtur, si judicium accipiat. Unde quæsitum est apud Julianum, an compellatur, an vero sufficiat ob rem non defensam, stipulationem committi? Et Julianus scribit libro tertio digestorum, compellendum accipere judicium: nisi & agere causa cognita recusaverit, vel ex justa causa remotus fuerit. Defendit procurator etiam, qui patitur, quod dominus pateretur. Defendere videtur procurator, & si in possessionem venire patiatur, cum quis damni infecti satisdari, vel legatorum desideret.*

Ad L. XXXVI. eod. *Vel in operis novi nuntiatione: Sed & si servum ex causa noxali patiatur duci, defendere videtur. Ita tamen, ut in his omnibus ratam rem dominum habiturum caveat.*

Videamus quinam ii sint casus; qui proponuntur in hac l. 35. Accursius facit quatuor, sed commodius rediguntur in tres casus tantum. Primus casus hic est: Procurator eum, cujus nomine agit, videtur defendere, etiamsi

cum

cum ab eo vicissim desideraretur cautio legatorum, vel cautio damni infecti, quæ poterat ab eodem desiderari, à domino, cujus nomine agit, ea cautione non præstita, si passus sit adversarium venire in poss. cum scilicet, id domino magis expediret, quam caveri, cum id ipsum dominus facturus erat. Secundus casus hic est, quo similiter procurator eum, cujus nomine agit, recte defendere videtur, etiamsi cum invicem agit adversarius actione noxali, quam habuit adversus dominum omissa defensione servi, cum servum jussu prætoris duci passus sit, cum id domino magis expediret, servum scilicet dedi in noxam, quam defensionem ejus suscipi, & subiri. Sed his duobus casibus defensor, qui id patitur, cavere debet de rato, ne reversus dominus oblata cautione damni infecti, vel legatorum missum in poss. expellat; vel ut hoc casu secundo, ne oblata defensione servum recipiat, *l. 2. §. ultim. si ex noxal. caus. agatur*. Et his duo casus, eorumque ratio apertissima est. Tertius casus, vel si spectas ordinem scripturæ, secundus à Paulo destinatur *his* verbis d. l. 36. *vel in operis novi nuntiatione*. Quæ verba perobscura sunt, vel eo maxime, quod hoc casu, qui comprehenditur his verbis: *vel in Operis novi nuntiatione à defensore exigatur cautio de rato.* Namque ait in *his* omnibus defensorem cavere debere, ratam rem dominum habiturum. In his omnibus ergo, *non in* duobus tantum casibus, sed & in tribus: nam *omnes* dicuntur, vel minimum de tribus, non de duobus tantum, ut est *initio* libri primi *Aristot.* de cœlo, ut duos homines non dicemus omnes, sed ambos, vel utrumque: nomen *omnium* accommodamus primum ad tertium. Ergo cum dicat, *in his omnibus*, ne dubitemus cum Accursio, an contineatur & tertius. Hoc igitur casu etiam à defensore exigitur cautio de rato, quæ tamen non videtur exigi in causa nuntiationis novi operis, *l. 5. §. ult. & l. seq. de novi oper. nuntiat. l. 45. §. ult. inf. hoc tit.* Sed ut breve faciam, quoniam & hoc fusius explicaturus sum in illa *l. 45. lib. 9.* est enim ex libro seq. in iis locis non agitur principaliter de nuntiatione novi operis, sed de interdicto prohibitorio, ne vis fiat ædificanti: quod hoc loco nunc adnotasse satis est, dicturi ea de re uberius *lib. seq.* Et præterea ad illa verba *l. 36. vel in novi operis nuntiatione*, non ea species ponenda est, quæ proponitur *in d. l. 45. §. ult. vel in l. 6. de novi oper. nuntiat.* sed longe alia, nempe hujusmodi, & res erit perspicua admodum. Vicinus, cui nuntiatum est novum opus, id est, interdictum ne ædificaret, petit à prætore sibi remitti nuntiationem novi operis, ut sibi liceat ædificare, quasi scilicet nuntiatori jus nuntiandi, vel prohibendi non fuerit: ex parte nuntiatoris, cum is abesset, intervenit procurator quasi defensor, defendere absentem videtur, etiamsi patiatur à prætore nuntiationem vicino remitti. Sed si hoc patiatur, & pati consultius esse ducat, cavere debet ratam rem dominum habiturum, quia potest reversus dominus, qui nuntiaverat novum opus adversus vicinum, qui se absente, & forte falso procuratore connivente, impetravit remissionem ædificandi, & ædificavit, agere interdicto restitutorio, ut scilicet demoliatur, quod contra nuntiationem suam ædificavit. Neque enim falsus procurator absenti nocere debet. Imo est indignum quolibet interveniente, quum vicinus petit remissionem nuntiationis novi operis, dominum amittere beneficium prætoris, & utilitatem nuntiationis novi operis à se interpositæ. Quod ostendit *d. lex 13. §. ult. de novi oper. nuntiat.* Ex qua meo quidem judicio sola circumscripta Glossa Accursii, explicandus videtur hic casus, qui significatur his verbis, *vel in operis novi nuntiatione*.

Ad L. XLII. de Proc. *Licet in popularibus actionibus procurator dari non possit, tamen dictum est, merito eum, qui de via publica agit, & privato damno ex prohibitione adficitur, quasi privatæ actionis dare posse procuratorem. Multo magis dabit ad sepulchri violati actionem is, ad quem ea res pertinet.*

Ad §. *Ad actionem injuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest. Nam, & si pro publica utilitate exercetur, privata tamen est.*

Ad §. Ex obligatio, *quæ inter dominum, & procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati: sicut evenit, cum in rem suam procuratorem præstamus, eoque nomine judicatum solvi promittimus: nam si ex ea promissione aliquid præstiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus: ut si eum fidejussor reum procuratorem dedit.*

Ad §. Ille, *cui hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est, heredem jure dabit procuratorem.*

Ad §. Sed & dominum *pignoris creditor recte dabit procuratorem ad Servianam.*

Ad §. Porro si uni *ex reis credendi constitutum sit, isque alium in constitutam pecuniam det: non negabimus posse dare. Sed & ex duobus reis promittendi alter alterum ad defendendum procuratorem dabit.*

Ad §. Si plures heredes *sint, & familiæ erciscundæ, aut communi dividundo agatur: pluribus eundem procuratorem non est permittendum dare, quoniam res expediri non potest citra adjudicationes, & condemnationes. Plane permittendum dare, si uni coheredi plures heredes existant.*

Ad §. Reo latitante *post litem contestatam, ita demum fidejussores eum defendere videbuntur, si vel unus ex his eum pro solido defendat: vel omnes, vel qui ex his unum dederint, in quem judicium transferetur.*

Ad L. I. de Pop. act. *Eam popularem actionem dicimus, quæ suum jus populo tuetur.*

Ad L. V. eod. *Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest. Is autem, qui eam movet, procuratorem dare non potest.*

SUperest nunc ut explicem residuum legum de procuratoribus, simul ac residuas omnes ex eod. lib. 8. Et statim quidem initio *l. 42.* quod est *de proc.* conjungenda est *l. 1. & 5. de popular. act.* quæ sunt ex eod. libro. Lex prima definit eam esse popularem actionem, quæ suum jus populo tuetur, & quæ ideo scilicet cuilibet competit ex populo occupanti agere, quæ & actio publica dicitur, *l. eum, qui, §. in popularibus, de jurejur.* Sed actio est civilis, non criminalis. Lex 5. docet, eum, qui populari actione convenitur, procuratorem posse dare ad defendendum, quia civilis actio est, ut dixi. In criminali non posset dare, sed deberet per se litigare, & purgare crimen: Eum ergo, qui convenitur actione populari posse procuratorem dare ad defendendum, quia civilis actio est: ei vero, qui eam actionem movit, non licere procuratorem dare ad agendum. Ratio hæc est, quia quemcumque elegerit ad agendum, is etiam, sine mandatu suo nomine, ut unus ex populo eam actionem habet: non jure datur quis procurator ad actionem, quam suo jure, & suo nomine cum effectu habet, ut ex contrario significat *§. is, cui, & §. porro in hac l.* Neque enim mandare quisquam popularem actionem potest ante litem contestatam, quia nec ante litem contestatam eam actionem in bonis suis habet, *l. pœnalis, ad leg. Falcid. l. pen. de pop. act. l. 12. de verb. signif.* Qua de causa nec ante litem contestatam pro actione populari fidejussor datur, quia nec antequam aliquis litem contestatus sit, ex ea quicquam deberi intelligitur, antequam extiterit actor aliquis, qui moveat pop. actionem, *l. si quis pro eo, in fine, de fidejuss.* Idque quod proponitur in *d. l. 5.* simpliciter ita se habet plurimum, sive regulariter, ut scilicet actio popularis procuratori mandari non possit ante litem contestatam: Addenda tantum est ea exceptio, nisi res ad eum pertineat, qui procuratorem dat ad agendum pop. actione: Cujus rei, sive exceptionis duo exempla proponuntur initio hujus *l. 42.* Unum, si quis via publica uti prohibeatur, per quem solebat, exempli gratia, in fundum suum commeare, si ex ea re, ex ea prohibitione damnum in rebus suis sentiat, nempe ei competit interdictum populare de via publica, in quo tantum habetur ratio privati damni, quanti scilicet ejus intersit viam sibi publicam non prohiberi. Qua ratione eam actionem, quasi privatam mandare procuratori potest etiam ante litem contestatam, ut *l. 45. §. qui ita, sup. hoc tit. l. pen. ne quid in loco pub.* Et

multo

Digitized by Google

multo magis, inquit Paulus(quod est alterum exemplum) procuratori mandare quis potest actionem pop. sepulchri violati, si ad eum res pertineat, si sepulchrum,quod violatum est, sit familiare, aut hereditarium. Cur multo magis? nempe quia ejus actionis, quamvis sit popularis, formula non de loco publico concipitur,ut interdictum superius de via publica, sed de sepulchro, sive monumento, quod etsi religio occuparit, tamen videtur quodammodo esse privati juris, & ad heredem pertinere, qui agit de sepulchro hereditario, vel ad cognatum, qui agit de sepulchro familiari, quia jus ejus sepulchri habet proprium non commune cum populo, *l.2.§.sed & illa interdicta, de interd.* Verum ut proponitur in §. 1. *hujus legis*: ad civilem actionem injuriarum ex *l. Cornel.* puta, nam his tantum casibus competit actio injuriarum, ex l. Cornel. quod liber homo pulsatus sit, quod ductus ei pugnus sit, aut calx, aut quod liber homo verberatus, domusque ejus vi introita sit: ad hanc, inquam, actionem dari procuratorem posse constat: nam etsi pro publica utilitate exerceatur, vindicandæ publicæ libertatis gratia, privata tamen est, non popularis, & non cuilibet ex populo defertur, sed ei tantum, ad quem res pertinet, id est, ei, qui pulsatus, vel verberatus est. Non omnis actio, quæ ad publicam utilitatem pertinet, etiam publica, aut popularis est. Ad actionem servi corrupti, & ad actionem furti non est dubium etiam procuratorem dari posse, *l.2.C.ad l.Fabiam, l.4.C.de furtis*.

AD *§.ea obligatio.* Sequitur in hoc §.regulariter inter dominum,& procuratorem contrahi mandatum,vel obligationem mandati,& ex ea obligatione(obligatio enim dicitur esse parens actionis) nasci ultro citroque ex eo cotractu actionem mandati: dominum esse mandatorem, eique dari directam mandati actionem, procuratorem esse mandatarium, eique dari contrariam. Aliquando tamen,ut Paulus ostendit in hoc §. ex eo mandato non obligatur domino procurator,sed ex alio contractu, quamvis causa sit eadem. Idque probat propositis duobus exemplis, quæ admodum singularia sunt. Vendidi tibi hereditatem, & cum agerent mecum creditores hereditarii, ut possunt, *l.3.C. de pact.l.2. C.de hered. vend.* te feci procuratorem ad defendendum in rem tuam,inquit,quia ut hereditatem emisti,& loco heredis successisti: te, inquam, feci procuratorem in rem tuam ad defendendum adversus creditores hereditarios, eoque nomine pro te consentiente exposui cautionem judicatum solvi, si quid ex ea cautione conventus præstitero,id à te consequar, non actione mandati, quamvis inter me, & te litis dominum mandatum intercesserit, sed actione ex vendito,ex cujus causa tu debuisti subire onus æris alieni hereditarii,& me,qui vendidi hereditatem,liberare, *l.2. §. sicuti, de here.vend.* Et hæc te obligatio,venditi scilicet, tenuit obstrictum, priusquam tibi mandarem defensionem, & pro te caverem judicatum solvi; ubi antiquior obligatio satis abundeque efficax est, nova neque opus, neque ei locus est. Aliud exemplum est hujusmodi. Qui pro debitore mandatu ejus apud creditorem fidejusserat, cum ex stipulatu à creditore conveniretur, debitorem dedit procuratorem ad defendendum, & pro eo cavit judic. solvi, si ex ea cautione conventus fidejussor aliquid præstiterit, id consequitur à reo principali, non ex posteriore mandato, non actione mandati posterioris, quo ipsi reo mandavit defensionem, sed actione mandati prioris, quo reus ei mandavit, ut pro se fidejuberet, quia & hoc ei mandasse videtur, ut pro se solveret, *l. indebitum, de cond. indeb.* vulgo fertur, *qui fidejubet, solvit*. Sane qui mandat fidejubere, & mandare intelligitur fidejussori,ut solvat. Ubi autem prius mandatum satis plenum est, posterioris ratio non habetur. Ubi antiquior actio, & obligatio plena est, junior pro nulla,aut supervacua habetur. Et hic est sensus, & sententia hujus §. sane elegantissima. Nec quicquam ei obstat *l. si mandatu, in fine, mand.* quam adducit Accursius, cujus species longe diversa est à specie hujus §. in specie *d. l. si mandatu meo, in fine*, debitor creditori suo delegavit suum debitorem, & mandavit creditori, ut cum suo debitore ageret,is egit,nec quicquam exegit: creditori non datur actio adversus priorem debitorem ex pristina causa, sed ex sequenti mandato, quod pristinam causam sequutum est, nimirum, quia mandato, & delegatione debitoris sublata est pristina causa, superest tantum causa mandati. In specie autem secundo loco proposita in hoc §. pristina causa non fuit sublata, & ideo ex pristina causa agitur, non ex nova, quæ pro nulla habetur, quoniam supervacua est.

AD *§.iste,cui hered.* Sequitur in hoc §.fideicommissarium, cui ex Senatusconsulto Trebell.restituta est hereditas, recte procuratorem dare ad exercendas utiles actiones hereditarias, quæ sibi ex Senatusconsulto Trebell.competunt restituta hereditate: recte, inquam, procuratorem dare heredem ipsum, qui ipsi restituit hereditatem. Qua de re tamen ambigi poterat,quia hoc genere mandat suas actiones fideicommissarius heredi, qui easdem habet jure directo & suo nomine. Nec enim directæ actiones transeunt in fideicommissarium Trebellianum, sed utiles tantum. Verum ut respondeam, illæ directæ actiones, quæ remanent apud heredem, qui restituit hereditatem ex Senatusconsulto Trebell. inanes sunt, & inefficaces, quia per exceptionem Trebelliani, vel per exceptionem restitutæ hereditatis infirmantur, *l. Stichum, §. aditio, de solut. l. si qua 28. de jud. l.1. §. quamquam, l.ita tamen, §.qui ex Trebell. ad Senatusc. Treb.* Et ideo applicabitur *huic §.* convenienter admodum *l.112. de reg. jur.* quæ est ex eod. libro 8.

Ad L. CXII. de Reg. jur. *Nihil interest ipso jure actionem quis non habeat, an per exceptionem infirmetur.*

NIhil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur,vel adversarius se per exceptionem tueatur. Denique nihil interest heres, qui restituit hereditatem ex Senatusconsulto Trebell. directas actiones hereditarias non habeat, an per exceptionem restitutæ hereditatis infirmentur. Et ideo jure ipse heres datur procurator ad exercendas utiles actiones, quæ fideicommissario Trebelliano competunt, quia nullas ipse suo nomine videtur habere, *l.75. de verb. oblig.* Et ita illa regula proprie ex illo loco explicanda, quod non animadverterunt interpretes.

AD *§. sed & dominum* L. XLII. Additur in hoc §.recte etiam debitorem,eundemque dominum pignoris à creditore hypothecario procuratorem dari ad exercendam actionem hypothecariam adversus extraneum possessorem pignoris, quia etsi jure dominii debitor ipse suo nomine actionem in rem habeat:non tamen habet actionem in rem jure pignoris, sine mandatu creditoris. Alias qui suo nomine actionem habet, ei ab alio frustra mandatur actio, ut diximus initio hujus l.

AD *§.porro*. Subjicit in hoc §.etiam recte unum ex reis credendi ab altero,cui debitor se soluturum pecuniam constituit, procuratorem dari ad agendum de constit.pecunia;quia in ea actione de constituta pecunia,quæ soli mandatori constituta est,mandator non est correus, sed in actione principali tantum, id est, actionem de constituta pecunia non habet suo nomine. Et e converso etiam recte unum ex reis debendi ab altero, quo cum creditor agit, procuratorem dari ad defendendum, quia actio, vel obligatio, quæ constituitur ei, consistit in persona mandatoris, non consistit etiam eadem in persona sua, sed alia quædam propria, in unoquoque sua propria, *l.9. in fine, de duob. reis constituendis*.

AD *§.penultim.* In *§.pen.h.l.* ostenditur,si agatur inter coheredes fam.ercisc. vel de hereditate dividenda, vel communi dividundo. Nam & hoc judicium inter coheredes esse potest,*l.si filia,§.familiæ,famil.ercisc.* si,inquam,inter coheredes agatur fam. ercisc. vel communi divid. non posse omnes unum eundemque procuratorem dare,quoniam,inquit, res expediri non potest citra adjudicationes, & condemnationes. In his judiciis fam. ercisc. vel communi divid. sin-

gulæ

A gulæ res singulis adjudicantur. At si in alterius persona adjudicatio præponderare videatur, si alterius portio prægravare videatur, is vicissim æquabtatis constituendæ gratia, alteri vicissim certa pecunia condemnatur. Pecunia mensura est æqualitatis. Id vero ita fieri non potest in una persona, quia non potest uni adjudicari res, idemque sibi ipsi condemnari. Itaque per unum hominem, per unum procuratorem hæc negotia explicari non possunt. Igitur singuli coheredes debent dare singulos procuratores, ut commode expediantur adjudicationes, & condemnationes, & dare ante litem contestatam, ut fit. Sunt in hoc *§. μετέωροι*, qui fingunt hic agi de dando procuratore post litem contestatam, qui si daretur post litem contestatam, in ejus persona condemnationes fieri non possent, *l. 14. de his, qui not. inf. l. 1. C. de sent. & interloc.* quia in actionibus civilibus nullus alius condemnari potest, quam is, in quem lis B contestata est. Is, in quem lis contestata non est, etiamsi cætera judicii peregerit, condemnari non potest, & ita explicandus hic §. cui nihil obstat, quod adfert Acours. ex *l. accipientis, de auct. tutor.* unum eundemque tutorem posse auctorem esse *pupillo agenti*, & pupillo defendenti, quia hic *nulla talis est ἀμηχανία*, vel difficultas, quandoquidem non ipse tutor litem agit utriusque, sed pupilli singuli litem agunt separatim, eodem tutore auctore, nec unam eandemque litem, sed diversam. At ut subjicit in hoc §. pen. si unus ex coheredibus plores heredes reliquerit, nullum incommodum vetat omnes ad actionem fam. ercifcundæ unum procuratorem dare, quia & ipsi unius coheredis vice sunt, *l. 48. fam. ercisc.*

C

AD *§. ultim.* In §. ult. ostenditur, fidejussores jud. solvi à reo datos post litem contestatam à reo, eodem reo latitante, & deferente litem, reum recte defendere videri, prout caverunt, si ex suo numero unum procuratorem elegerint, in quem judicium transferatur in solidum, quod deternit reus. Nam quod notandum ex hoc loco maxime hoc casu, etiam si litis contestatione ipsi fidejussores facti non fint domini litis, quia non ipsi litem contestati sunt, sed reus; tamen procuratores dare possunt ad litem exequendam, qoia & suscepta tota defensione pariter litis domini fiunt. Recte igitur videntur rem reumque absentem defendere, si ex suo numero unum procuratorem faciant in solidum, in quem judicium transferatur, quod deseruit reus, vel etiamsi ultro ex eis onus in solidum defensionem suscipiat, vel si D omnes simul pro sua quisque parte, si modo hoc actor æquo animo ferat, *l. 5. §. si plures, judic. solvi.* Alioquin ni susceperint defensionem, in eos committetur stipulatio judicatum solvi, ob rem non defensam. Quæ est sententia *§. ult.*

Ad LLXXXVI. de Solut. *Hoc jure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur. Nam & absurdum est, cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam solvi posse. Si tamen ad hoc datus sit, ut & solvi possit: solvendo eo liberabitur.*

RESTAT ex hoc lib. *l. 86. de solut.* quæ ait, procuratori dato ad agendum, si vicerit, non dari actionem judicati, non posse solvi judicatum, sed domino solvi, ut *l. 28. de procurat.* Et ideo nec ei procuratori dato ad agendum E tantum ante rem judicatam solvi posse. Si post rem judicatam ei solvi non potest, qui litem egit alienam: ergo nec ante rem judicatam ei solvi potest; nisi & hoc ipsum ei mandatum sit nominatim, ot non ageret tantum, sed etiam exigeret, vel nisi fuerit procurator in litem suam, in rem suam, hic enim est loco domini, & ei quoque datur actio judicati, *l. 4. de re judicata*. Quod etiam ostenditur in *l. 13. de pactis*, ubi id fusius exposuimus lib. tertio.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. IX. PAULI AD EDICTUM RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLI. de Procur. *Fœminas pro parentibus agere interdum permittetur causa cognita: si forte parentes morbus, aut ætas impediat: nec quemquam, qui agat, habeant.*

Ad L. XLIII. eod. *Mutus & surdus per eum modum, qui procedere potest, procuratorem dare non prohibetur, forsitan & ipsi dantur, non quidem ad agendum, sed ad administrandum.*

Ad §. Cum quæretur, *an alicui procuratorem habere liceat, inspiciendum erit, an non prohibeatur procuratorem dare, quia hoc edictum prohibitorium est.*

Ad §. In popularibus *actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit: defensionem ut procurator præstare cogendus non est.*

Ad §. Is, qui curatorem *alicui præsens petat, non aliter audietur, nisi adulto consentiente: quod si absenti: ratam rem eum habiturum necesse habet dare.*

Ad §. Pœna *non defendentis procuratoris hæc est, ut denegetur ei actio.*

Ad §. Si procurator *agat, & præsens sit absentis servus: Atilicinus ait servo cavendum, non procuratori.*

Ad §. Qui non cogitur *defendere absentem, tamen si judicatum solvi satisdedit defendendi absentis gratia, cogendum procuratorem judicium accipere, ne decipiatur ii, qui satis accepit. Nam eos, qui non coguntur rem defendere, post satisdationem cogi. Labeo, causa cognita temperandum: & si captio actoris sit propter temporis tractum, judicium eum accipere cogendum: quod si aut adfinitas dirempta sit; aut inimicitiæ intercesserint, aut boni absentis possideri cœperit.*

Ad. L. XLV. eod. *Non cogendum. Sabinus autem nullas prætoris partes esse ad compellendum defendere: sed ex stipulatu ob rem non defensam agi posse: ac si justas causas habeat, cur judicium accipere nolit, fidejussores non teneri: quia vir bonus arbitraturus non fuerit, ut qui justam excusationem afferret, defendere cogeretur. Sed & si satis non dedit, sed repromittenti ei creditum est: idem statuendum est.*

Ad §. Qui ita *de publico agunt, ut & privatum commodum defendant: causa cognita permittuntur procuratorem dare, & postea alius agens exceptione repelletur.*

Ad §. Si procuratori *opus novum nuntiatum sit: isque interdicto utatur, ne ei vis fiat ædificanti: defensoris partes eum sustinere, nec compelli cavere ratam rem dominum habiturum, Julianus ait. Et si satisdederit, non animadverto (inquit Julianus) quo casu stipulatio committatur.*

IN hoc libro, quantum apparet ex *l. 41. 43. & 45. de procurat.* Paulus egit de eo edicto, ex quo, qui agit absentis nomine, & absentem viri boni arbitratu defendere debet. Quod de procurat. lib. sup. fecimus edictum tertium, & de alio edicto, quod nunc facimus quartum, & est de his personis, quæ procuratorem dare, darique non possunt, & dicitur esse edictum prohibitorium, *l. 43. §. 1.* quia in eo prætor certas personas prohibet procuratorem dare, vel procuratorem habere, veluti infames, *§. ult. Instit. de except.* extra quas cuilibet procuratorem habere licet, & in actionibus, quas habet adversus alium, vel quas alius adversus se habet, quæ ei, vel adversus eum competunt, & in administratione rerum, aut bonorum, & secundum hoc initio legis 43. Paulus ait, mutum & surdum procuratorem dare posse ad agendum, vel defendendum scilicet; & multo magis ad rerum administrationem, nimirum, quia edicto non prohibetur mutus, & surdus habere procuratorem. Dare igitur procuratorem possunt ad lites, per eum modum, inquit, Paulus, qui procedere potest, κατὰ τὸν ἐνδεχόμενον τρόπον, id est, si intelligant quid agant, idque quod agunt, quod intelligunt se agere propalam demonstrant, *l. propalam 2. inf. de bon. poss. furioso, & infanti*, &c. nam & in mandato contrahendo,

quod negotium solum contrahitur inter dominum, & procuratorem, nudus consensus sufficit, nec ulla verborum proprietas necessaria est. Eodem modo Innocentius Pontifex Rom. in *cap.23. ext. de sponsal. & matri.* mutum, & surdum matrimonium contrahere posse, quia, inquit, quod sumit ex hac lege 43. cum & prohibitorium sit edictum de matrimonio contrahendo, quicumque non prohibetur per consequentiam admittitur, & sufficit ad matrimonium solus consensus eorum, qui coeunt, & quorum in potestate sunt. An autem mutus, & surdus etiam procuratores dari possint, Paulus in hac l. explicat his verbis: *Forsitan*, inquit, *& ipsi quidem dantur, non ad agendum quidem, sed ad administrandum*, forsitan autem, inquit, more Academicorum; interim tamen, & exprimens suam sententiam eo genere loquendi, & placet versus ille Accursii:

Sub dubio forte, respondent sæpe periti.

Ergo hoc ait Paulus, mutum, & surdum non posse procuratores dari ad agendum, vel defendendum, sed ad administrandum tantum, optima ratione, quia res, sive bona administrari possunt etiam ab eo, qui non loquitur, nec audit. Lis autem ab eo agi, & judicium exerceri sane non potest, ubi interrogationes, responsiones, disceptationes frequenter necessariæ sunt. Qua ratione nec surdus, aut mutus tutor esse, aut dari potest, *l. 1. §. ult. de tut. l. pen. §. mutus, de legit. tut.* Quia non tantum bonis administrandis tutor datur, sed etiam litibus exercendis, quæ ad pupillum pertinent, vel ad præbendam auctoritatem pupillo litiganti necessariam, vel quod aliud gerenti civile negotium, quod expediri sine sermone tutoris non potest. Porro ex aliis, qui in actionibus procuratores dari non possunt, sunt etiam infames jure veteri, non novo, *§. ult. Instit. de except.* Sunt ex his etiam milites, *l. 8. §. militer, & l. 54. h. t.* Itemque fœminæ, *d. l. 54. l. 2. de reg. jur.* nisi forte pro parentibus, ut ait idem Paulus *l. 41.* fœminis interdum permitti causa cognita pro parentibus agere, si forte, inquit, parentes morbus, aut ætas impediat, nec quemquam alium, qui agat, habeant: alioqui fœminæ fieri ad actiones procuratores non possunt. Ejus generis sunt impuberes, *d. l. 2. §. ult. de reg. jur.* nam etsi impuberes sint, possunt quidem fieri procuratores ad administrandum, sicut & institores fieri possunt: nam & imputatur ei, qui eis committit administrationem rerum suarum: sed non possunt etiam fieri procuratores ad agendum, vel defendendum.

AD *§. in popularibus*. Sequitur in d. l. 43. in popularibus actionibus non esse locum edicto, quo cavetur, ut qui alieno nomine agit, eum defendat, cujus nomine agit, quia *is*, qui pop. act. agit, non debet invicem populum, sive remp. defendere, si reconveniatur nomine reip. ab eo, quo cum agit populari actione. Et ratio hæc est, quia suo nomine agit, ut unus de populo, non populi nomine, non ut actor, vel procurator populi, aut civitatis: Et edictum illud loquitur de eo tantum, qui alieno nomine agit, ut & vicissim eum, cujus nomine actionem dari sibi postulat, defendat viri boni arbitratu. Alioquin si quis agat non ut unus ex populo, sed ut actor populi, vel civitatis constitutus decreto ordinis, proculdubio & populum, sive remp. defendere cogetur, ex eodem edicto, ut hoc ipso libro Paulus scripsit, *l. 6. §. actor, tit. seq.*

AD *§. is, qui curatorem*. Loquitur de curatore adolescentis, qui in litem datur, non de curatore negotiorum, aut rerum adolescentis, quoniam hic titulus est de procuratoribus ad lites, quibus non possunt apte curatores adjungi, nisi qui ad lites curatores sunt. Curator autem adolescenti ad litem petitur vel præsenti, vel absenti: si præsenti, consensus adolescentis exigitur: si absenti, ratihabitio. Qua de re etiam, ut hic proponitur, cavere debet adversario adolescentis is, qui ei absenti curatorem petit, videlicet, ratam rem eum habiturum. Quæ stipulatio committitur, si reversus adolescens non agnoscat quæ is curator egit, quodve cum eo actum est in judicio, nimirum ut qui petiit curatorem absenti, & adversario cavit de rato, adversario præstet, quanti ejus interest, denuo eandem litem non agere, aut

A re, quam retractat reversus adolescens, & propter impendia, quæ in priorem litem cum curatore expertus fecit. Et ita explicandus est hic §. Videtur tamen huic obstare, quod dicitur, invito adolescenti dari curatorem ad litem, *§. 1. Instit. de curat.* Sed hoc ita accipiendum est ex *l. 3. §. pen. de tut. & l. 1. C. qui petant. tut.* ut si adolescens, quo minus cum eo agatur, sibi curatorem dari nolit ad litem, tum cogatur curatorem accipere, quem dederit prætor, ne frustretur actor, ne sit inane, elusoriumque judicium: quia sine curatore cum adolescente lis nulla est. Adolescens non est justus, & legitimus litigator sine curatore, qui suppleat, quod ejus ætati deest, *l. 2. C. qui leg. pers. stan. in jud. habent.* Non datur quidem curator ad litem adolescenti, nisi præsenti, aut petenti, aut consentienti ei, qui petit: sed si neque alius petat, neque ipse petere velit, ut judicium ratum

B sit à prætore, datur etiam invito. Quod si forte datus sit absenti, & ignoranti, reversus alium curatorem petere potest, neq; cogitur ratam facere dationem curatoris se absente factam, ratumve facere, quod is interim gessit in judicio.

AD *§. Pœna non*. Hoc est omnino ex edicto prætoris, ut cujus nomine quis postulat actionem sibi dari, & vicissim, ut recte defendat eum: aut si non defendat, denegetur ei actio, quam postulat, *l. 7. de nov. op. nunt. l. 3. §. ult. ser. amot. l. un. C. de satisd.* Quod & notandum ad illud edictum, sive adjiciendum, quod proponitur in *l. 43. §. pen.* Nam & hoc edicto expressum fuisse ait *l. 5. C. eod. tit. de procur.* ut non defendenti denegetur actio, quam postulat nomine absentis.

C AD *§. Si procurator*. Sententia hæc est. Si procurator agat nomine absentis, reo cavere debet de rato, si dubitetur de mandato, & vicissim procuratori reus, si invicem agat, aut etiam si non invicem agat: Si, inquam, procurator agat nomine absentis, reo cavere debet de rato, & reus vicissim cavere debet procuratori jud. solvi: procuratori, inquam, nisi præsens sit absentis servus: tunc enim servo domino stipulanti reus cavere debet judic. solvi, non procuratori, quia per servum domino adquiritur actio directa: per procuratorem adquiritur utilis, non directa: quia regulariter per liberam personam non adquiritur actio. Per procuratorem igitur non adquiritur domino actio directa, sed utilis tantum, & melius est experiri directa actione, quam utili, ut hic locus aperte docet. Et sane non est necessaria utilis, ubi competit, aut directa competere potest, *l. pen. inf. de sent.*

D *pass. l. si reus, ad Senatusconf. Trebell.* Qua ratione, & servo civitatis, si præsens sit reus, quo cum actor civitatis agit, nomine publico cavere debet judic. solvi potius, quam actori, *l. ult. tit. seq.*

AD *§. ultimum*. L. XLIII. Quod proponitur in *§. ult.* hujus *l. 43.* quodque coheret cum initio legis 45. ejusdem Pauli, majoris est momenti, & id explicabo dilucide. Is, qui cogitur absentem defendere ex edicto prætoris, præstita cautione judicatum solvi, qui ejus nomine agit, quod jam dictum est sæpe, ut actor satisdat de rato, ut defensor satisdat jud. solvi, & cogitur omnino eum defendere, nisi velit actionem ei denegari: cæterum qui absentis nomine non agit, sane invitus absentem non cogitur defendere, *l. 8. §. invitus, & l. invitum,*

E *C. eod. tit. l. 156. de reg. jur.* nisi scilicet: nam duæ sunt exceptiones, & prima hæc est: nisi, inquam, pro eo consentiente dominus caverit jud. solvi, qui consensit, dominum defendere cogitur, & judicium accipere ex primo edicto Prætoris, *l. 8. §. ult. hoc tit.* Itemque, quæ est secunda exceptio, nisi ut ostenditur in hoc §. ultimo, jam ipse, qui se obtulit defensioni, satisdederit, aut repromiserit, quum ei creditum est judic. solvi. Nam præstatio cautionis hujus initium defensionis est, qui autem cœpit defendere absentem, honeste non potest imperfectam defensionem omittere. Ergo post præstitam satisdationem, vel repromissionem jud. solvi, cogitur omnino judicium accipere, & cætera litis exsequi, & ad extremum perducere. Et ita sentiebat Labeo, ut Paul. refert in hoc §. hac ratione, ne de-

cipia-

cipiatur is, cui cavit judic. solvi. In qua cautione inest & clausula de re defendenda, de judicio accipiendo, & lite contestanda, & judic. solvi. Ne decipiatur ergo is, qui satis accepit, neve in captionem seu fraudem incidat propter temporis tractum, ut *l.12. sup. hoc tit.* puta actione temporali (quæ actori competebat, qui satis accepit) temporis tractu perempta, dum ille, qui satisdedit judic. solvi, cunctatur in judicio accipiendo, in lite contestanda, judicio accepto actio temporalis perpetuata fuisset domino. Et ideo si dum is moratur judicium accipere, actio tempore perierit, ne ea res sit fraudi actori, omnimodo cogitur judicium accipere, qui ultro satisdedit, vel repromisit judicatum solvi cum non cogeretur absentem defendere. Ex causa tamen, ut idem Labeo dicebat, nec post satisdationem sive repromissionem jud. solvi, ille cogitur judicium accipere, nec stipulatio judic. solvi committitur adversus eum. Exempli gratia: si is, qui cavit judic. solvi, fuerit gener ei, quem cœpit defendere, & hæc affinitas ei fuerit causa suscipiendæ defensionis, quæ morte uxoris dirempta fuerat, ut affinitas morte perimitur, *§. affinitatis, Instit. de nupt.* Et in Sextiana: *Albino soceri nomen ademisse mortem filiæ.* Si paulo post præstitam cautionem jud. solvi affinitas dirempta fuerit, non exequetur cætera litis, nec judicium accipiet invitus. Idem erit, si capitales inimicitiæ intercesserint inter eum & dominum absentem, vel etiam, ut subjicit in fine hujus *l.43.* si bona absentis, quem cœpit defendere, cum non cogeretur, à creditoribus possideri cœperint, ut periculum sit, ne veneant, ne absens redigatur ad extremam paupertatem, ne ei vivo funus ducatur, ut est in Quintiana: nam pro mortuo habetur is, cujus bona possidentur à creditoribus, proscribuntur, & veneunt, *l. actione, §.1. pro socio.* Et hoc igitur casu, qui cœpit eum defendere, juste recusat judicium accipere, & defensionem ejus subire, qui in eo est, ut redigatur ad egestatem. Quod & confirmat *l. Titius, hoc tit.* Sed si nulla justa caussa fuerit recusandi judicii, sane, qui cum non cogeretur absentem defendere, cavit jud. solvi, omnimodo cogitur judicium accipere, & litem contestari, ex sententia Labeonis, nam ex Sabini sententia, quæ videtur obtinuisse, & quæ proponitur ab eodem Paulo initio l.45. ex Sabini inquam, sententia, qui fuit diversæ Scholæ, is, qui non cogitur defendere, etiamsi satisdederit, aut repromiserit jud. solvi, non cogitur omnimodo, id est, destricte, & præcise judicium suscipere, & litem contestari: sed stipulatio adversus eum committitur ob rem non defensam, & præstando actori id, quod interest, liberatur. Cæterum si agatur cum eo ex stipulatione judic. solvi, ob rem non defensam, in eo judicio æstimabitur, justam ille habuerit necne causam recusandi judicium accipere, ut si justam habuerit, absolvatur, quia non simpliciter suscipere defensionem, & reum defendere promisit, sed boni viri arbitratu; & boni viri arbitratui congruit, ne judicium suscipere cogatur, qui id recusandi justas causas habet, *l. vir bonus, judic. solvi.* Sin vero justam causam non habuerit recusandi judicii, condemnetur quanti ea res est: non etiam destricte judicium accipere cogatur. Hæc fuit sententia Sabinianorum, quæ etiam obtinuit. Cui nequicquam obstat *l.35. §. ult. hoc tit.* quæ defensorem ait, omnimodo compelli judicium accipere, præcise compelli judicium accipere, nec sufficere ob rem non defensam stipulationem committi, quia, ut breve faciam, ille §. eaque lex tota de eo loquitur, qui cogitur defendere eum, nimirum cujus nomine agit, & cogitur judicium suscipere, nisi & ex justa causa recuset nomine ejus experiri, vel agere, vel æque ex justa causa mutetur, & removeatur, qui agit absentis nomine, si absit justa causa, & absentem præcise cogitur defendere. Idemque statuendum est de eo defensore, pro quo consentiente judicatum solvi dominus satisdedit: nam hic omnino cogitur dominum defendere, aut judicium accipere. Paulus autem in *d. §. ult.* & initio *leg. 45.* loquitur de eo, qui non agit absentis nomine, & ideo non cogitur præcise absentem defendere, tametsi caverit jud. solvi: sed sufficiet committi stipulationem ob rem non defensam. Idem statuendum de eo defensore, pro quo non consentiente dominus satisdedit jud. solvi, ut scilicet non compellatur judicium accipere, nec agi etiam cum eo possit ob rem non defensam, qua de re nihil cavit, sed agi tantum possit cum domino, qui cavit illo ignorante, & non consentiente, *l.14. sup. hoc tit.*

AD *§. qui ita L.XLV.* Exposui controversiam Labeonis, & Sabini, & dixi de eo, qui cum non cogeretur alium defendere, tamen pro eo satisdedit, vel repromisit judic. solvi, an omnimodo compellatur judicium accipere, Labeone dicente omnimodo compellendum esse, contradicente Sabino, nullas partes prætoris esse ad compellendum eum judicium accipere, & sufficere cautionem, vel satisdationem jud. solvi committi in solidum. Quæ sententia videtur obtinuisse, magisque probari à Paulo, quod sit ab eo relata secundo loco, nempe initio *l. 45.* Videtur igitur ab eo probata, quod relata sit posteriore loco. Nunc sunt nobis explicanda cætera, quæ sunt in ea *l.45. §. qui ita, & §. si procuratori: §. qui ita,* est de pop. act. qua qui agit, si & privatum commodum persequatur, aut defendat, ut in exemplis propositis, & explicatis sup. lib. ad *l.42.* quamvis ubi privatum commodum non defendit ante litem contestatam, non possit procuratorem dare, *l.5. de pop. action.* hoc tamen casu eum & de publico agit, & de suo privato commodo causa cognita, ut Paulus ait hoc loco, ei procuratorem dare permittitur. Causa cognita, id est, eo cognito, & patefacto, rem ad eum pertinere. Et ita in *l.64. hoc tit.* de qua tractabam non ita dudum, causa cognita sic accipi debet, id est, eo cognito litem nondum esse contestatam à defensure, dominum si velit judicium accipere suo nomine, audiendum esse. Quæ interpretatio probabilis est, & probata, omnem tollit dubitationem, & omnem suspicionem adsciti glossematis. Ergo ait Paulus in hoc §. qui agit populari actione, si ea res etiam ad eum pertineat, proprie ante litem contestatam causa cognita, id est, si liqueat rem ad eum pertinere, procuratorem dare potest, & postea, inquit, alius agens, exceptione repelletur. Quo loco, *postea*, vel est, *post rem judicatam*, vel *post litem contestatam* à procuratore, quem ad eam litem fecit procuratorem. Post rem judicatam alium repelli exceptione rei judicatæ, *l. 3. de pop. act. l. 6. de sep. viol.* Post litem vero contestatam alius si agat, repellitur except. doli, ut hoc loco recte Basilica interpretantur, *ἢ κινῶν ἕτερος μετὰ ταῦτα ἐκβάλλεται δόλου παραγραφῇ.* Quod confirmat etiam *l.3. §. si is, cujus, de sep. viol.* quæ ostendit, nonnisi ante litem ab alio contestatam admitti ad actionem sep. viol. quæ est popularis, eum, ad quem ea res pertinet. Post litem ergo contestatam non admitti præventione unius ex populo, qui agere cœperit, excludi cæteros, sicut fit in criminalibus causis publicorum judiciorum, in quibus scilicet præventione unius accusatoris cæteri omnes excluduntur, *l. 9. C. de accusat.* Sicut etiam fit pluribus simul factis procuratoribus ad actionem unam in solidum, ut jam dictum est supra ad *l. 32. hoc tit.* præventione unius procuratoris cæteros excludi.

AD *§. ult. si procuratori*. Venio ad §. ult. qui sane difficillimus est, quoniam ut ejus verba concepta sunt, hunc sensum referunt: procuratorem vicini, qui vicinum ædificanti novum opus nuntiavit, si egerit interdicto adversus eum, ne ei vis fiat ædificanti, defensoris partes sustinere, & ideo de rato cavere non debere. Video & agnosco eo interdicto agere posse procuratorem, vel dominum, cui nuntiatum est novum opus, si modo satisdederit de opere restituendo, vel demoliendo, si judicatum fuerit, jus ei non fuisse ædificandi, jus fuisse vicino prohibendi, & impediendi, quæ satisdatio tantum potest, quantum satisdatio jud. solvi. Video etiam, & agnosco, regulariter eum, qui absentis nomine agit, de rato cavere debere ex edicto prætoris, *l. 33. §. ult. hoc tit.* non etiam eum, qui defensoris partes sustinet hic cavere debet judic. solvi, non de rato in actionibus personalibus, exceptis casibus certis, de quibus sup. libro diximus ad *l.36.* Verum, ut qui agit interdicto, *ne vis ei fiat ædificanti*, defensoris partes sustineat, vel, ut dicam explicatius, ut qui actor est, reus sit, vel rei partes sustineat,

stineat, vel sustinere possit, qua ratione id fieri possit non video. Cum imo, qui eo interdicto convenitur, expressim dicatur obtinuisse partes defensoris, *l.5. §.ult. de novi oper. nunt.* Et retro igitur is, qui eo interdicto agit, partes actoris sustinet, si is, qui convenitur partes defensoris sustinet. Ergo qui convenit, partes actoris sustinere dicitur hoc loco, alioquin nullum esset judicium, nulla lis: & ex eo solo pendet hujus §. difficultas. Ideo autem si eadem esset species *d. §. ult.* quæ est *d. l.5. §. ult.* adhibita *l.6.* nullus esset labor. At longe sunt diversæ species ab illa, quæ proponitur *d. l.5. §. ult.* qui dicitur defensoris partes sustinere, & revera defensor est, & ideo non cavere debet de rato. In hac autem specie, qui actor est, non defensor, dicitur defensoris partes sustinere, & ideo non cavere dicitur de rato. Species *d. l.5. §. ult.* est hujusmodi: procurator meus vicino ædificanti novum opus nuntiavit, & ab eo satis accepit de opere restituendo, si judicatum esset, jus sibi non esse ædificandi, & nihilominus idem procurator meus eum prohibet, & impedit post satisdationem, ne ædificet: Qua ex causa ei adversus procuratorem licet experiri interdicto ne vis fiat sibi, quo minus ædificet. Hoc interdictum proponitur in *l. prætor ait, §. deinde, eod. tit. de novi op. nunt.* In hoc interdicto procurator meus sustinet partes defensoris, & cavere debet jud. solvi, non de rato. Qua ratione, ut ait *l.6.* nec opponi ei potest procuratoria exceptio, quasi & hoc ei mandatum non sit, ut dominum defenderet, cujus mandatu nuntiavit novum opus, quæ defensio quoque ex causa illius interdicti, vel qua alia secundum tenorem edicti perpetui ei mandata fuisse intelligitur. Cui mandatur actio, mandari etiam defensio videtur. Et sufficit agentem cavere de rato, nec necesse est, eundem quoque invicem defendentem, eandem cautionem iterare. Certissima est, & evidens ratio *d. l.5. §. ult. & l.6.* species quoque evidentissima. Species autem, & sententia hujus §. ultimi hæc est. Procuratori mei vicini facienti novum opus mandatu mei vicini, nuntiavi novum opus, ne pergeret facere, ne quid moliretur, aut ædificaret procurator, ut nihilominus pergeret ædificare, satisdedit, vel repromisit de opere restituendo quod faceret, si secundum me judicatum esset, quæ cautio pro remissione nuntiationis est, *d. l.5. §. is, qui.* At si post satisdationem adhuc eum prohibeam opus facientem, & ideo adversus me agat interdicto, ne vis sibi, aut domino fiat, quo minus ædificet, actor quidem est, sed tamen non debet cavere de rato. Regulariter ex edicto, qui agit alieno nomine, cavere debet de rato, hic agit alieno nomine supradicto interdicto, nec tamen cavere debet de rato. Et ut intelligere oportet, quamvis sit actor, revera videtur eatenus defensoris partes sustinere, quatenus non cavet de rato. Ideo autem non cavet de rato, quia nec si eam cautionem interposuerit, ut ex Juliano Paulus refert, ullo casu committi potest. Inanis est, & ridicula interpositio cautionis, quæ nunquam committi potest, quæ usui esse non potest si caverit de rato: hæc cautio, sive stipulatio, quo casu committi possit, Julianus ait, se non animadvertere, & ideo non esse interponendam. Nullo vero casu committi potest, quia non potest dominus, cujus mandato procurator novum opus instituit, non habere ratum, quod procurator illo interdicto egit, quia mandata ædificatione, & id ei mandasse videtur, sine quo ædificium expediri non potest, *l.56. & 62. hoc tit.* Datur ergo in hoc *§. ult.* casus singularis, quo qui agit alieno nomine, non cavet de rato, quia ut est in *l.6. in princ. de cond. indeb.* quum quis quid mandasse videtur, non est expectandum, ut id postea ratum habeat. At in *d. l.5. §. ult. & l.6.* datur longe alius casus, quo scilicet secundum regulam juris, qui alium defendit procuratorio nomine, cavet judicatum solvi, non de rato, & ut est in *§. pen.* ejusdem *l.5.* & in *l.36. hoc tit.* dantur etiam longe alii quidam casus singulares, quibus contra regulam juris, qui alium defendit, cavet de rato, quibus & alios adjunximus ad *d. l.36. lib. sup.* Et ii casus temere commiscendi non sunt, sedesve eorum mutari, id est, hæ tres leges confundendæ non sunt, *d. l.5. §. ult. & l.36.* & hæc *l.45. hoc tit.* Et ita si distinguantur, nulla erit difficultas.

Ad L.IV. Quod cujusque univers. *Plane, ut duæ partes decurionum adfuerint, is quoque, quem decernent, numerari potest.*

HÆc lex pusilla est, nec longi subsellii. Paulus à procuratoribus transit ad actores, sive syndicos civitatum, qui quasi procuratores sunt, *l.6. §. actor, hoc tit.* quasi, inquit, procuratorum partibus funguntur, nec tamen proprie procuratores sunt, quia non mandato constituuntur, sed decreto ordinis, nec inter eos, & civitates, vel alias universitates obligatio mandati consistit, sed vel neg. gest. vel ex stipulatu, vel extraordinaria. Constituitur actor civitatis decreto ordinis: ordo autem non aliter habetur, quam si adfuerint duæ partes decurionum, *τὸ πλεῖον μέρος*, id est, major pars, *l.3. hoc tit. l.3. de dec. ab ord. fac.* Ergo in actore decernendo duæ partes decurionum adesse debent: non exigo, ut duæ partes eum decernant, sed ut in eo decernendo adsint duæ partes, & major numerus earum partium eum decernat actorem. Nec rursus dico, eum, quem decreverit major numerus, in majori illo numero computari, ejusque suffragium eidem prodesse, quasi & se ipse decernere possit, quod & pontifices probant in *capit. cum in jure, extra de elect.* quod & adduxit hoc loco Accursius, adeo ut si sint septem Electores, ut sunt hodie Imperatoris Electores 7. & tres elegerint unum ex eo numero, tres alii extraneum, antistare censeant eorum electionem, qui unum ex suo numero elegerint, si modo is electioni de se factæ præbuerit adsensum. Sed dico ex sententia Pauli in hac *l.4.* neque enim aliam præ se fert sententiam, eum, qui actor decernitur, adnumerari majori parti, quæ adesse debet, non etiam adnumerari majori numero decernentium eum actorem. Et ita sentio.

Ad L.VI. eod. *Item eorum, qui in ejusdem potestate sunt, quasi decurio enim hoc dedit, non quasi domestica persona. Quod & in bonorum petitione, erit servandum: nisi lex municipii, vel perpetua consuetudo prohibeat.*

Ad §. Si decuriones decreverunt, *actionem per eum movendam, quem duumviri elegerint. is videtur ab ordine electus, & ideo experiri potest, parvi enim refert, ipse ordo elegerit, an ii, cui ordo negotium dedit. Sed si ita decreverint, ut quæcumque incidisset controversia, ejus petendæ negotium Titius haberet: ipso jure id decretum nullius momenti esse: quia non possit videri de ea re, quæ adhuc in controversia non sit, decreto datam persecutionem. Sed hodie hæc omnia per syndicos solent secundum locorum consuetudinem explicari.*

Ad §. Quid, *si actor datur, postea decreto decurionum prohibitus sit: an exceptio ei noceat? & puto sic hoc accipiendum, ut ei permissa videatur, cui & permissa durat.*

Ad §. Actor universitatis, *si agat, compellitur etiam defendere: non autem compellitur cavere de rato. Sed interdum, si de decreto dubitetur, puto interponendam & de rato cautionem. Actor itaque iste procuratoris partibus fungitur: & judicati actio ei ex edicto non datur, nisi in rem suam datus sit: & constitui ei potest. Ex iisdem causis mutandi actoris potestas erit, ex quibus etiam procuratoris. Actor etiam filiusfamilias dari potest.*

EX initio legis 6. intelligimus, patrem, & filiumfam. & duos, vel plures fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, in eadem curia, eodemve Senatu (in municipiis, curia dicebatur minor Senatus: decuriones minores Senatores) In eadem, inquit, curia, eodemve Senatu, decuriones, aut Senatores esse possunt pater & filius, vel duo fratres, & in actore civitatis, vel curiæ decernendo, atque etiam in honore aliquo veluti duumviratu decernendo, nisi id lex municipalis, vel consuetudo prohibeat, patris suffragium filio prodesse, & filii suffragium patri prodesse, ut *l.5. hoc tit.* Et similiter fratris fratri, quamvis in ejusdem potestate patris sint. Et ratio hæc est, quia pater filio, vel filius patri, vel frater fratri suffragium dat quasi decurio sive Senator, non quasi domestica persona, sed suffragium suum sibi prodesse non posse. At si filiusfamilias, vel pater, qui eum habet in potestate, vel frater, qui in ejusdem pa-

tris

Digitized by Google

tris potestate est, hoc in casu haberetur pro domestica persona, idem ipse sibi suffragium ferre videretur, quia vinculum patriæ potestatis facit, ut pater, & filius, utque fratres, qui in ejosdem patris potestate sunt, pro uno codemque homine habeantur: sicut è contrario dissolutio potestatis facit, ut habeantur pro pluribus, atque diversis, *l. 10. de opt. leg.* Ex domestica persona æstimatur non ex cognatione, vel contubernio, sed ex vinculo potestatis, ut Theoph. noster ait in *§. pater, Inst. de test. ord.* ἐκ τῆς ἐξουσίας τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι. Idcirco suffragium patris, aut filii, aut fratris quasi suffragium accipitur publicæ personæ, id est, decurionis, non domesticæ, ut prosit suffragium filii patri, vel patris filio, vel fratris fratri, si datum ei sit: nec spectatur jus potestatis, quod etiam non spectari dicitur in iis, quæ ad causam, jusve publicum pertinent, *l. 14. ad Senatusc. Trebell.*

AD §. *Si decuriones*. Additur in hoc §. nihil referre, ipse ordo eligat, & decernat actorem, syndicum, vel ἔκδικον, his tribus appellationibus idem significatur, an vero is, cui ordo negotium, & potestatem dedit, ut actorem eligeret, ut puta si major pars decurionum decrevit, ut is esset actor, quem duumvir, id est, magistratus municipalis elegerit, quem magistratum municipalem certum est, fuisse ex ordine, sive corpore decurionum, *l. 3. §. ult. de pecul. l. honores, §. is, cui, de decur.* quem elegit is, cui potestatem eligendi major pars ordinis dedit, vel is, cui idem negotium major pars ordinis dedit, universus ordo elegisse videtur, ac proinde jure datus, ac constitutus esse intelligitur.

AD §. *Sed si, & §. Quid si*. Sequitur in *§. sed si ita*, ipso jure nullum decretum esse videri, quo actor generaliter constituitur decreto ordinis ad lites futuras: Puta, inquit, ut quæcunque inciderit controversia, ejus petendæ negotium L. Titios habeat tanquam actor civitatis, vel municipii. Petendæ controversiæ, id est, in petitionem deducendæ, ut *l. de rebus, de recept. & qui arb. rec.* Species peti dicuntur, id est, certæ quædam controversiæ, quæ in petitionem deducuntur. Id vero decretum, quo actor municipum fit ad lites futuras, utile, & æquum non esse videtur: ideo nullum esse videtur, qu a maxime alienum est à natura decretorum publicorum, ut fiant de iis rebus, quæ nondum sunt. Et tamen constat procuratorem dari posse in privatorum causis ad lites futuras, *l. 3. sup. tit. prox.* Imo prudentis patrisfam. est, maxime, si longinquo sit absuturus, sibi prospicere in futurum, procuratore domi relicto omnium litium, quæcumque inciderint post profectionem suam. Et hæc est alia differentia inter procuratorem, & actorem. Prima hæc fuit, quod procurator mandato constituatur, actor decreto decurionum. Hæc igitur erit secunda. Sed & quod ad hanc secundam differentiam attinet, subjicit Paulus, hodie quibusdam locis esse receptum, ut syndicus, id est, actor municipum decernatur in perpetuum, per quem lites omnes extantes, & futuræ exerceantur, quæ ad rempublicam, sive municipium pertinebunt. Communia autem multa esse inter procuratorem, & actorem, quæ sequuntur in hac l. ostendunt, à *§. actor* ad finem l. Ac primum quidem, ut procurator re integra revocari potest, *§. recte, Instit. de mand. l. 16. sup. tit. prox.* ita & actor decreto datus, contrario decreto prohiberi potest, re scilicet integra, *§. quid si actor*, conjuncto *§. pen. in hac l. 6.* quia actori publico commissa videtur actio causæ publicæ, cui, inquit, & permissa durat. Et ideo sicut revocato mandato, agenti procuratori nocet exceptio procuratoria, ita & revocato decreto, agenti actori civitatis nocet quasi procuratoria exceptio. Quia, ut ait, procuratoris partibus fungitur, nempe hæc exceptio, si non postea agere prohibitus sit. Item sicut procurator ante litem contestatam procuratorem in rem eandem facere non potest, *l. si procuratorem, §. si quis mandaverit, mand.* ita nec actor civitatis, *l. 14. sup. de procur. nec civitatis actor*, inquit, *negotium publicum per procuratorem agere potest*, ante litem contestatam scilicet: nam litis contestatione efficitur dominus litis, & ad negotium publicum alium actorem recte facit. Item sicut pro-

A curator, si agat, cogitur eum defendere, cujus nomine agit, ex edicto prætoris, *l. 33. §. pen. sup. tit. prox.* ita & actor civitatis, vel universitatis cujuscumque si agat nomine publico, compellitur etiam defendere universitatem, quod Paulus proponit hoc loco in *§. actor*. Item procurator datus ad agendum, cavere debet de rato, maxime si de mandato dubitetur, an duret, vel an intervenerit, *l. 3. §. pen. ut in poss. leg. l. 6. §. pertinere, de edendo, l. quid ita, §. 1. ad Senatusc. Treb. l. 1. C. de procur.* Aut (quod summe notandum est) si ex iis personis sit is, qui agit nomine alieno, quæ sine mandato agere possunt, ut si sit pater, aut filius, frater, aut affinis virilis sexus, avus, nepos, libertus, *l. 35. in princ. de procurat.* hæ personæ possunt agere nomine alieno sine mandato, sed tamen, ne decipiatur adversarius, omnimodo cavere debent, rem ratam dominum habiturum,
B *l. 8. in princ. tit. seq.* Actor quoque civitatis, si dubitetur de decreto, περὶ ψηφίσματος, compellitur cavere de rato, ut & hoc loco Paulus ostendit. At plerumque dicitur actor civitatis non cavere de rato, ut *l. 9. rem rat. haberi*, quia scilicet raro evenit, ut non liqueat de decreto, quo factus est actor publice, & solemniter. Idemque eadem lex statuit *de magistro*, ut ait, *cujuscumque universitatis*, veluti de magistro collegii cujuscumque, cujus eadem est potestas, quæ actoris civitatis. *Actor*, inquit, *civitatis, vel magister universitatis de rato cavere non debet*. Et ita in inscriptione Veronensi legitur, *Magistro Veronensis collegii centenariorum*. Et in Roman. inscriptione, *Magistro collegii fratrum Arvalium*, & in alia, *Ordo sacerdotium magistro suo*. Et apud Valer. *Magistrum collegii Saliorum*. Sane ita est, plerumque non cavent de rato, quia constituti sunt
C publice, ex communi decreto, & solemniter: sed si quandoque tamen dubitetur de decreto, etiam ab eis exigitur cautio de rato. Et ita dicemus, tutorem, vel curatorem, non cavere de rato, quia etiam sine mandato rem in judicium deducere potest suo jure quodam, vel potius, quia mandatæ ei intelliguntur actiones omnes, quæ ad pupillum, vel ad adolescentem spectant injuncto munere tutelæ, vel curæ. Ideo, inquam, tutorem, vel curatorem non cavere de rato, adjecta eadem exceptione, nisi dubitetur, an sit tutor, vel an duret tutela, vel an gestus, & administratio ei concessa sit. Quid enim si sit honorarius tutor tantum? *l. vulgo, de adm. tut.* Præterea, ut procuratori, ita & actori si vicerit, judicati actio non datur, sed domino, vel civitati: quod etiam hoc loco proponit Paulus, nisi & hoc ipsum nominatim ei mandatum sit, ut & ageret judicati in
D adversarium condemnatum, vel nisi in rem suam datus sit, quoniam qui in rem suam datur procurator, loco domini est per omnia, *l. 8. sup. tit. prox. l. 4. de re judic. l. hoc jure, de solut.* Et similiter, ut Paulus addit, sicut procuratori debitor ejus, qui cum procuratorem dedit, constituere potest, se soluturum ei, vel domino, atque ita se obligare actione de constituta pecunia: ita & actori municipum constitui potest pecunia, quæ municipio debetur, & ex ea causa actori competit actio de constituta pecunia, si debitor constituerit se ei soluturum, vel etiam reipub. competit utilis actio, *l. eum, qui, §. Julian. & §. seq. de const. pec.* Ut post litem contestatam mutari procurator non potest, nisi prius causa cognita, ita nec actor civitatis, vel municipii, *§. pen. h. l. l. 17. sup. tit. prox.* Et ut filiosfam. procurator dari potest, ita & actor, ut nomine publico agat, & excipiat
E actiones, *§. ult.* hujus legis, *l. 8. §. ipse quoque, sup. tit. prox.* Hinc apparet, quam multa sint communia inter procuratorem, & actorem civitatis, vel municipii, vel cujusque universitatis. Nec quicquam est amplius in hac lege.

Ad L. XVIII. de Verb. signif. *Munus tribus modis dicitur: uno donum, & inde munera dici, dari, mittive: altero onus, quod cum remittatur, vacationem militiæ, munerisque præstat, inde immunitatem appellari. Tertio officium, unde munera militaria, & quosdam milites munificos vocari. Igitur municipes dici, quod munera civilia capiant.*

PErtinet etiam hæc lex ad hunc titulum, quæ est ex eodem libro Pauli, quoniam cum tractaret hoc libro

Digitized by Google

bro, de actore municipum, & de municipibus sæpe, ut apparet ex legibus hujus tituli visum est Paulo explicare, qui io hoc titulo dicerentur municipes. Et docet io hac l.18. improprie municipes dici suæ cujusque civitatis cives, ut l.228. *inf. eodem*, *l.1. ad municip.* Proprie autem municipes esse eos, qui munera civitatis Romanæ capiunt, idest, qui donati sunt civitate Romana, ita ut munera publica cum populo Romano capiant, vel subeant. Cives Romani ex municipiis, ut docet Gellius, muneris tantum publici cum populo Romano, onerumque participes sunt, & suo jure, suisque legibus utuntur, nullis populi Romani legibus adstricti, nisi populus eorum fundus factus sit, id est, nisi se civitati Romanæ subjecerint, & legibus Romanis. Et hanc propriam significationem Paulus vult demonstrare *d.l.18.* & præmisit munus dici tribus modis, uno donum, quod officii causa datur, ut nuptialitium, natalitium: altero onus, quod cum remittitur, vacationem, ut ait, militiæ, munerisque præstet, quæ plena est immunitas, scilicet quoties nominatim militiæ vacatio datur, alioquin, cui datur immunitas, non intelligitur data militiæ vacatio, *l.pen. §.duo, de vac. munerum.* Tertio modo munus dici officium, unde munera militaria, *l.3. §.ult. de testib.* & milites munifices, qui officia militaria, faciunt veluti, qui agunt excubias, vel angarias sufferunt, qoibus opponuntur milites principales, & beneficiarii. Inde etiam municipes appellari, quod officia civilia obeant, quæ tamen & ipsa onera dicuntur, sed sunt honoratiora, quam quæ simpliciter dicuntur onera. Et Plinio quoque *mamma munifex*, quæ lacte abundat. Quidam munifices, *συνεργὸς* interpretantus ex illo loco D. Pauli in epist. *Θεοῦ ἐσμεν συνεργοί*, *Dei sumus munifices*. Atque ita apparet eam *l.18.* proprie pertinere ad hunc tit. sive ad actores muoicipum.

Ad L.VII. de Negot gest. *Quia tantundem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.*

POst hos Paulus transit ad negotiorum gestores, qui à M.Tullio vocantur *amici*, *& procuratores voluntarii*, quia sine mandatu se offerunt gerendis negotiis alienis. Et ideo nec eis imputatur, quod debitores absentis amici, cujus negotia administranda susceperunt, non convenerint, & exegerint, quia non habent mandatum, & sine mandato exigi pecunia alieno nomine non potest, *l.5. §.ultim. de præsc.verb. l.6. §.ult. tit.seq.* M. Tull. pro Roscio Comædo: *alteri*, ioquit, *nemo potest petere, nisi qui cognitor est factus*. Cognitor, id est, procurator, ut apud Livium 39. *Turpe, & indignum esse alienarum simultatum Tribunum pl. cognitorem fieri*, id est, procuratorem. Ac proprie cognitor dicitur præsentis, non absentis, ut Aoianus vetus interpres Cod. Theodos. tradit io *l.si lite, C.Theodos.de cognit. & procur.* Sed si amicus, qui ultro suscepit absentis amici gerenda negotia omnia, ei aliquid debeat, forte ex ea causa, quæ certo tempore finiatur, & tempore fuerit liberatus, dum ab semetipso pecuniam non exigit, dum sibi ipsi non solvit, hoc proculdubio ei imputabitur, ut *l.6.§.ult.& l.8. in princip. hoc tit.* quia adversus se experiri potuit sine actione, id est, seponere potuit pecuniam, quam debuit absenti amico, eamque in ejus negotia consumere, atque ita interrumpere præscriptionem temporis, cum ei debitor fuerit ex caosa temporalis actionis, *l. quotiens, §.item si temporali, de admin.tut.* Et eleganter in eadem *l.§.nec utique*, unumquemque sibi debere verum, & æquum deountiare. Est sententia elegantissima, id est, quod bonum, æquum, & honestum est, nec alio monitore, vel judice uti, quam seipso. Merito igitur ei imputari, qui quod debuit amico absenti, non exegit à seipso in tempore. Ac proinde merito ipso jure ei tenetur actione negot. gest. in quam etiam veniunt usuræ debitæ pecuniæ ex cessationis tempore, ex moræ tempore, ex eo tempore, quo debuit à seipso exigere, & solvere sibi ipsi, tametsi debitum initio non fuerit usurarium, quia ut eleganter Paulus hic ait, tantundem in bonæ fidei judiciis, quale est negotiorum gestorum, officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio: quæ sententia extat io *l.Lucius, depos.* In stipulationem non veniunt usuræ ex pacto, non veniunt ex mora officio judicis io judiciis stricti juris, sed ex stipulatione tantum usurarum facta nominatim. At in judiciis bonæ fidei usuræ veoiunt etiam ex pacto oudo, & officio arbitri ex mora, quod officium arbitri tantum potest in judiciis bonæ fidei, quantum oominatim concepta stipulatio io judiciis stricti juris.

Ad L. XIII. de Neg. gest. *Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit: hujus hereditatis curationem suscepi, & impendi decem: deinde redacta ex venditione rei hereditariæ centum in arca reposui: hæc sine culpa mea perierunt: quæsitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim, vel decem, quæ impendi, Julianus scribit, in eo verti quæstionem, ut animadvertamus, an justam causam habuerim seponendorum centum. nam si debuerim & mihi, & cæteris hereditariis creditoribus solvere, periculum non solum sexaginta, sed & reliquorum quadraginta (millium) me præstaturum. Decem tamen, quæ impenderim retenturum, id est, sola nonaginta restituenda: si vero justa causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne prædia in publicum committerentur, ne pœna trajectitiæ pecuniæ augeretur, aut ex compromisso committeretur, non solum decem, quæ in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta, quæ mihi debita sunt, ab herede me consequi posse.*

AD hanc l. sciendum est, ex edicto de neg. gestis dati negotiorum gestorum actionem ultro citroque: directam domino negotiorum, heredive ejus: contrariam gestori: non tantum si viventis amici negotia gesserit, sed etiamsi mortui, id est, hereditaria negotia jaceote hereditate, cum nemo adhoc defuncto heres extitisset, *l. 3. in princip. & §. hæc verba, & l. 22. hoc tit.* Quo cognito sic apponam speciem hujus legis: mortuo L. Titio, qui mihi 50. debebat ex causa crediti, jacente, nec dum adita hereditate, gessi & procuravi negotia hereditaria. Suscepi, inquit Paulus, curationem hereditatis. Ex quibus verbis vulgo male colligunt, me fuisse à prætore curatorem datum custodiendis bonis hereditariis, quod sæpe fit, *l. 1. in fin. de mun. & hon. l. 6. de privl. cred.* Sed me fuisse datum à prætore curatorem bonis, hic non ponitur, nullove verbo adsignificatur, sed me ultro accessisse ad gerenda, & procuranda negotia hereditatis, in quæ negotia hereditaria forte de meo impendi 10. ac præterea vendidi quasdam res hereditarias, quas vendi expediebat, quod, vel steriles essent, & infructuosæ, vel tempore perituræ, aut deteriores futuræ, & ex venditione earum rerum redegi 100. eaque reposui in arca, & servavi heredi futuro, Postea 100. arca forte vi rapta, sine culpa mea, perierunt: tum aliquis L. Titii hereditatem adivit, aut se pro herede L. Titii gessit, quæritur, an *ab herede possim petere 50. quæ mihi defunctus debuit, actione creditæ pecuniæ, an item petere possim* 10. *quæ impendi in negotia hereditaria, contraria actione neg. gestorum?* Dubitationem facit, quod 100. redacta ex venditione rerum hereditariarum reposuerim in arca, nec mihi ex ea summa statim solverim sexaginta, id est, quinquaginta, quæ mihi defunctus debuit ex caosa crediti, & 10. quæ impendi in negotia hereditaria. Nam ut ei, qui debet illi, cujus negotia gerit, imputatur, quod à semetipso non exegit, quod ei debuit, & intulerit rationibus ejus creditoris, cujus negotia gerit, *l.6. §. ult. l. qui sine usuris, hoc tit.* Ita etiam videtur imputari debere ei, cui debuit is, cujus negotia gerit, si ipse sibi ab eo debitam pecuniam, non solvit, *l. divortio, inf. hoc tit.* An igitur io hac specie mihi imputari poterit, quod noo mihi illa 60. solverim: quodque interim ex illis 100. non impleverim cæteros creditores hereditarios? Hæc est quæstio hujus legis. Et ex sententia Juliani Paulus docet distinguendum esse: aut oon habui justam causam seponendorum, nec custodiendorum 100. quæ redegi ex venditione rei hereditariæ, aut id faciendi justam causam habui. Prore

re casu, si non habui justam causam seponendorum 100. si debui potius ex ea pecunia mihi solvere confestim, & cæteris creditoribus hereditariis, ad me pertinet periculum, non tantum 60. quæ mihi debebantur, sed etiam cæterorum 40. millium, inquit, nempe, quia ab herede, petere non potui 60. quæ mihi debebantur, & heres à me potest petere 40. residua actione negot. gest. quasi amissa interveniente culpa mea. Ait 40.millia. Ex quo apparet, 50.esse 50. millia, & 10. quæ impendi, 10. millia, & 100. quæ confeci ex venditione, 100. millia, ut in *l. lecta, de reb. cred.* quindecim, id est, 15. millia denarium, & in *l. si testamento, §. quod si duo, de fidejuss.* 20. id est, 20. millia: decem, id est, 10. millia, quia subjicit aperte 50. millia. Quia igitur periculum pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum ad me pertinet, quia eam seponere non debui, sed erogare confestim, eaque, & me ipsum absolvere, & cæteros creditores hereditarios. Quia inquam ea mihi pecunia periit, eaque 100. mihi periere, non possum 50. petere, quæ mihi debebantur ex causa mutui, neque retinere, aut deducere, quia mihi imputatur, quod ea mihi non solverim. Non possum etiam petere 10. ex causa neg. gest. retinere tamen ea 10. possum ex bonis hereditariis. *Sæpe quorum petitionem non habemus, eorum tamen ex æquo, & bono retentionem habemus.* Et æquum est, mihi repetitionem dari illorum 10. quæ in hereditatem utiliter impendi, quia bona fide ea impendi, & hoc impendio hereditatis causam feci meliorem. Retinebo ergo duntaxat 10. & non 40. ut videbatur prima specie, sed omnino residua 90. à me heres petere potest actione neg. gest. directa. Et hæc de priore casu. Posteriore autem casu, si justam causam habui, propter quam integra 100. in arcam reconderem, & custodirem, veluti si periculum erat, ne committeretur pœna compromissi, si mihi non esset pecunia ad manum, vel ne committeretur pœna trajectitiæ pecuniæ, vel pœna commissi, Paulus conjungit tria genera pœnarum, ut & Africanus in *l. trajectitiæ, de oblig. & action.* Pœna compromissi committitur, si quis eorum, qui in arbitrum compromiserunt, non pareat sententiæ judicis compromissarii. Et petitur ea pœna actione ex stipulatu, quia invicem eam litigatores stipulati sunt, & compromiserunt, si quis eorum non staret sententiæ judicis compromissarii. Pœna autem trajectitiæ, vel nauticæ pecuniæ committitur, & augetur in dies singulos, si pecunia nautica, cujus periculum creditor suscepit, cum usuris non solvatur ad diem, & ea quoque pœna petitur actione ex stipulatu. Pœnæ autem commissi locus est, vel ex conventione, si placuerit inter emptorem, & venditorem fundi, ut pretio ad certum diem non soluto, fundus fieret inemptus, & venditori committeretur, id est, ut rediret ad venditorem, quod petitur per actionem ex vendito: vel etiam pœnæ commissi locus est jure publico, jure fiscali, quum ob tributa non soluta prædia in publicum committuntur, & recidunt in fiscum, *l. 1. C. de suscept. & arcariis lib. 10.* Hæc sont tria genera pœnarum, quæ hic notantur. Si igitur 100. redacta ex venditione servavi, ut mihi pecunia esset in manu, qua amicum, cujus negotia gerebam, pœna committenda servarem indemnem, qua solverem quod is debitorus erat cum pœna, nisi solutum esset ad diem potius, quam quod mihi, vel aliis debebat sine pœna: tum sane justissimam id faciendi causam habui, quia si pecuniam non servassem, in pœnam incidisset, *l. 1. sup. hoc tit.* Et hoc casu petam ab herede contraria actione neg. gest. non tantum 10. quæ impendi in negotia hereditatia, sed etiam ab eodem petam quinquaginta, actione scilicet si certum petetur, quæ mihi ex causa mutui defunctus debuit, nec residua 40. heredi præstabo, quia heredi perierunt, non mihi, quia arca vi latronum erepta nulla culpa mea interveniente periit, nec vim majorem gestores negot. præstare debent, sed dolum tantum, & culpam etiam levissimam. Priore casu præstare debeo heredi deductis 10. residua 90. quia etsi integra 100. quæ erant in arca sine mea culpa perierint, ut Paulus posuit, casu majore, hunc tamen casum præcesserat culpa mea, id est, importuna ejus pecuniæ custodia, quia potius debuetam ea pecunia luere æs alienum, quod, vel mihi vel aliis defunctus debebat: cum nullus esset metus pœnæ committendæ ex aliis causis casus imputatur mihi, quem præcessit culpa mea, ut in *l. si ut certo, §. sed interdum, commod. l. 3. C. de adm. & peric. tut.* Et ita hæc lex est explicanda. Venio ad l. decimam quintam.

Ad L. XV. de Neg. gest. *Pomponius libro vicesimo sexto in negotiis gestis initio cujusque temporis conditionem spectandam ait, quid enim, inquit, si pupilli negotia cœperim gerere, & inter moras pubes factus sit? vel servi, vel filiifamilias, & interea liber, aut paterfam. effectus sit? hæc & ego verius esse didici: nisi si ab initio quasi unum negotium gesturus accessero, deinde alio animo ad alterum accessero eo tempore, quo jam pubes, vel liber, vel paterfamilias effectus est, hic enim quasi plura negotia gesta sunt: & pro qualitate personarum, & actio formatur, & condemnatio moderatur.*

Initio legis 15. proponitur hæc Pomponii sententia sive definitio: *in negotiis gestis initio cujusque temporis conditionem spectari.* Basil. brevius: *ἡ ἀρχὴ τῆς διοικήσεως σκοπεῖται, initium gestionis sive administrationis negotiorum spectatur*, sicut dicitur in *l. si procuratorem, in princ. mand. l. 1. §. idem Pomponius, depos. l. si id quod, §. si filiusfam. pro soc.* uniuscujusque contractus initium spectandum esse: Quod & de stipulatione dicitur in *l. filiusf. de verb. oblig.* & de delictis, quæ contractus sunt involuntarii, *l. 1. de pœn.* Sic igitur, & quasi contractus, puta gestus, vel administrationis alienorum negot. initium spectatur, ejus scilicet temporis, quo accedimus ad aliena negotia. Spectamus, inquam, eo tempore, cujus conditionis, & status fuerit is, ad cujus negotia accessimus. Igitur si initio administrationis pupilli negotia fuerint, & inter moras dum pergo negotia ejus administrare, dum persevero in administratione, pubes factus fuerit, & nihilominus post pubertatem in eadem administratione perseveravero, finitis negotiis in eum erit actio neg. gest. in id tantum, quo locupletior factus erit. Si initio fuisset pubes, in solidum teneretur, quia initio administrationis fuit pupillus, non obligatur in solidum sine tutoris auctoritate, sed in id tantum, quo locupletior factus est, *l. 3. §. pupilli*, sic legendum, non *pupillus, l. litis in princ. l. 6. §. 1. hoc tit. l. 2. C. eod.* Et similiter si initio administrationis negotia fuerint servi, aut filiifam. negotia peculiaria, licet postea, & interim, dum geruntur negotia eadem, liber, aut paterfam. effectus sit, inspecto initio erit in dominum, vel patrem actio neg. gest. non in solidum, sed de peculio tantum, vel de in rem verso. In ipsum autem, qui postea pendente administratione neg. paterfa. effectus est, erit actio neg. gest. æque non in solidum, sed in id tantum, quod facere potest: nam ex beneficio prætoris, qui novam familiam instituit, qui exit ex patris potestate, qui fit sui juris, qui paterfam. ex contractibus, quos habuit cum esset in potestate, quamvis tunc temporis potuerit conveniri in solidum, tamen postquam factus est sui juris, non poterit ex illis causis conveniri in solidum, sed in id tantum quod facere potest. In initiis novæ condendæ familiæ, non est urgendus ad solutionem in solidum ex edicto prætoris, *l. 2. inf. quod cum eo, l. 5. ad Maced. l. tutorem, de admin. tut.* In servum vero, cujus negotia initio fuerunt, qui postea pendente administratione eorum negotiorum manumissus est, nulla actio est, *l. 17. in princ. hoc tit.* quia servus ex contractibus, vel quasi non obligatur civiliter, ut in eum, vel agi possit in servitute, vel etiam post libertatem. Obligatur quidem naturaliter: sed ex naturali illa obligatione nulla est actio. Ideoque neque in servum, neque in eundem manumissum ulla competit actio ob negotia peculiaria gesta. Et ita Græci dilucide hanc legem interpretantur, in qua multum laborant, & ad extremum ita concludunt, & explicant Pomponii definitionem propositam initio hujus legis, *δεῖ τῇ ἀρχῇ προσέχειν τῆς ἑκάστης διοικήσεως ἐκείνων τῶν, καὶ σκοπεῖν τὴν κατὰ τὸ πρόσωπον κατάστασιν. Cujusque,* inquiunt, *administrationis initium spectari oportet, & quis eo tempore fuerit status, quæ conditio per-*

personæ, cujus negotia sunt. Et ait Paulus: *quid enim si pupilli* A *negotia cœperim gerere, & inter moras pubes factus sit*: Alias legitur, *& interim pubes factus sit*. Sed Florentiæ rectissime, *& inter moras*: pendente scilicet administratione pubes factus sit, *ut in l. si quis tutor, §. quid ergo, & l. plerumque, de ritu nupt.* Ita frequenter nostri loquuntur, inter moras, *l. tutor pro pupillo, de admin. tut. l. non est, ad Trebell. l. fructus, de rei vind. l. ult. si quis caution.* Et Quintil. in declam. *inter moras judicii adolescens*, id est, pendente lite. Et Suetonius in Othone: *Tumultu inter moras exorto*: & in Nerone, *inter moras perlatos codicillos præripuit*. Hanc autem Pomponii definitionem se probare Paulus ait, sub hac conditione tamen, quæ summam rationem habet, nisi ab initio accessero eo animo, ut gererem unum negotium pupilli, vel servi, vel filiifam. ac ita finito negotio, discederem: deinde eo pubere, vel libero, vel patrefam. facto mutata B sententia, alio animo, quasi ad ejusdem alterum, & novum negotium accessero, & novum, quasi mutata qualitate personæ, & negotii, hoc enim casu duo sunt negotia, duo contractus, ut in *l. seq.* nec initium prioris negotii spectatur, nisi usque ad pubertatem, vel libertatem, aut emancipationem. Alterius autem negotii æque separatim initium spectatur, nec posterius negotium ex prioris initio, aut quæ ex eo datur actio, æstimatur, sed ut eleganter ait in fine hujus legis: *pro qualitate personarum.* Hoc casu, quia duo sunt negotia, & actio formatur, & condemnatio moderatur. Condemnatio moderatur, inquit, ut M. Tull. de natura Deor. *Ita feruntur, moderanturque cursus. Pro qualitate personarum*, inquit, *& actio.* neg. gest. scilicet, inquit, *formatur, & condemnatio moderatur.* Nam hoc casu, cum sint duo contractus, duo negotia, de negotiis pupilli erit in eum actio in id C tantum, quo locupletior factus est, de negotiis puberis erit actio in solidum: Ac rursus de negotiis servi, vel filiifam. erit in patrem, vel dominum actio de peculio, vel de in rem verso. In patremfam. erit actio, in quantum facere potest. In manumissum nulla erit actio. De negotiis autem liberi hominis, vel patrisfam. erit in eum actio in solidum, atque ita ut vides, pro qualitate personarum, & actio formatur negotiorum gestorum, & condemnatio moderatur. Hæc vulgo existimantur difficillima, quibus nihil est apertius.

Ad L. XVIII. eod. *Proculus, & Pegasus bonam fidem eum, qui in servitute gerere cœpit, præstare debere ajunt: ideoque quantum, si alius ejus negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui à semetipso non exegerit, negotiorum gestorum actione præstaturum si aliquid habuit in peculio, cujus* D *retentione id servari potest. Idem Neratius.*

Ad L. XIX. eod. *At qui natura debitor fuit, etiamsi in peculio nihil habuit: & sibi postea solvere debet in eodem actu perseverans: sicut is, qui temporali actione tenebatur, etiam post tempus exactum negotiorum gestorum actione id præstare cogitur.*

Ad §. Scævola noster *ait putare se, quod Sabinus scribit*, de*bere* à capite rationem reddendam, *sic intelligi, ut appareat, quid reliquum fuerit tunc, cum primum liber esse cœperit, non ut dolum, aut culpam in servitute admissam in obligationem revocet. Itaque si inveniatur, vel malo more pecunia in servitute erogata, liberabitur.*

Ad §. Si libero homini, *qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem, Labeo ait: quia non libera voluntate exequitur rem sibi man-* E *datam, sed quasi ex necessitate servili: erit igitur negotiorum gestorum actio: quia & gerendi negotii mei habuerit affectionem, & is fuit, quem obligare possem.*

Ad §. Cum me absente *negotia mea gereres, imprudens rem meam emisti, & ignorans usucepisti, mihi negotiorum gestorum, ut restituas obligatus non es. Sed si antequam usucapias, cognoscas rem meam esse subjicere debes aliquem, qui à te petat meo nomine: ut & mihi rem, & tibi stipulationem evictionis committat, nec videris dolum malum facere in hac subjectione: ideo enim hoc facere debes, ne actione negotiorum gestorum tenearis.*

Ad §. Non tantum sortem, *verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum judicio præstabimus, vel etiam quas percipere potuimus. Contra quoque usuras (quas) præstabimus, vel quas ex nostra pecunia percipere potuimus, quam in aliena negotia impendimus: servabimus negotiorum gestorum judicio.*

Ad §. Dum apud *hostes esset Titius, negotia ejus administravi; postea reversus est, negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominum non habuerunt.*

Aggrediar quæstionem difficillimam, quam Interpp. non explicant, sed difficiliorem reddunt, quæ proponitur in *l. 18. de neg. gest.* & initio *l. 19.* & in *§. Scævola.* Facitque ad hanc quæstionem plurimum lex 17. quæ præcedit. Certissimum est enim, qui gessit negotia alterius tempore servitutis, post manumissionem eo nomine non teneri actione neg. gest. sicut ex contrario, si quis peculiaris negotia servi gesserit, ei manumisso nulla tenetur actione, quia negotiorum geritio contractus est, *l. 16. h. tit.* & ex contractibus servi naturaliter tantum obligantur, non civiliter, ut in eis agi non possit, *l. 14. & 43. de oblig. & act. & l. seq. in princ. & l. naturaliter, de cond. indeb. l. hoc jure, §. si quis servo, de donat.* Unde collecta est, & recepta hæc reg. juris: Post manumissionem ex antegesto, id est, ex eo, quod is, qui manumissus est, gessit in servitute, eum manumisso non esse actionem, *l. 1. §. si apud servum, l. si apud filium, depos. l. tutorem, qui tutelam, de admin. tut. l. si pure, de fideicom. libert. l. prox. sup. l. quæ utiliter, §. 1. inf. hoc tit. & l. 1. & 2. C. an servus ex suo facto post manumiss. ten.* Ratio superioris regulæ est, quia negotiorum gestorum initium spectatur, *l. 15. sup. hoc tit.* Initio autem is, qui accessit ad negotia, servus fuit, aut attigit negotia, quæ servi erant, imo, & si is, qui in servitute cœpit gerere aliena negotia, post manumissionem in eodem actu perseveraverit, actione negot. gest. tenetur rationem reddere ejus tantum, quod gessit post libertatem, non ejus, quod ante libertatem: videlicet si posterior actus propriam, & separatam rationem habuerit, non communem cum priori: Nam si communis sit, & conjuncta utriusque actus, & temporis ratio, si posterior actus priori cohæreat, si prioris actus ratio connexa sit posteriori, non ab eo separata, atque divisa, non tantum posterioris, sed & prioris temporis nomine tenetur actione neg. gest. non ut separentur tantum, & disjungantur rationes, quæ connexæ sunt, quod glossæ, & Doctores comminiscuntur, sed etiam ut præstentur reliqua rationis utriusque, ut puta si tempore servitutis quis ædificare L. Titio cœperit, & post libertatem ædificium consummaverit, posterior actus nexus est priori, & posteriori prior, & uterque venit in actionem neg. gestorum, etiam qui gestus est in servitute. At si, quod exemplum proponitur in *l. prox. sup.* in servitute quis aream ei, cujus negotia gerenda susceperat, mille emerit, & in ea quoque area domum male ædificarit, adeo ut corruerit non ita multo post ædificationem perfectam, in libertate autem fundum ejusdem hominis male locaverit: tationes hujus & illius actus diversæ, & separatæ sunt, ut patet satis: & ideo sola locatio fundi venit in actionem negot. gestor. non emptio areæ, non ædificatio domus postea collapsæ, quæ acta sunt in servitute. Et huic legi prox. sup. conjungenda *lex 13. de tut. & rat. distrah.* quæ est ex eodem Pauli libro: possunt etiam adjungi, quæ de connexis negotiis, & administrationibus habentur in *l. 3. §. pen. de cont. tut. act. & l. 5. §. si tutor, de admin. tut. & l. 11. C. arbitr. tut. & l. si cognati, C. de neg. gest.* Unde ita concludamus, regulariter servum de eo, quod in servitute gessit, post libertatem conveniri non posse, nec si post libertatem in eodem actu perseveraverit: vel eo omisso dicamus simpliciter, servum de eo, quod in servitute gessit, post libertatem conveniri non posse. Sed addamus exceptionem, nisi in eodem gestu post libertatem perseverarit, & quod gessit in servitute connexum fuerit cum eo, quod gessit in libertate, adeo ut nec potuerit unus gestus expediri sine altero. Addamus etiam, quod erit loco alterius exceptionis, id quod ex sententia Proculianorum, Proculi scilicet ipsius, & Pegasi, & Neratii, dissentientibus Sabinianis, proposuit Paulus in *l. 18.* ex hoc libro, qui est in manu. Idemque Paulus refellit in notis ad Neratium lib. 2. nempe

initio

initio *l.* 19. *seq.* Hoc autem proponit in *l.* 18. ex sententia A Proculianorum, etiamsi utriusque temporis separata non connexa administratio fuerit, quod Basilica ponunt recte, κἂν μὴ ᾖν ἡ διοίκησις ἡνωμένη, vel ἡ διοίκησις ἐχωρίσθη, manumissum perseverantem in actu cœpto tempore servitutis bonam fidem debere præstare, ex bona fide teneri etiam de eo, quod gessit tempore servitutis. Ita scilicet, ut si ex causa negotii gesti in servitute aliquid ei, ad quem negotia pertinent, naturaliter debere cœperit, civiliter ex hac causa nihil debere potest: si quid, inquam, ei naturaliter debere cœperit, si quid in servitute reliquatus fuerit, quod postea potuit à semetipso exigere manumissus, & sibi solvere ex peculio, cujus liberam administrationem habuit, *ut l. naturaliter*, *de cond. indeb.* eo scilicet, quod reliquatus est priori administrationi deducto sive retento ex peculio, & residuo reddito domino, & manumissori, videlic. quum pe- B culium ei à domino cum libertate simul concessum non est, si tamen id à semetipso non exegerit, si id post manumissionem non deduxerit ex peculio, ut dixi, non deductum sibique solutum, aut quasi sibi solutum non intulerit rationib. ejus, cujus negotia gerebat, id eum præstare debere actione neg. gest. quia hoc judicium bonæ fidei est, & bona fides postulare videtur, ut ei imputetur, quod à semetipso pecuniam debitam ex prima administratione manumissus non exigit, cum in manu esset peculium, ex quo eam retinere potuerit, sicut (qua comparatione Proculiani utuntur in *l.* 18.) sicut, inquiunt, etsi alius quilibet liber homo ejusdem hominis negotia gessisset, nec à semetipso exegisset debitum in ipsa administratione contractum, vel aliud quodcunque debitum, quo tenebatur obstrictus domino negotiorum, & forte interim tempore li- C beratus esset, id finito, aut intermisso negotio ei imputaretur, & veniret in actionem neg. gest. *l.* 6. *§. ult. l.* 8. *in princ. l. qui sine us. hoc tit. l.* 9. *§. præterea in fine, de pecul.* Et hæc est sententia Proculianorum, quam Paulus refert in hac *l.* 18. non etiam probat, imo eam refellit in *l. seq. in princ.* quod ducitur ex ejusdem Pauli notis ad Neratium, & refellit hoc argumento: si servo habente peculium manumissionis tempore, nec ex eo retinente, & sibi solvente, quod domino negotiorum in servitute debere cœpit, id ei post libertatem in eodem actu perseveranti imputatur, & deducitur in actionem neg. gestorum. Par & æquabile est, etiamsi nihil in peculio habuerit manumissionis tempore, quia id etiam post manumissionem natura debuit, & manumissione non perimitur naturalis obligatio. Quia igitur etiam id post manumissionem natura debuit, & aliunde D quæsita pecunia id sibi solvere potuit, & ut videtur, debuit, si id non fecit, æquum est, ut hoc ei imputetur finito negotio, & hoc denique præstet conventus actione neg. gest. tam igitur, quod gessit in libertate, quam quod gessit in servitute, sicut utitur Paulus eadem comparatione in 2. casu, qua Proculiani usi sunt: in priore casu servus fuit peculiaris, in posteriore non fuit: sicut, inquit, liber homo, qui gerendo aliena negotia à semetipso non exegit, quod domino negot. gest. debuit ex causa, quæ certo tempore finiebatur, verbi gratia, ex causa actionis redhibitoriæ, ex ædilitio edicto, quæ finitur, & perit transactis sex mensibus, etiam post sex menses, id quod interim à semetipso non exegit, quamvis tempore liberatus videatur, domino præstare tenetur actione neg. gest. *l.* 8. *in princ. sup. hoc tit.* Denique Paulus ita argumentatur: si is, qui peculium ha- E buit, & in servitute aliena negotia gerere, & ex ea administratione domino negot. aliquid debere cœperit, neque id manumissus ex eo peculio retinuit, & sibi solvit, de eo tenetur actione neg. gest. ut Proculiani dicunt. Æque tenebitur eadem actione ob eandem causam, si cum peculium non haberet, id quod debere cœpit ex priori administratione, quam in servitute gessit, manumissus aliunde parata pecunia non intulerit in posteriorem administrationem, quia natura debitor mansit etiam post manumissionem. Quod si utroque casu, id quod in servitute gessit, & debere cœpit post libertatem, venit in actionem neg. gest. Falsa igitur regula juris, quæ dictat, de eo, quod quis in servitute gessit, cum post libertatem non teneri, quia nullus

casus existit: quo ea regula locum habere possit, si in eodem actu post libertatem perseveraverit, semper domino negotiorum ei imputante, quod manumissus confestim sibi non solverit pecuniam, quam in servitute debere cœpit. At profecto falsa ea regula non est. Et verius est, sive peculium habuerit, sive non habuerit, ei non imputari, quod à semetipso non exegerit, quod in servitute debere cœpit. Verius est, non congruere etiam comparationem liberi hominis, quia liber homo civiliter obligatus fuit, & merito igitur à semetipso exigere debet; servus civiliter obligatus non fuit, & immerito igitur ei imputatur, quod à se non exegerit id, cujus nulla exactio fuerat. Naturale debitum, neque ab alio, neque à seipso exigi potest, nec debet. Et hæc est mens notæ Pauli ad Neratium.

AD *§. Scævola*. Quæ post hanc Pauli notam subjiciuntur in eadem lege 19. *Scævola noster*, ait, *putare se*, *quod Sabinus scripsit*, &c. omni asseveratione confirmo non esse ex 2. lib. Paul. ad Neratium, ex quo est initium legis, sed ex libro nono ad edictum, ut lex 18. Quod & legis 21. hujus tit. quæ ex eodem libro nono, conjunctio cum fine hujus leg. 18. pervincit, & infra monstrabo apertius, quum explicabo legem 21. Et certum quoque est libro secundo ad Neratium, Paulum tam ubertim non tractasse de negot. gestis, quam facit in hac l. 19. quæ falso tota, ut dixi, adscribitur 2. ad Neratium. Quia vero adversus supradictam regulam, de eo, quod quis gessit in servitute manumissum non teneri, etiamsi in eodem gestu perseveraverit, nec connexa utriusque gestus ratio fuerit: quia, inquam, adversus hanc regulam, quam Sabinus mordicus tuebatur, Proculus propemodum despiciebat, quia adversus eam objici poterat ex Sabino ipsomet, quod idem scripsit, ab eo, qui in servitute actum administrare cœpit, & in eo post libertatem perseveraverit, à capite rationem esse reddendam. Unde quis diceret statim: ergo ab ipso initio administrationis cœptæ in servitute, quamvis connexa utriusque temporis ratio non sit. Ideo eam sententiam Sabini ex opinione Quinti Servidii Scævolæ Paulus ita interpretatur in hoc §. ut non debeat quidem totius administrationis rationem reddere, etiam ejus, quam in servitute gessit, non debeat scilicet ejus rationem reddere, quod in servitute improbato more, dolo malo, aut culpa sua consumpserit, neque enim ex eo quodcunque in servitute gessit, civiliter obligatur, etiam si dolo malo, aut culpa in servitute administrans negotia, aliquid admiserit, aliquid insumpserit, *malo more*, inquit, *vel erogarit*, id est, dissipaverit, post manumissionem in obligationem non revocatur, quinimo eo nomine liberatur, hoc est, non obligatur, absolvitur, sed debet tantum reddere rationem earum rerum, & pecuniarum, quæ ex priore administratione supererant tempore manumissionis, ut in *l. si pure* (quæ multum ad hunc locum facit) *de fideicommissar. libert.* Ita ut à capite rationem reddere sit posterioris administrationis rationem reddere, incipiendo à rebus residuis à priore, à quibus posterior administratio cœpit, incipiendo ab eo, quod caput est posterioris administrationis. Et ita, quod dicitur, domino postulanti ab adversario rationes edi debere, sic accipi interpretatur *lex* 10. *§. edi*, *de edendo*, ut non totum codicem rationum argentarii, totasque membranas inspiciendi, describendi potestas sit, sed ejus tantum partis, quæ ad instruendum eum, qui rationes sibi edi postulat, pertineat, & sit quodammodo caput suæ rei, vel causæ: Eodem prorsus modo, quod Sabinus scripsit, *à capite rationem esse reddendam*, ita accipi debet, ut appareat, quod reliquum fuerit tunc, quum liber esse cœperit, hoc est, quæ res, quæ corpora reliqua fuerint, quæ pecuniæ fuerint in bonis, non etiam scilicet, quod absumptum fuerit dolo malo, vel culpa ejus. Et hoc ita intellige sicut dixi, si connexa non fuerit utriusque temporis ratio: Nam si connexa fuerit, posterior actus trahit ad se priorem, & uterque deducitur in actionem negot. gestorum. Quæ omnia valde notanda sunt.

AD *§. Si libero.* Regulariter actio mandati ultro citroque nascitur, si ex mandato tuo tua negotia gessero,

actio neg. gest. si sine mandato gessero: hæc nascitur quasi ex contractu, illa ex contractu. Verum in hoc §. datur casus singularis, quo interveniente mandato nascitur actio neg. gest. non mandati, ut si libero homini, qui bona fide mihi serviebat mandavero, ut negotia mea, vel ut negotium aliquod meum ageret, non est actio mandati hoc casu, quia id non libera voluntate liber homo suscepit, sed quasi ex necessitate servili, cum existimaret, se esse servum mandatoris, nec quasi amici, sed quasi domini negotium gessit. Quod valde alienum est à jure, & à natura mandati, quod originem trahit ex officio, & amicitia, ut ait *l.1. mand.* ubi officium est, quod vulgo dicimus *plaisir*. Qui putat se esse servum, jussum ejus, quem putat esse dominum, non officiose exequitur, sed necessario. Verum est, hoc casu nego. gestorum actio est, ut hoc loco Paulus ait, quia & gerendi negotii mei ille affectum habuit, & is fuit, qui mihi obligari potuit, nempe liber homo. Atque ita negotiorum gestorum actio est non tantum, si quis nulla cogente necessitate immiscuerit se negotiis alienis, sed etsi necessitatis opinione falsa, *l.3. §. pen. l. si liber homo, hoc tit.* Nec mutat, quod eum mihi obligare nolui, quem servum meum esse existimabam, quia plerumque accidit, ut extra id, quod agitur, tacita obligatio contrahatur, veluti quum per errorem indebiti solvendi causa datur: nam id agitur palam, ut distrahatur obligatio solutione, id agitur palam: tacite autem obligatio contrahitur reddendi indebiti soluti per errorem, quia ea mens intelligitur fuisse solventis, *l. 13. §. ult. commod.* Qui tamen §. huic nostro vehementius obstat in eo, quod ait, posita omnino eadem specie, mandati actionem esse, quam esse negat hic §. in quo laborant plurimum interpretes. Sed ut breve faciam in illo §. ult. corrigit se, dum addit, *vel præscriptis verbis*: quæ est subsidiaria actio, mandati scilicet actionem esse, *vel*, inquit, *præscriptis verbis*, vel etiam, vel potius, vel quod magis est, ut loqui solemus. Et ita in *l.6. de rescind. vend.* esse actionem ex empto, vel proximam empti in factum, id est, præscriptis verbis: corrigit se, dum ait, *vel proximam empti in factum*, quia scilicet utroque locu in hac specie tutius est agere præscriptis verbis, quam mandati, vel etiam neg. gestor. Quod & ad hunc §. suppleri, vel subintelligi debet, ut in specie proposita non sit actio mandati, sed negot. gestor. vel potius præscr. verbis, qua experiri tutius est: quia in hac specie non competunt, & concurrunt omnia, quæ desiderantur ut proprie competat, vel mandati, vel negot. gest. actio.

AD *§. cum me abs.* Qui negotia mea gerebat, ab extraneo rem meam bona fide emit, cum ignoraret esse meam, & eam usucepit, an mihi tenetur actione neg. gestor. ut eam rem mihi restituat? minime, quia sibi non mihi negotium gerere voluit, qui ignoraret eam rem ad mea negotia pertinere. Sed si ante impletam usucapionem cognoverit, eam rem esse meam, bona fides exigit, ut quamvis postea usucapionem impleverit (neque enim interveniens scientia rei alienæ interrumpit usucapionem, *l. bonæ fid. de adquir. rer. dom.*) bona fides, inquam, exigit, ut quamvis usucapionem impleverit, ut eam rem mihi restituat actione nego. gestor. quam cognovit esse meam ante impletam usucapionem, nisi scilicet interim subornaverit, subjecerit aliquem, qui ab eo rem vindicaret meo nomine, quæ subjectio caret omni fraude, & calumnia, & culpa quoque omni, cum per eam subjectionem mihi rem commiserit, id est, effecerit, ut mihi ea res servaretur, nec usucaperetur, & sibi quoque commiserit stipulationem evictionis re sibi evicta ab eo, quem subjecit stipulationi evictionis adversus auctorem suum, adversus venditorem, atque ita excluserit actionem neg. gest. qua alioqui impleta usucapione mihi fuisset obligatus: non videtur dolo agere, qui ita agit, ut sibi conservet actionem de evictione, & ut alii præcidat causam agendi secum, *l.26. de lib. caus. l. cum pater, §. Titio, in fine, de leg.2. l.12. de injur.* Fuit enim ei necesse subjicere aliquem, qui ab eo rem vindicaret, evinceret meo nomine tanquam procurator meus, præstita cautione de rato, ut fieri adsolet, quia statim atque cognovit rem esse meam, non potuit eam mihi reddere, aut inferre rationibus meis sine damno suo, sine periculo amittendæ evictionis suæ, sive auctoritatis adversus venditorem, quin prius expertus sit per subjectum alium adversus me, & eam mihi evinceret, quia re ultro illata rationibus meis, non haberet regressum adversus auctorem suum ex stipulatione evictionis, quia res ei evicta non est, sed ipse ultro ea se spoliavit. Re tamen sibi judicio evicta, supposito certo homine, qui eam evinceret, habet actionem ex stipulatu evictionis nomine adversus auctorem suum, qua omni damno servatur indemnis. Commodius illi igitur est, ne in damno moretur, subjicere hominem, qui sibi eam rem nomine meo evincat, quam ultro eam rem inferre rationibus meis: jure judicioque rem evinci necesse est, ut stipulatio evictionis committatur, *l. evicta re, §.1. l. emptorem, l. non tamen, de evict. l. si servus, Jud. solvi*. Quod & *evincendi* verbum demonstrat. Evincere enim est judicio vincere, & non vincere tantum, sed etiam auferre rem, & abducere. Nec obstat *lex si dictum, §. si cum possit, de evict.* quæ ait, *denegari actionem de evictione emptori, cujus culpa factum, ut cum posset rem usucapere, eam non usuceperit*: quia in specie nostra, culpa in emptore nulla est, qui præstitit bonam fidem, quam præstare statim debuit, atque cognovit rem à se emptam ad negotia pertinere, quæ gerit. Denique bonam fidem præstitit, cui præstandæ obnoxius est in gerendis negotiis alienis, qui effecit, ut à se cœpta usucapio interrumperetur supposito aliquo, qui sibi eam rem evinceret nomine absentis domini, cujus negotia administravit. Suppositio hæc pars est administrationis, quia rem suam domino negotiorum conservat, simul ac supponenti servat regressum adversus auctorem suum, quod omne cum geratur bona fide, reprehendi non potest. Et invenio similiter, quum abest fraus, suppositionem recte fieri alterius personæ in specie *legis si debitor tuus, de solut.* Si debitorem meum præsentem, & invitum, qui non vult liberari, ego velim liberare, quid faciam, qui omnimodo volo eum liberare? Possum supponere aliquem, à quo debitum novandi causa stipuletur. Hoc enim genere debitor velit nolit liberabitur, & expromissor quoque, etiamsi ei non accepto tulerim, si cum eo agam, se tueri poterit exceptione doli mali, quod non ut ab eo debitum exigerem, sed ut debitorem meum liberarem, ab eo stipulatus sum: quæ est species *d. legis si debitor*.

AD *§. penult.* In hoc §. ostenditur, in actione negot. gest. directa non tantum sortem venire, sed etiam usuras, quas ex pecunia aliena negotiorum gestor percepit, ne de alieno lucrum sentiat, *l. itemque, §. sed etsi, mand.* vel etiam usuras; quas percipere potuit, nec percepit. Videlicet (si enim hoc exaudiendum est) si is, cujus negotia sunt, pecuniam fœnori occupare solebat, debuit enim & qui ejus negotia gerenda suscepit, eum imitari, & facere, quod is facere solebat, nec pecuniam ejus sterilem, & vacuam habere. Et in contraria quoque actione neg. gesto. similiter ostenditur in hoc §. venire usuras, quas negotiorum gestor præstitit nomine alieno, vel quas ex sua pecunia, quam impendit in negotia aliena percipere potuit is, qui suam pecuniam fœnori occupare solebat, *l.18. C. eod. tit. l. & in contraria, inf. de usur.* Quod totum judex ex bono, & æquo arbitratur, ut eleganter ait *l. si vero non remunerandi, §. sed etsi reum, mand.* In judiciis bonæ fidei usuræ veniunt officio judicis variis ex causis: in judiciis strictis veniunt ex una causa tantum, si nominatim in stipulationem deductæ sunt, non aliter, *l.7. hoc tit.*

AD *§. ult.* In hoc §. ult. ostenditur, si Titio capto ab hostibus ejus negotia gessero, quamvis eo tempore negotia dominum non habuerint propter servitutem ejus: nec servus quicquam intelligitur proprium habere posse: eo tamen postliminio reverso, ultro citroque esse actionem negot. gestor. quia retro creditur in civitate fuisse, nec libertatem unquam amisisse. Hæc est fictio postliminii, *l. retro, de capt. & postlim. revers.* Et conjungendus hic §. cum initio *l.21.* quæ cum sit ex *lib.9. & §. ult.* adjungit similem casum his verbis, *nam & Servius respondit, &c.* Nam hic articu-

ticulus plane conjungit legem 21. cum extremo legis 19. & id vero plane coarguit, quod ante dicebam, & ea omnia, quæ sunt in l.19. esse ex libro 9. Pauli ad edictum, excepto tantum initio, quod interjectum est ex Pauli notis ad Neratium, ad quam accedo.

Ad L.XXI. de Neg. gest. *Nam & Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigesimo nono digestorum: cum à Lusitanis tres capti essent, & unus ea conditione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, & nisi rediisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisset, & ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent (Servius respondit) æquum esse, prætorem in eum reddere judicium.*

Ad §. Qui negotia *hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem, seque ei obligat. Ideoque nihil refert an etiam pupillus heres existat: quia id æs alienum cum cæteris hereditariis oneribus ad eum transit.*

Ad §. Si vivo *Titio, negotia ejus administrare cœpi, intermittere mortuo eo non debeo: nova tamen inchoare necesse mihi non est, vetera explicare, ac conservare necessarium est, ut accidit cum alter ex sociis mortuus est: nam quæcunque prioris negotii explicandi causa geruntur, nihilum refert, quo tempore consummentur, sed quo tempore inchoarentur.*

Ad §. Mandatu tuo *negotia mea Lucius Titius gessit, quod is non recte gessit: tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas præstes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris: ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi præstes.*

CAsus similis est, qui ab initio hujus legis 21. proponitur. Tres cives Rom. capti sunt à Lusitanis, quos diu cum populo Romano bellum gessisse constat, & rogatu omnium, unus ex eis impetravit veniam à duce Lusitanorum: quæ venia *συγγραφὴ*, dicitur sæpe in Comœdiis Plauti, videlicet, ut sibi domum ire liceret conquirendæ, & adferendæ pecuniæ causa, qua tam ipse, quam alii duo redimerentur, ut Basilica *ἐφ' ᾧ ἀγαγεῖν ὑπὲρ τῶν τριῶν λύτρα*, ea tamen lege, ut si non rediret, alii duo pro eo quoque pretium redemptionis inferrent, quod in idiotismo nostro à Germanico est *rancon*, ex redemptionis verbo deflexum: ille vero tertius noluerit redire, ac proinde alii duo pro eo quoque redemptionem exsolverint, his reversis domum, in illum, qui redire in hostes noluit, competit contraria actio nego. gestor. ut ab eo recipiant pretium redemptionis, quod pro eo persolverunt: actio negot. gestorum, inquam, non mandati, quia non proponuntur mandato ejus pro eo intervenisse: ergo actioni negot. gest. locus est non tantum si quis in civitate captivi negotia gesserit, qui postea in civitatem reversus sit, ut in §.ult. sed etiam, ut initio l.21. si captivus negotium apud hostes gesserit ejus, qui cum etiam captivus esset, missus est ad suos, neque rediit ad hostes: namque postliminio reversus in eum habet actionem negot. gestorum.

AD §. *qui negotia*. Sequitur in hoc §. eum, qui jacente hereditate negotia hereditaria gessit, ex hac causa se quodammodo obligare hereditati, quæ loco dominæ est, & vicissim hereditatem sibi, eamque obligationem in solidum ad eum, qui postea heres exstiterit, transire una cum cæteris obligationibus hereditariis, etiam si pupillus fuerit, qui postea heres factus est, quia obligatio ab ipso pupillo non cœpit, sed ab ipsa hereditate. Si obligatio à pupillo cœpisset, non teneretur in solidum, sed in id tantum, quo locupletior factus esset, *l.3.§.pupil.l.6.§.1. l.de litis contest.hoc tit.* At quia obligatio non cœpit à pupillo, sed ab hereditate, quæ cum jacet, quasi domina esse intelligitur rerum hereditariarum, ideo ex ea causa pupillus postea heres factus in solidum obligatur.

AD §. *pen.* In hoc §. ostenditur, eum, qui vivi negotia gessit, & mortui gerere debere, nec ea intermittere, si connexa fuerit utriusque temporis ratio; vetera scilicet

A negotia explicare, & conservare debere, non nova adoriri. Quod & uno ex sociis mortuo servandum esse docet, nempe ut jam cœpta negotia à socio post mortem ejus heres ejus expleat atque perficiat, non suscipiat nova, *liberos socii, pro soc.* Morte unius ex sociis finitur contractus societatis, morte item domini negotiorum finitur contractus, de quo est hic titulus. Morte item tutoris finitur tutela, quæ & contractibus adnumeratur, id est, quasi contractibus. Sed ut heres defuncti socii inchoata per defunctum negotia explicare debet, ita etiam heres tutoris: alioqui teneretur, quasi ex dolo malo, *l.1. de fidejuss.tut.* Et negotiorum quoque gestor negotia vivo domino inchoata ad extremum perducere debet, quia imperfecti, & inchoati negotii nullus est usus.

B AD §. *ult.* Restat §.ult. in quo ostenditur, si me absente, nec mandante, tuo mandatu, L. Titius mea negotia gesserit, eo nomine mihi teneris actione negot. gestorum, quia tu ipse mea negotia gessisse videris: puta si quid minus recte L. Titius gesserit, mihi teneris non tantum, ut mihi actionem mandati cedas adversus Titium, sed omnimodo, ut mihi damnum præstes, quod dolo, vel culpa Titii admissum est in rebus meis, quia imprudenter eum elegisti: imprudentia culpa est, & in judicio negotiorum gestorum non tantum dolus venit, sed etiam culpa, negligentia, imprudens electio. L. Titius autem proculdubio mihi non tenetur actione negot. gestorum, quamvis mea negotia gesserit, quia non contemplatione mei, sed contemplatione tui ad ea accessit: tibi in eum est actio mandati, mihi in eum nulla est actio. Quæ est sententia hujus §. ult. Neque C vero ei obstat *lex si is apud quem, depos.* quam objicit Accursius, quia lex illa loquitur de actione depositi, in qua certo certius est, venire tantum depositarii dolum malum, non culpam. Et ideo depositarius culpæ nomine, si imprudenter alium ejusdem rei depositarium fecerit, & elegerit, cujus dolo res deposita perierit, in hoc tantum tenetur, ut cedat actionem depositi adversus posteriorem depositarium, & quia nihil ipse dolo malo fecit, culpam admisit, sed in hoc judicium culpa non venit. Hoc autem loco agitur de actione neg. gestorum, in qua certissimum est non tantum venire dolum, sed etiam culpam, etiam levissimam: Sicut, & in actione mandati, in qua tamen quandoque hoc tantum inest, ut qui convenitur actori cedat actionibus suis, *l.si procuratorem, §. si liber, mand.* sed hoc ideo, quia in specie illius §. is quo cum mandati agitur, omni dolo, D & culpa caret, & ideo delegatio, sive cessio actionum, quam ille facit, aut facere paratus est, pro justa præstatione habetur, nec quicquam aliud ab eo desiderari potest, in quo neque dolus est, neque culpa.

Ad L.XL. Mandati. *Si pro te præsente, & vetante fidejusserim: nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est, sed quidam utilem putant dari oportere. Quibus non consentio. Secundum quod & Pomponio videtur.*

SI te mandante libens pro te fidejusserim in rem tuam, non donandi animo, & solverim, aut condemnatus fuerim: mihi in te competit actio mandati, hoc est certissimum. Cæterum competit eadem actio, si pro te non mandante, sed præsente, & tacente, nec recusante fidejusE serim, *l.6. §. si passus, l.qui fide, hoc tit. l.6. C. eod. l.60. de reg. jur.* Competit mihi actio mandati, si pro te præsente & tacente, & patiente fidejusserim, quia taciturnitas consensum imitatur, & consensus mandatum: etiam ex tacito mandato est actio mandati. At si pro te absente, & ignorante fidejusserim, & solverim, aut damnatus fuerim, quod semper exigitur, ex illa causa mihi in te competit actio neg. gestor. quia nullum mandatum intercessit, neque expressum, neque tacitum, *l.ex mandato, mand.* Quod si pro te præsente, & vetante, id est, specialiter prohibente ne fidejuberem, fidejusserim, mihi neque mandati, neque negot. gest. actio competit, ne utilis quidem, ut definit Paulus in hac l.40. Actio utilis datur in casu simili, non in casu dissimili, *l.5. si mens. fals. mod. dix. l.29. comm. divid.* Is autem

qui palam, & aperte vetat pro se fidejuberi, omnino dissimilis est ignoranti, vel tacenti, & non recusanti. Et ideo nec utili actione tenetur mandati, vel negot. gesto. Quidam dabant utilem nego. gest. ut Paulus ait: quidam denegabant etiam utilem, ut Pomponius, & Julianus, quam sententiam Paulus probat. Probavit etiam Justinianus sublata omni controversia, *l. ult. C. de neg. gest.*

Ad L. XXIV. de Admin. tut. *Decreto prætoris actor constitui periculo tutoris solet: quotiensque, aut diffusa negotia sunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulet. Si tamen nondum fari pupillus potest, ut procuratorem facere possit, aut absens sit: tunc actor necessario constituendus est.*

Ad §. Si duobus *simul tutela gerenda permissa est, vel à parente, vel à contutoribus, vel à magistratibus: benigne accipiendum est, etiam uni agere permissum, quia duo simul agere non possunt.*

QUod est in hac lege, id etiam Paulus scripsit ad edictum *de neg. gestis*, cum tutorem, & curatorem conferret cum procuratore mandatario, & procuratore voluntario, id est, negotiorum gestore, & doceret, quanto intervallo distaret tutor à procuratore, vel negotiorum gestore. Et hoc inter cætera, nulla ex causa permitti procuratori, vel negotiorum gestori, litium causa, quæ pertinent ad eum, cujus negotia sunt, suo periculo actorem à prætore postulare, & constituere, *l. liberto, §. quamquam, de neg. gest.* nec procuratorem facere posse ante litem contestatam. Tutorem vero, etiamsi ante litem contestatam procuratorem facere non possit, *l. neque C. de procur.* posse etiam ex causa, ut puta, *quotiensque*, ut Paulus loquitur hoc loco, & alii auctores nostri sæpissime, pro *quotiescunque*: *l. 3. Quibus modis ususf. amitt.* & l. 3. *§. si ususfructus, ususf. quemad. cav. l. in singulis, de ann. leg. l. 1. §. merito, ne quid in loco publico:* quotiensque, inquit, negotia pupilli late diffusa sunt, vel quotiensque tutor longinquo abfuturus est, aut dignitas, vel ætas, vel valetudo ejus, in quam post susceptam tutelam incidit, id exigit, posse, inquam, tutorem desiderare à prætore, vel præside, ut quando ipse omnibus rebus pupilli sufficere non potest, aut nullis pupilli rebus, ut litium sui pupilli agendarum causa, periculo suo actorem decernat, maxime si nec pupillus ipse tutore auctore litem agere, vel procuratorem ad agendum, vel defendendum dare potest, forte quia infans vel absens est, *l. tutor, quand. ex fact. tut. l. solet, de tutel. §. ult. Instit. de curat. l. 10. C. de appell. l. 10. C. qui dari tutor. l. 1. C. de action. à tut. seu curat. dand.* Si pupillus infantiam excessit, & præsens est, quamvis tunc ipse litem agere possit tutore auctore, vel etiam ad litem facere procuratorem æque tutore auctore, tamen etiam actor decreto prætoris, vel præsidis, & periculo tutoris constitui potest ex causa, sed non est necesse, si malit pupillus per se litem agere, vel procuratorem dare tutore auctore. At si infans, vel absens sit, necessario, ut Paulus ait hoc loco, actor constituendus est, ex justa causa, ut dixi, ab eo actore scilicet exacta cautione de rato, quia domini, id est, pupilli voluntatem non habet, *l. actor, rem rat. haberi*. Constituitur autem unus actor, non plures: nam & vix per plures lites expediri possint. Qua ratione, & pluribus procuratoribus simul datis ad agendum, ex iis unus tantum adsumitur, nempe is, qui agere occupaverit, cæteri repelluntur, *l. 32. de procurat.* Cui legi cum sit ex eodem lib. licet adsuere, quod Paulus subjicit in hac *l. 24.* Si duobus simul testamento parentis tutela gerenda permissa sit, vel à majore parte tutorum, vel à prætore, vel præside, vel à duumviris, etiam uni agere permittendum est, maxime ei, qui diligentior fuerit, qui agere occupaverit, quia & vix duo simul bene agere, & litem exequi possint. Et eleganter *l. 2. §. apparet hoc tit.* facilius unum tutorem exercere, & excipere actiones, ne per multos tutela spargatur. Quod confirmat etiam *l. cum possessor, inf. de censib.* Et ait Paulus hoc loco, benigne uni agere permitti, quia scilicet cum duo plane, & diserte simul agere jussi sunt à parente, vel prætore, vel à contutoribus, si ad verba rem deflectamus, nonnisi duo agere possunt: sed benignius est, ut & uni agere permittatur, quoniam id est facilius, & pupillo commodius.

Ad L. XLI. ad Leg. Falcid. *Dolo carere non videtur, si jam mota quis controversia hereditatis legata sine cautionibus det.*

DOlo, inquit, *carere non videtur*, &c. Hæc lex etiam proprie accommodanda est ad neg. gest. actionem, ut fit etiam ab Accursio in *l. ult. de neg. gest.* videlicet ut si is, qui negotia hereditaria gerebat, cum jam mota esset controversia hereditatis, vel cum jam actum esset petitione hereditatis, solverit legata, non exactis cautionibus. Recte cautionibus: nam duo complectitur genera cautionum, quæ præstari solent solventi legata. Unde hæc est, quæ proponitur *in tit. seq. Quod amplius legatorum nomine legatarius ceperit, quam e lege Falcidia capere licebit*, id *boni viri arbitratu restitutum iri*. Altera cautio est, *evicta hereditate ei, qui legata solvit, boni viri arbitratu legata restitutum iri*. Et hanc maxime cautionem, si non exegerit, qui gerebat negotia hereditaria, cum solveret legata post motam controversiam de hereditate, eo nomine domino negotiorum evicta hereditate tenebitur actione neg. gestorum, quia dolus in eo est, quod cautionem exigere supersederit, *l. Julianus, §. Marcellus, ad exhib.* dolus, inquam, est, vel potius culpa dolo proxima, culpa lata, *l. 4. §. hæc actio, tit. seq.* quia in hac lege 41. non dolo facere dicitur, sed dolo carere non videri, id est, proximum esse dolo, quod supersederit eam cautionem exigere. Lata culpa vulgo præsumitur esse dolus: lata negligentia, dolus est: dolus evidens qui probatur ex perspicuis insidiis, ut ait *l. 6. C. de dolo.* Lata culpa est dolus præsumptus. Fit autem hujus cautionis evicta hereditate soluta legata reddi, sæpe mentio in libris nostris, *l. 3. §. si legatarius tit. seq. l. quod si possessor, de petit. hered. l. de die, §. tutor. qui satis cog. l. 1. §. non quærimus, si quis om. causa test. l. 9. C. de leg. l. ult. C. de petit. hered.*

Ad L. LI. de Solut. *Dispensatori, qui ignorante debitore remotus est ab actu, recte solvitur. Ex utilitate enim domini ei solvitur: quam si nescit mutatam, qui solvit, liberatur.*

NEgotiorum gestori sive procuratori comparatur actor servus sive dispensator, quem dominus præposuit calendario, quem dominus præposuit pecuniis credendis & exigendis, *l. solutam, sup. hoc tit. l. solutum, §. solutam, de pign. actione.* Comparatur etiam quandoque tutori, vel curatori, *l. tutorem, qui tutelam, de admin. tut.* Et ut procuratori dato ad exigendam pecuniam recte solvitur, quia ex voluntate domini solvitur, ac proinde is, qui ei solvit, liberatur: Ita & certissimum est, servo dispensatori recte solvi pecunias domino debitas, & solventem liberari, *l. quod servus, sup. hoc tit.* An vero ei etiam solvitur recte, postquam dominus illum ab illo actu removit. Et ut hoc loco definit Paulus, utque comprobat *l. pen. de reb. cred.* comprobant & aliæ innumeræ, à debitoribus quidem scientibus, mutatam esse domini voluntatem, scientibus dispensatorem ab eo actu dominum removisse, non solvitur recte, & ideo solvendo non liberantur: & ab ignorantibus solvitur recte, licet reipsa jam finitus actus, finita dispensatio sit. Quod tamen benigne receptum est utilitatis causa, ne debitoribus justa, & probabilis ignorantia noceat.

Ad L. CXIV. de Reg. jur. *In obscuris inspici solet, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.*

HÆc etiam lex accommodari potest, & admodum proprie ad speciem *l. 13. de neg. gest.* in qua, si creditor, cui debentur 50. defuncti debitoris sui negotia hereditaria gesserit, & in ea impenderit 10. ac postea ex venditione rei hereditariæ collegerit 100. eaque reposuerit in arca, nec ex ea pecunia confestim sibi solverit 60. & mox ea pecunia arca vi erepta sine culpa sua perierit, quæritur, an ab herede postea facto 60. petere possit? Et ostenditur in ea lege, quæ à nobis fusius explicata est, animadvertendum

esse,

esse, utrum habuerit justam causam seponendorum, custodiendorum 100. an non habuerit, de quo si constet, nullus est labor. Nam sive justam causam habuit, definit perspicue quid statuendum sit, & contra si non habuerit. At si forte id obscurum fuerit, id esse inspiciendum hoc loco ait, quod est verisimilius, & quod plerumque fieri solet. Et ita coaptari debet ad distinctionem d. legis 13. ut sit verisimile, eum non sine justa causa deposuisse 100. in arca quod esset optimus, & diligens paterfam. vel si plerumque in ea regione soliti erant facere patresf. quive eorum negotia gerebant: nam in obscuris inspiciendum quid in ea regione frequentatur, ut ait *l.* 34. *eod. tit.* tunc vero negotiorum gestor possit 60. ab herede petere. Sin autem verisimilius sit, eum imprudentia peccasse, quum deposuit 100. in arca, aut si plerumque solebant homines in ea regione confectam redactamque pecuniam statim erogare in negotia sua, neque otiosam asservare domi, tum neque possit 50. petere, neque retinere: decem vero, quæ impendit in negotia hereditaria, etiam petere non possit, retinere tamen possit. Quod maxime facit ad illustrandam distinctionem d. legis 13. nam posita ea distinctione, & eo definito, quod de quaque parte distinctionis statuendum est, restabat illa inspectio, quid esset dicendum, quidve statuendum, si obscurum fuerit, & incertum habuerit ille justam causam reponendi 100. in arca, an non habuerit. Et huic exemplo convenienter Joannes ad hanc regulam, *majorem*, inquit, 25 *annis verisimilius est non esse lapsum, si industrius appareat*.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. X. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad ll. de Calumn. *Quin etiam, si quis obligatione liberatus sit, potest videri cepisse. Idemque si gratuita pecunia utenda data sit, aut minoris locata venditave res sit, nec refert, ipse pecuniam acceperit, an alii dari jusserit, vel acceptum suo nomine ratum habuerit.*

Ad L. VII. eod. *Si quis ab alio acceperit pecuniam, ne mihi negotium faciat, si quidem mandatu meo datum est, vel à procuratore meo omnium rerum: vel ab eo, qui negotium meum gerere volebat, & ratum habui: ego dedisse intelligor. Si autem non mandatu meo alius eo, licet misericordiæ causa, dederit, ne fiat: neque ratum habui, tunc & ipsum repetere, & me in quadruplum agere posse.*

Ad §. Si ut filiofamilias *negotium fieret, acceptum est: Item si filiusfamilias pecuniam acceperit, ut faceret negotium, vel non faceret: in ipsum judicium dabitur. Et si alius non meo mandatu ei dederit, ne fiat: tunc etiam ipsum repetere, & me in quadruplum agere posse.*

Ad §. Cum publicanus *mancipia retineret, dataque ei pecunia esset, quæ non deberetur, & ipse ex hac parte edicti in factum actione tenetur.*

LEGES hujus libri pertinent ad eam partem edicti, quæ est de calumniatoribus, & statim ex eo tit. de calumniator. conjunctim explicabuntur l. 2. & 7. Ordo autem hic est edicti perpetui, quem & in ordinatione Pandectarum Tribonianus sequutus est, ut post tit. de neg. gestis statim detur tit. de calumniatoribus, quem ita latius fuisse conceptum constat ex *l. pen. de cal.* de iis, qui pecuniam, ut negotium facerent, aut non facerent, accepisse dicuntur. Nec alia est huic tit. sup. qui est de neg. gestis jungendi proxime, & quasi vinciendi ratio, quam commune negotii nomen, licet eadem in utroque tit. nominis significatio non sit: superior est de neg. gest. hic est de iis, qui pecuniam accipiunt, ut negotium aliis faciant, aut non faciant. Quæ ratio fecit, ut & inf. tit. *de recept.* subjungeretur tit. *naut. caup.* licet idem in utroque non significet recipiendi verbum:

A homonymia hoc fecit, non quod utroque eadem esset ejusdem nominis potestas, eademve notio. Hoc vero edicto de calumniatorib. sive de iis, qui pecuniam, ut calumniæ causa negotium facerent, aut non facerent accepisse dicuntur, tenetur actione in factum pœnali, in quadruplum intra annum is, qui pecuniam accepit, ut per calumniam alii negotium faceret: quæ actio non datur ei, qui eam pecuniam dedit, quia eam dedit turpiter, *l. 3. §. 1. l. 5. §. 1. hoc tit.* uterque turpiter fecit, qui dedit, quique accepit, ut alii calumnia fiat: sed datur hæc actio ei propter quem pecunia data est, ut ei calumnia fieret. Eadem actione tenetur is, qui pecuniam accepit ab innocente, cui minatur crimen, ne ei calumniæ causa crimen intenderet, neve negotium faceret. Et hæc actio ei datur, qui dedit pecuniam, ne sibi calumnia fieret, quia turpitudo versatur ex B parte accipientis, non dantis. Omnis enim est honesta ratio propellendæ calumniæ. Coercetur etiam extra ordinem, sive extraordinario judicio concussionis, quod criminale est: hoc de quo hic agitur est civile. Sed præter hoc judicium civile, coerceri potest etiam extraordinario judicio concussionis, vel etiam publico judicio ex *l. Corn. de fals.* is, qui pecuniam sub specie criminis, vel accusationis ab innocente extorquet, *l. pen. hoc tit. l. 1. & 2. de concuss.* Quo genere Tertull. in lib. de fuga in persecutione, frequenter, concuti Christianos: *militem*, inquit, *vel delatorem, vel inimicum Christianos concutere, & perterrefacere, & nihil Cæsari exigere, imo vero contra Cæsarem facere, quum Christianum humanis legibus reum mercede dimittit*, id est, accepta pecunia. Pecuniam autem accepisse videtur, ut a t *l. 1. in fin. hoc tit.* & qui pro pecunia rem aliquam accipit, C quod est certum. Verum additur ex hoc libro Pauli in *l. 2.* eum etiam pecuniam accepisse videri, qui obligatione aliqua liberatus est, ut alii negotium faceret, vel non faceret, *eam quoque*, inquit, *cui gratuita pecunia utenda data est*, id est, cui pecunia mutuo data est sine usuris; utendi dati nomine non tantum significatur commodatum, sed etiam mutuum, Plaut. in Pers. *Nummos dares utendos mutuos.* Sed quæ datur pecunia mutua, datur ad abusum potius, non proprie ad usum, dominio in accipientem translato, quæ commodatur, proprie datur ad usum, dominio non translato ea lege, ut eadem pecunia restituatur. Commodantur enim pecuniæ dicis causa, ut ait *l. sæpe commod.* non ut eas consumamus, sed ut easdem restituamus, usu earum, in quem eas sumpsimus, expleto. Ergo hoc loco is, cui pecunia utenda data est, id est, abutenda, quod sit credita pecunia. D Item pecuniam accepisse videtur, qui propter hoc, id est, propter calumniam, quam se facturum alii in se recepit; is, inquam, qui propter hoc, rem minoris emit, aut conduxit. Et addit etiam, nihil referre, utrum ipse pecuniam acceperit, an alii jusserit dari, mercedem scili. et calumniæ, an vero alii datam suo nomine ratam habuerit. Ratihabitio jussu, seu mandato comparatur. Qui jubet accipere, ipse videtur accipere, *l. 95. §. usumfruct. de solut.* Sed ut redeamus ad id, quod est initio *h. l.* 2. is etiam pecuniam accepisse videtur, qui obligatione aliqua liberatus est, quod & repetitur ex d. lib. in *l. 115. de reg. jur.* Liberatur quis obligatione plerumque, vel per acceptilationem, vel pacto nudo, & sive hoc, sive illo modo liberetur, semper videtur pecuniam accepisse. Ac primum quidem per acceptilationem, quia acceptilatione ipso jure perimitur obligatio, nec agi cum E eo potest, cui accepto latum est, adeo ut lucrifacere, & accipere videatur pecuniam, quæ ab eo peti, & exigi non potest. Pacto autem, videlicet de non petenda pecunia debita, videtur etiam pecuniam accipere, quia etsi ab eo debitore ipso jure pecunia debita peti possit, quia ex pacto neque tollitur, neque nascitur obligatio, tamen agentem potest repellere exceptione pacti conventi. Et recte *l. 3. §. 1. h. t.* etiam eum, qui depectus est, hoc edicto teneri. Quod tamen ne fallamur, ita procedit, si pactus sit quis cum creditore suo, ne à se pecunia peteretur, cum id ageretur ut per calumniam alii negotium faceret, ut calumniosam accusationem adversus alium institueret: hoc casu utriusque turpitudo versatur: & ideo creditor si pecuniam petat, omnino repellitur exceptione pacti, quæ replicatione doli in-

strio-

fringi non potest, quia ubi par turpitudo,& delictum versatur, melior est conditio rei,deterior petitoris, *l.3. & pen.de cond. ob turp.caus. l.5. C.eod.tit. l.2. ne quis eum, qui in jus voc. l.cum par 196. de reg.jur.* At si debitor pactus sit,ne à se pecunia peteretur,cum id ageretur,ut creditori forte innocenti faceret negotium, sane hoc edicto non tenetur, quia exceptio pacti ei prodesse non potest, & pro eo est, ac si tale pactum non interposuisset, propter replicationem doli, qua creditor, ex cujus parte turpitudo non versatur, potest elidere exceptionem pacti. Qua ratione etiam Paulus ait in *d.l.115.* quod confirmat *l.13. eod.tit.* eum non videri quicquam accepisse,qui stipulatus est certam pecuniam sibi dari,ut alii negotium faceret, aut non faceret, quia ea stipulatio per exceptionem doli irrita constituitur,vel etiam ipso jure per exceptionem doli,si ob illam turpem causam, si ob calumniæ causam stipulatus sit certam pecuniam, illa causa non expressa, cum id tacite inter eum,& possessorem ageretur: nam si causam expresserit,ipso jure nulla stipulatio est, *l.jurisgentium, §.si ob maleficium ne fiat, de pact. l.generaliter 26. de verb. oblig. l.5. de cond.ob turp.caus.*

Ad L. VII. de Calumniat.cujus verba supra sunt adscripta.

HIs addamus ex eodem Paulo, quod est in *l.7. hoc tit.* si non innocens ipse calumniatori pecuniam dedit,ne sibi sub specie criminis faceret negotium, sed alius dedit pro eo, ne ei delator faceret negotium, si quidem alius dedit mandatu innocentis, vel procuratoris ejus, cui universorum bonorum administratio concessa est, vel mandatu amici voluntarii, qui negotium illud ejus agere volebat, & is, cujus negotium erat, ratum habuerit, quia ratihabitio mandato comparatur, & retrotrahitur, proculdubio innocenti ex hoc edicto competit actio in quadruplum, quia ipse pecuniam dedisse videtur, quæ data est mandatu, vel voluntate ejus. Voluntatem accipimus pro ratihabitione, *l.55. de solut.* Competit ergo innocenti actio in quadruplum ex hoc edicto, quia ipse pecuniam dedisse videtur, ne sibi negotium faceret. Competit etiam innocenti condictio ob turpem causam, qua repetat pecuniam datam calumniatori, sive concussori: sed electa actione pœnali ex hoc edicto, condictio consumitur. Prima autem electa condictione, & repetita pecunia, quam concussori dedit, superest ex hoc edicto actio in triplum in id tantum, quod amplius in ea est: nam mixta est actio, si dedit ne mihi calumnia fieret. Et ita explicanda est *lex 5.§.ult. hoc tit.*Sed si innocens id neque mandavit, neque ratum habuit, quod alius pecuniam concussori dedit, id benigne faciens, & misericordiæ causa ne innocens inique vexaretur, hoc casu ei, qui pecuniam dedit, adversus eum, qui accepit datur condictio datæ pecuniæ ob turpem causam: adversus eum, pro quo dedit, nullam repetitionem habet: sicut nec is, qui pietatis causa impendit in negotia aliena,adversus eum, cujus negotia sunt, ullam actionem habet, *l.16. l.ex duobus 28. §.ult. sup. tit.prox. l.1.11.15. C.eod.* Ergo, qui pecuniam dedit pro innocente, nec quod is gerebat mandante, aut ratum habente, non habet actionem, nisi adversus eum, qui pecuniam accepit ne vexaretur innocens, veluti condictionem ob turpem causam:Verum & hoc casu innocenti propter quem dedit, competit in concussorem actio in quadruplum ex hoc edicto, ut puta si concussor ab alio acceperit decem, ei, qui dedit restituet decem, & innocenti 40.nam hoc casu(quod maxime notandum est) quum alius dedit pecuniam delatori, ne alii negotium faceret, actio in factum ex hoc edicto continet meram pœnam: Et ideo cum condictione concurrit omnino, nec per eam consumitur, aut minuitur: altera alteram non consumit,aut minuit, quia nec eidem datur utraque, sed ei, qui eam numeravit, condictio ob turpem causam, innocenti actio in factum ex parte hujus edicti: nunquam invenies,ut duæ actiones,quæ diversis competunt, se invicem consumant ulla ex parte. Sequitur in hac *l.in §.si ut filiof. &c.*

AD *§. Si ut filiofam.* Eum,qui accepit pecuniam,ut filiofamil. calumniæ causa faceret negotium, non tantum teneri filiofamil. sed & patri, quod omnino ita fit, sicut in actione injuriarum si injuria facta sit filiofamil. duæ sunt injuriarum actiones,& competunt:Una,quæ filiofamil.competit, vel patri filiifamil. nomine, & altera, quæ competit patri suo nomine, *l.pater 41. de injur.* Duplex enim intelligitur esse injuria, & duplex calumnia, duplex concussio. Contra, ait, filiumfamilias, qui turpiter pecuniam accepit, ut alii per calumniam negotium faceret, aut non faceret, ipsum teneri in quadruplum ex hoc edicto,non patrem, & filium,& si non habeat unde solvat, carcere coerceri. Patrem ante condemnationem filii, & aute damnatum filium ex hac causa non teneri. At post condemnationem filii, quod Paulo addendum, in quadruplum patrem teneri de peculio duntaxat, vel de in rem verso, quasi ex contractu, *l.etsi condemnatus 35. de noxal. act.* quia litis contestatione cum filiofamil. quasi contractum intelligitur. Et licet ex delicto filiifamil. pater non teneatur, tamen tenetur quasi ex contractu. Ergo ex lite contracta, ut Tullius, lites contractas litigando: Hoc enim est, quod dicitur in *l.3. §.idem scribit, de pecul.* judicio accepto, id est,lite contestata quasi contrahi. Post condemnationem ergo filii factam ex hac causa, quasi ex contractu pater tenetur de peculio duntaxat, vel de in rem verso. Post litis contestationem ex eadem causa mortuo filio quid fiet? mortuo filio post litis contestationem ante condemnationem, constat judicium transferri in patrem, de peculio duntaxat, vel de in rem verso, *l.tam ex contractibus 57. de judic.* Additur hoc etiam in *l.7.* si alius sine mandato, aut voluntate mea filiofamil. dederit pecuniam, ne innocenti mihi negotium faceret, æque, ut dictum est supra, in patrefamil. mihi adversus filium ex hoc edicto pœnalis actio competit ex edicto, non in patrem: in filium quoque datæ pecuniæ condictio competit ei,qui dedit,non in patrem,nisi quatenus ex ea re locupletior factus est, ut *l.3. §.pen. de pecul.* Et ita hic locus explicandus est.

AD *§.ult. Cum publicanus.* Quod autem proponitur in hoc *§.ult.* valde singulare est: publicanum sub specie vectigalis, quod non debebatur, retinentem mancipia, & ut eadem dimitteret pecuniam accipientem, ex hac parte edicti teneri in quadruplum, quia pecuniam accepit, ne vexaret mancipia,ne injuria ea detineret. Quo ex loco intelligimus, negotium in hoc edicto non pro lite tantum accipi calumniosa, vel pro accusatione, sed etiam pro vexatione qualibet injusta.

Ad L.Heres VIII, de Obseq. par. & patr.

HÆc lex pertinet etiam ad eandem partem edicti, & ait, *eum honorem, quem patrono libertus exhibere debet, non debere etiam eidem patrono exhibere heredem liberti. Imo heredem liberti habere adversus patronum defuncti omnia jura extranei hominis.* Quod ostendit etiam, quæ ibi non adnotatur, *l. apud Celsum, §.adversus, de doli except.* illo loco, *si autem cum herede liberti patronus, &c.* Quorsum id scripsit Paulus? Respiciens proculdubio ad hanc edicti partem, qua libertus non potest agere adversus patronum, ex hac parte edicti de calumniatoribus, *l.5. hoc tit.* In qua lege animadvertendum est, hanc actinnem de calumniat. separari ab actionibus famosis, quibus & multo minus libertus adversus patronum experiri potest. Hujus edicti, inquam, actionem separari à famosis, & non esse famosam: nam & in edicto de his, qui notantur infamia, non numeratur qui hoc judicio damnatus est in quadruplum, sed qui judicio publico calumniæ causa damnatus est. Hoc judicium est privatum, non publicum. Cum ergo docuisset Paulus, libertum hoc judicio adversus patronum agere non posse, quod licet non sit famosum, habeat tamen mentionem turpis calumniæ, docuit, liberti heredem hac actione posse adversus patronum defuncti experiri, quia ei est pro extraneo: multa plura alia prætor in edicto scri-

scripserat de calumniatoribus, & inter cætera proposuerat aliam actionem de calumniatoribus in eum, qui causam non probasset, nec obtinuisset, & in eum, qui destitisset à negotio, quod calumniæ causa instituerat. Cujus veteris actionis fit mentio in *§. hac autem, Inst. de pœn. tem. litig.* & in *l.31. de lib. causa, l. 4. C. de fructibus, & lit. exp.* Sed nihil de hac actione proditum in his libris, quia Justinian. eam sustulerat, ut ipsemet narrat in *d. §.hac autem*, introducto jurejurando propter calumniam, quod initio litis jurat utraque pars, jurantque patroni utriusque partis. Et ex his causis maxime quod quis destitisset à negotio, quod calumniæ causa instituerat, fuisse datam actionem, fuisseque de ea actione tractatum à Jureconsultis consequenter his, quæ supradicta sunt de actione in factum, intelligimus etiam ex Ulpiani libro 10. ad edictum, quo & de hac actione plura exposuit, & præterea exposuit quid esset desistere à negotio calumniæ causa instituto in *l. destitisse 10. de jud.* quia præter hanc actionem in edicto consequenter etiam proposita erat actio civilis calumniæ in eum, qui destitisset à negotio calumniæ causa instituto.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.IV. de eo quod met. causa. *Ego puto, etiam servitutis timorem, similiumque admittendum.*

Ad L.VIII. eod. *Isti quidem, & in legem Juliam incidunt, quod pro comperto stupro acceperunt: prætor tamen etiam ut restituant intervenire debet: nam & gestum est malo more, & prætor non respicit an adulter sit, qui dedit: sed hoc solum, quod hic accipit metu mortis illato.*

Ad §. Si is accipiat *pecuniam, qui instrumenta status mei intervertiturus est, nisi dem: non dubitatur, quin maximo metu compellat, utique si jam in servitutem petor: & illis instrumentis perditis, liber pronuntiari non possim.*

Ad §. Quod si dederit: *ne stuprum patiatur vir, seu mulier: hoc edictum locum habet: cum viris bonis iste metus, major, quam mortis esse debet.*

Ad §. Hæc quæ diximus *ad edictum pertinere, nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis: cum pro effectu parentes magis in liberis terreantur.*

PAULUS proposuit hoc libro, & interpretatus est varia edicta de restitutione in integrum, ac primum quidem edictum de eo, quod vi met. causa gestum erit, quo is, qui vi, metuve compulsus aliquid fecit, restituitur in integrum, rescisso eo, quod fecit, & redintegrata re, vel causa, quam amisit, per actionem prætoriam, quod metus causa. Quæ nisi statim ab initio is, qui quid vi extorsit, aut metu, monitus à judice statim rem restituerit vi, metuve extortam, datur in eum intra annum in quadruplum, in quo inest etiam simplum, id est, res quæ vi, metuve extorta est: post annum datur in simplum tantum, id est, in id, quod vi, aut metu extortum est, ut id restituatur; Ubi vis accipitur, non pro vi qualibet, sed pro majore, & atroci, & sæva, ut *l. 3. §.1. hoc tit.* Et metus quoque non pro quolibet metu, sed pro metu: *majoris malitatis*, ut loquitur Ulpianus *l.5.* quem justum metum vocat *l. 7. & ult. hoc tit.* magistrianum timorem Fulgentius in explicatione continentiæ Virgilianæ. Hujusmodi est metus mortis, & verberum, & ut Paulus ait in *l.4. hoc tit.* quæ est prima hujus libri 11. metus servitutis, aut similium, veluti vinculorum. Unde quod, & idem Paulus eodem titulo tractat, *l. 8. hoc tit.* si quis in adulterio deprehensus alienaverit, vel promiserit aliquid ei, qui deprehendit terrore mortis, vel vinculorum; ex hoc edicto restitui potest in integrum, in eum, qui quid ab eo extorsit illato mortis, aut vinculorum metu, data actione, quod met. caus. in quadruplum, quæ mixta est actio. Et repetit igitur id, quod is dedit, qui deprehensus est in adulterio, ut deprehensis pudoris damnum redimeret. Atqui id turpiter dedit, nempe pro comperto, & manifesto adulterio. Verum id quoque non repetit, quasi turpiter datum, nec enim hoc colore posset agere, sed quasi metu illato sibi extortum incivili, & malo more, ut ait l.8. quia prætor, qui eum restituit in integrum, dato judicio quod metus causa, non respicit, an adulter fuerit, atque adeo an turpiter dederit, sed an adversarius acceperit metu mortis illato, quæ fuerit causa dandi non respicit, sed quis extorquendi mos, qui incivilis valde est. Et ideo is, qui accepit ab eo, qui deprehensus est in adulterio illato metu mortis, aut verberum, præter hoc judicium privatum, tenetur etiam publico criminaliter ex *l. Julia de adult.* quod pro comperto stupro pretium acceperit, ne occideret eum, aut ne proderet adulterum. Super hæc Paulus in h. l.8. quod dixit in *l.4.* servitutis timorem esse justum timorem, id explanat hoc modo: si cum haberes in tua potestate instrumenta libertatis meæ, & ea posses intervertere, idque te facturum minitareris, si dedero tibi pecuniam, ut status mei instrumenta mihi servares, sane quod ita dedi, maximo metu compulsus dedi. Utique si cum amissis instrumentis liber pronuntiari non possem, tum dedi, cum jam me peteres in servitutem, & mihi hunc metum incuteres, non etiam si te tacente, nihilque moliente, egomet mihi solus hunc metum asciverim, *l. 21. hoc tit.* hoc edicto metus coercetur, quem alius intulit mihi, non quem ego mihi ipsi non lacessitus ab alio. Verum hoc casu, quum tibi pecuniam dedi, jam me petenti in servitutem, ne pergeres petere, aut ne instrumenta libertatis meæ, quæ penes te sunt, consumeres, justissimo metu ductus dedi. Et ideo locus huic edicto est. Imo in hac specie bivium mihi patet ad rem, & pœnam persequendam, vel ex super. edicto de calumniat. vel ex hoc edicto, quod met. causa. Utroque concussio coercetur: sed gravius illo: quia ex illo edicto actio stricta est, ex hoc edicto arbitraria. Et ideo concussor, qui rem restituit, non ideo liberatur illius edicti pœna, *l.5. §.ult. de cal.* hujus tamen edicti pœna liberatur arbitrio judicis, *l. seq. §. licet, l.14. §.1. l.21. l.ult. hoc tit.* quoniam ex hoc edicto datur actio in quadruplum sub conditione, si monitus à judice rem vi, metuve extortam non restituat boni viri arbitratu, ut ait *d.l.14.§.1.* hoc edicto prætor satis clementer egit, ut daret restituendæ rei facultatem reo, si vellet pœnam evitare. Et ea ratione hæc actio dicitur esse arbitraria, quia reus si pareat judicis arbitrio monentis ut rem restituat, omnino liberatur. Mox vero hæc ipsa l.8. timori servitutis adjungit timorem stupri, & ait eleganter, stupri timorem viris bonis, aut honestis mulieribus, quam mortis majorem esse debere. Et hunc igitur timorem maxime ad hoc edictum pertinere, ac præterea nihil referre hæc, vereamur mortem, servitutem, stuprum, vincula in nobis, an in liberis nostris. Imo quod liberi nostri nobis sint chariores, quam nos ipsi nobis, eo majorem esse hunc ipsum timorem in liberis nostris, quam in nobis ipsis: majorem significat esse charitatem parentum in liberos, quam liberorum erga parentes. Quæ ratio facit etiam in jure, ut facilius ex conventionibus parentum quorumcumque liberis accommodentur actiones utiles (hoc scilicet inducto omnium maxime affectioni) quam ex conventionibus liberorum parentibus, *l. Cajus 45. solut. matr. l. pater, C. de pact. con.*

Ad L.XV. eod. *Aut in id dabitur adversus cæteros actio, quod minus ab illo exactum sit.*

SUperioribus addenda etiam est lex 15. quæ docet; si plures metu illato aliquid alii extorserint, & unus ex iis rem restituerit, vel condemnatus fuerit in quadruplum, cæteros non teneri actione, quod metus causa, nisi in id tantum, quod minus ab illo exactum est: aut si initio ab illo res, vel etiam ex sententia quadruplum exactum sit, cæteros omnino liberari, quia in hac actione semel duntaxat id, quod interest quadruplatur, puta extortis decem, 40. præstari satis est. Imo ante sententiam decem restitutis, omnibus, qui metum intulerunt, plena liberatio contingit,

tingit, quia actoris interesse desiit, qui rem recuperaverit, *l. prox. §. pen. & ult. supra.* Et hoc etiam distat hoc edictum à superiore de calumniatoribus: nam exemplo actionis furti, & pœnalium omnium sive mixtarum actionum quoque in factum, ex illo edicto de calumniatoribus pœnæ petitio est, etiamsi actoris desierit interesse, ut puta restituta re; ac si plures pecuniam acceperint calumniandi, aut non calumniandi causa, singuli tenentur pœnali judicio, adeo ut non sufficiat unum eorum pœnam luere: Idque obtinet, ut dixi, in omnibus actionibus pœnalibus, quæ meram pœnam continent, atque etiam in omnibus mixtis, quæ rem, & pœnam persequuntur, non etiam in iis actionibus, quæ ab initio in id tantum competunt, quod actoris interest, quarum ex numero est actio, quod metus causa: nam in eam ab initio venit tantum id, quod interest actoris. Quod si reus præstiterit, moremque gesserit arbitrio judicis, id restituendo omnino liberatur. Ergo actio quod metus causa non est ab initio pœnalis, aut mixta. Quæ ab initio sunt pœnales, aut mixtæ, earum conditio hæc est, ut qui ex earum causa rem restituit, pœna non absolvatur, *l. ita vulneratus 51. §. ult. l. item Mela, §. sed si plures, ad leg. Aquil. l. vulgaris 21. §. pen. de furt. l. 1. §. ult. si is, qui testam. lib. esse juss. l. 8. de jurisdict. l. pen. §. ult. ne quis eum, qui in jus voc.* Et aperte in *l. 1. C. de condict. furt.*

Ad L.XXI. eod. *Si mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, cum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigatur: cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert.*

Ad §. quod metus causa *gestum erit, nullo tempore prætor ratum habebit.*

Ad §. Qui possessionem *non sui fundi tradidit: non quanti fundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum, vel simplum cum fructibus consequetur, æstimatur enim, quod restitui oportet, id est, quod abest autem nuda possessio cum suis fructibus, quod & Pomponius.*

Ad §. Si dos *metu promissa sit, non puto nasci obligationem: quia est verissimum nec talem promissionem dotis ullam esse.*

Ad §. Si metu *coactus sim ab emptione, locatione discedere: videndum est, an nihil sit acti, & antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonæ fidei obligatione possumus uti, cum finita sit, dum amittitur, & magis est, ut similis species acceptilatione sit: & ideo prætoria actio nascitur.*

Ad §. Si metu *coactus adii hereditatem: puto me heredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, sed per prætorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur. Si coactus hereditatem, repudiem, duplici via prætor mihi succurrit: aut utiles actiones, quasi heredi dando, aut actionem metus causa præstando: ut quam viam ego elegerim, hæc mihi pateat.*

Restat tantum in hoc tit. ex hoc lib. l. l. 21. in cujus principio ostenditur, ingratum libertum in servitutem patroni redigi posse ex lege Ælia Sentia, ut *l. sciendum. de verb. signif.* vel ingrati judicio extraordinario, *l. 1. C. de lib. & eor. lib.* Sed si libertus ingratus, cum nondum peteretur, aut retraheretur à patrono in servitutem, ultro ei obtulerit certam pecuniam, ne quandoque ab eo in servitutem repeteretur, hoc casu non competere ei actionem, quod metus causa, quia non patronus, sed ipse sibi hunc metum intulit.

AD §. 1. Sequitur, *quod metus causa gestum erit, &c.* Nullo tempore, id est, neque intra annum, neque post annum: nam post annum simpli, id est, ejus quod vi, aut metu extortum est. perpetua repetitio est, præterquam si, ut Placentinus, & Græci interpretes notant, post tricennium quis ea actione uti velit. Quod ait nullo tempore, non excludit tricennium: nam personales actiones non durant ultra 30. annos: reales, de quibus est *l. 3. C. eod.* non ultra 10. annos inter præsentes, & 20. inter absentes.

AD *§. qui possessionem.* Sequitur in hoc §. in actione, quod metus causa, id tantum quadruplari, si non pareatur arbitrio, quod actoris interest, id est, quod actori abest, *l. 14. §. Julianus, hoc tit.* Et ideo, qui metu compulsus fundum suum tradidit dignum 10. hac actione intra annum 40. consequitur cum fructibus fundi, quia fundus tantum actori abest dignus 10. cum fructibus, vel consequitur simplum tantum, nempe fundum ipsum, aut fundi pretium cum fructibus post annum, vel etiam intra annum consequitur simplum tantum, si reus pœnæ evitandæ causa arbitrio judicis rem restituat. Qui vero fundum alienum, quem bona fide possidebat, similiter dignum 10. metu coactus dedit, non quanti fundus, sed quanti possessio fundi est, quæ apud eum fuit, ejus quadruplum, vel simplum cum fructibus consequitur, quia nuda tantum possessio ei abest, non proprietas: neque enim fundus ejus fuit, id est, proprietas fundi, sed possessio tantum, quanti fuerit possessio spectatur, non quanti proprietas, fit autem sæpe, ut ejusdem fundi alterius sit proprietas plena, aut nuda, alterius possessio nuda, *l. Mævius, §. pen. de leg. 2.*

AD *§. si dos metu promissa.* In hoc §. Paulus docet, hoc esse singulare in dote, si metu illato promissa sit, ut ipso jure nulla nascatur obligatio: & ut igitur cesset hoc edictum, sicut ex *l. 115. de reg. jur.* didicimus lib. sup. cessare edictum de calumniat. si quid calumniator stipulatus sit sibi dari, ut alii faceret, aut non faceret negotium, quia ex ea stipulatione, aut nulla nascitur obligatio, aut quæ nascitur per exceptionem infirmatur. Et ita in hoc §. *si dos,* inquit, *metu promissa sit, non puto nasci obligationem, ex hoc edicto scilic. quia,* ut subjicit, *est verissimum nec talem promissionem dotis ullam esse.* Hoc vero in dote promissa jure singulari receptum est: namque alias ex stipulatione metu extorta constat obligationem nasci, sed opponi posse exceptionem metus illati, vel agi posse ex hoc edicto, *l. pen. C. de inut. stip.* Sane hodie in dote promissa non est singulare, quia actio ex stipulatu de dote hodie est bonæ fidei ex constit. Justin. Et certum est in omnibus bonæ fidei judiciis, dolum qui insit ab initio, vel metum, omnino irritum judicium facere, irritumque contractum bonæ fidei. Et similiter promissio dotis stipulanti facta, hodie ipso jure nulla est. Et generaliter contractus bonæ fidei elicitos dolo vel metu, dicimus *στραγγαλιὰς βιαίων συναλλαγμάτων,* Esajæ 58. ipso jure non valere, *l. 7. tit. seq. l. in causæ 2. §. 1. de minor. l. 3. §. ult. pro soc.* Quod & in hoc §. Græci ita generaliter præcidunt: *dolus,* inquiunt, *vel metus, qui inest, qui initium dat contractibus bonæfidei, eos irritos nullosque constituit.* Unde quæritur in *§. seq.* si post contractam emptionem venditionem, aut locat. conductionem (contrahuntur autem nudo consensu) re *integra* metu coactus sim contrario consensu ab emptione venditione, locatione conductione discedere, quæritur, an nihil actum sit, & ideo, an maneat pristina obligatio empti venditi, aut locati conducti? Et ostendit in hoc *§. si metu,* valere quod actum est, ut discederetur ab emptione venditione, etiam si quis coactus fuerit abire contrario consensu. Et ideo huic edicto locum esse, sive actioni quod metus causa. Ratio est evidentissima, quia alia est causa contrahendi negotii bonæ fidei, alia distrahendi. In contrahendo dolus, vel metus, qui inest ab initio, qui causam dat contractui, vitiat contractum ipso jure, in distrahendo non item. Et hæc conventio consensusve contrarius, qui distrahit contractum bonæ fidei, acceptilationi similis est: acceptilatio autem metu extorta valet ipso jure, & ideo, quod met. causa nascitur actio, ut rescindatur acceptilatio, vel etiamsi id species proposita ferat, nascitur actio in factum de calumniat. *l. 2. de calumniat.* Ergo, & quod contrario consensu actum est re integra distrahendi contractus gratia, ipso jure valet, quia (quæ est alia ratio) quo minus id valeat, nulla prorsus niti possumus obligatione bonæ fidei, quandoquidem contraria conventione ipso jure omnis obligatio bonæ fidei finita est: *finita,* inquit, *est dum amittitur,* amittitur contrario consensu, vel acceptilatione, *l. 1. §. pen. tit. seq.* quia exiit bonis nostris: finitur, quæ prorsus interiit: & quæ

amit-

Digitized by Google

amittitur obligatio, profecto etiam finitur, non contra, ut quæ finitur obligatio, vel quæ finitur tempore, non etiam amittitur. Alii sunt amittendi, alii finiendi modi, ut de usus. Paulus ostendit 3. Sent. *usumfruct. amitti capitis deminutione, in jure cessione, & aliis quibusdam modis, finiri autem morte fructuarii, vel tempore, quum ad certum tempus ususfructus constitutus est.*

AD *§. pen. & ult.* In §. pen. & ult. ostenditur, eum, qui cogentibus metu illato forte creditoribus hereditariis hereditatem adiit, obligari hereditati, & heredem fieri aditione, *quia* (hæc sunt Pauli verba) *quamvis, si ei liberum esset, noluisset, tamen coactus voluit*. Et eadem ratione, qui metu coactus rem suam tradit, dominium transfert in accipientem: qui metu coactus stipulanti promittit, obligat se stipulatori, quia coactus voluit, sed ut ii restituuntur ex hoc edicto, ita & is, qui coactus adiit, restituitur, data abstinendi facultate, quia ab initio invitus ad hereditatem accessit, ut *l. si metus, de acq. her.* sicut is, qui coactus repudiavit hereditatem, *restituitur* in integrum datis utilibus actionibus hereditariis, quod pro simplo est, vel data actione in quadruplum, ex hoc edicto, §. ult. hujus l. Hinc adnotatur, atque etiam ex *l. si patre cogente, de ritu nup.* coactam voluntatem, esse voluntatem, non quidem liberam, perfectam, aut plenam, sed profectam ab initio involuntario. Principium necessitatis est postprincipium voluntatis, & inspecto principio invitus heres extitit, ut ait *d. l. si metus*; qui coactus adiit, inspecto postprincipio volens, aut non nolens heres extitit, Terent. *coactus sua voluntate*, nisi scil. fallens adiit, ut ait *l. 6. §. ult. de adquir. hered.* fallens, id est, simulans se velle, cum omnino nollet; quod protestationem seorsim ante factam, declaraturam, & probaturam Acc. notat. Et eo jure utimur. Ulp. autem in fragmentis, quum ait, *non intelligi dominum voluisse, ut servus liber fieret, qui coactus eum manumisit, & ideo non venire servum ad libertatem ex lege Junia Norbana*, respicit ad principium, quod sane in libertatibus debet esse voluntarium omnimodo, ut *l. si privatus, qui, & à quibus manumiss.* In aliis causis postprincipium voluntarium esse satis est.

Ad L. II. de Dol. mal. *Vel ab eo rei servari poterit.*
Ad L. IV. eod. *Sit actio: vel si ab alio res mihi servari potest.*

POst edictum, quod metus causa, nunc datur edictum de dolo malo, quo in integrum restituuntur majores 25. annis, qui aliqua in re dolo malo alterius læsi, & circumscripti sunt, causa cognita, data in eum, qui dolum admisit, nisi si rem restituat arbitrio judicis, actione de dolo, quanti ea res est æstimata jurejurando actoris, quæ actio est famosa. Et ideo nec datur passim, & temere: non certe si alia sit actio honestior, qua possit actor ad jus suum pervenire, si possit leviore judicio confligere, vel uti adversus eum, qui dolum admisit, vel adversus alium, quo consequi possit quod sua interest, vel si quæ alia via, & ratio suppetat, qua rem, quæ sibi abest, servare possit, vel ab eo, qui dolum admisit, vel ab alio quocunque, ut Paulus hoc lib. scripsit *l. 2. & 4. de dolo*, veluti si rem pupillus, quæ sibi abest dolo malo L. Titii, servare possit à tutore, quo forte colludente, aut conivente pupillus à L. Titio circumscriptus est, ut *l. 5. hoc tit.* Non datur etiam hæc actio, nisi causa cognita, ut nominatim in edicto expressum est his verbis, *si justa causa esse videbitur*. Actio quod metus causa datur causa non cognita cuicunque postulanti, & de plano: actio de dolo decernitur verius, quam datur, quia decreto datur, id est, causa cognita, non passim, & temere, ut si modica sit summa, in qua quis dolo alterius circumscriptus sit. Hæc non est satis idonea, aut justa causa dandæ actionis hujus. *l. 9. §. ult. h. t.*

Ad L. X. eod. *Id est usque ad duos aureos.*

ET modicam summam Paulus in l. 10. interpretatur esse eam, quæ non excedit duo millia sestertium, id est, duos aureos. Cur tantum duobus aureis furto sublatis, aut vi ereptis, vel etiam uno aureo, competat actio furti, aut

A vi bonorum raptorum, si quæras, & ego vicissim quæram abs te, cur actio furti sit perpetua, actio de dolo malo temporaria? Finitur enim actio de dolo malo anno utili jure veteri, *l. in honorariis, de oblig. & act.* biennio continuo jure novo, *l. ult. C. de dolo.* Quæram item, cur in actione furti dupletur, vel quadrupletur verum rei pretium? in actione de dolo id tantum veniat, quanti ea res est, qua de agitur? Utraque est famosa, & furti, & de dolo. Sed cur in iis, quæ dixi, inter se tantum distant? Sane quia non tam facile est, sibi cavere à furto incerti, & ignoti hominis, quam à calliditate, & insidiis noti hominis, cujus consuetudine utimur, cum quo forte vivimus, contrahimus, negotiamur, & fabulamur: ideo promptius, & plenius subvenitur furtum passo, quam dolum passo. Imprudentia est, & stultitia dolum pati, & culpanda videtur imprudentia ejus, qui se circumscribi, quive quid sibi persuaderi patitur in fraudem
B suam. Quamobrem nec qui se circumscriptos dicunt, facile audiuntur: nisi sint minores 25. annis, non facile restituuntur in integrum, nonnisi stulti, aut non admodum sani, ut qui sunt captu faciles: certe ob modicam summam, si quis te deceperit majorem 25. annis, eris derisui si petas restitutionem in integrum. Si actionem de dolo malo, non dubito, quin etiam ob rem summamve modicam ex superiori edicto detur actio, quod met. causa, *l. 4. supra, de restit. in integ.* Quæ enim cautio, aut providentia possit vim, aut metum majorem repellere? & dolum effugere prudenti viro non est difficile. Et actionem furti, aut vi bonorum raptorum, etiam ob rem minimam dari ostendit *§. 1. Instit. vi bonorum rapt. & Novell. 63.* Et eleganter Julianus antecessor Constantinopolitanus in Nov. 69. *quamvis res, qua de*
C *agitur*, inquit, *minima videatur, tamen justa ratio non ex quantitate, sed ex suis regulis æstimari debet. Nam quod aliis vilissimum esse videtur, hoc alii pretiosissimum est.* Ad hæc sciendum est, etiam non esse dandam actionem de dolo liberis, vel libertis adversus parentes, vel patronos, quoniam famosa actio est, & earum personarum famæ, atque pudori parcendum est.

Ad L. VI. de Obseq. parent. & patro. *Nec servi corrupti agetur.*
Ad L. XII. eod.

QUod cum scripsisset hoc lib. 11. Paulus, adjecit in *l. 6. de obseq.* quæ est ex eodem libro, nec adversus parentes, & patronos dandam esse actionem servi corrupti: nam & hæc actio servi corrupti turpibus actionibus
D adnumeratur, *l. nec quicquam, pro soc.* Et quod ait *l. ult. de ser. corrup.* actionem servi corrupti marito constante matrimonio in uxorem dari, quam interim à marito actione famosa, aut pœnali conveniri non posse verum est, *l. 2. C. rer. amo.* id mox ita temperat ead. l. ult. ut non etiam servi corrupti detur in uxorem in duplum, ut solet dari adversus alios, sed in simplum tantum. Ergo & ut non formula directa, sed in factum, ut *l. 1. C. de jur. dot.* Nam in factum actio, quæ & utilis dicitur (omnis actio utilis est in factum, & retro, *l. verum in prin. tit. seq. l. si quis uxori, §. sed si filius, de furt.*) Actio, inquam, in factum, etiam ex turpi, & famosa causa institui potest adversus quoscunque etiam parentes, & patronos, *l. 11. h. tit.* ne ut subjicit Paul. in *l. 12.* ex dolo suo lucrentur: non etiam agere formula directa de dolo in parentem, vel patronum, sed ne ex dolo suo lucretur, quem
E admisit, æquum est, ut in eum detur actio in factum, quæ levior est verbis actione directa. Et in factum, id est, in rem, quæ admissa est, non in personam, quæ admisit; neque enim actio in factum ita concipitur, *si paret te in ea re dolo malo fecisse*, sed concipitur hoc modo facta mentione bonæ fidei, ut scribit Ulp. *l. 11. si paret eam rem non ex bona fide gestam esse*. Eadem est actio vi ipsa, sed tectior. Sicut Tull. 6. ad Attic. ep. 1. Hanc exceptionem edicti facti inter publicanos, & provinciales, *extra quam si ita negotium gestum sit, ut eo stari non oporteat, ex fide bona*, ait, esse ejusdem ponderis, & momenti illi, quæ erat in edicto Bibuli, *extra quam si quid vi, aut dolo factum sit, sed tectiorem esse*: nempe verbis temperatam in factum, atque adeo leniorem esse, lenitatem verborum mitigare tristitiam, aut infamiam

rei. Lampridius in Alexand. Sev. *Si minus bene factum esset* A *aliquid, etiam ipse convincebat, idque in factum, & sine amaritudine pectoris*. Ubi in vetere libro additur [illegible], *in factum, non in personam*, id est, non notata persona, quæ fecerat.

Ad L.XIV. de Dolo malo. *Quid enim, si impetraverit à procuratore petitoris, ut ab eo absolveretur: vel si de tutore mentitus, pecuniam accepit: vel alia similia admisit, quæ non magnam machinationem exigunt?*

SEquitur in hac lege, etiam pupillum conveniri posse actione de dolo, ut si cum creditoris procurator cum pupillo ageret, nomine creditoris, pupillus ei persuaserit arte, & malitia mala, ut se absolvi, & vincere pateretur, ut lusorie causam creditoris ageret, ut prævaricaretur in sui gratiam, vel etiam, si pupillus adhibuerit falsum tuto- B rem, quo auctore pecuniam mutuam acciperet, atque ita deceperit creditorem, vel etiam si finxerit se esse puberem, ut *l.4. §. quæ de tutore, de doli excep.* vel ut ait hic Paulus, si quid aliud admiserit, quod non magnam machinationem exigit, id est, quod strui, & excogitari possit ab ejusmodi ætatis pueris. Etiam pueri plerique pubertati proximi, imo nonnunquam, ne dum proximi pubertati doli potentes sunt præcoci malitia. Unde & ex 12. tab. prætoris arbitratu impubes verberari, & noxiam sarcire jubetur, si furtum fecit, vel si frugem aratro quæsitam noctu paverit, aut secuerit, testib. *Gell.* in fine 11. & Plin. in 18. Et impuberem quoque ex criminis causa deportari in insulam, ex criminali judicio legimus in *§. item finitur, Instit. quib. mod. tut. l.4. de auct. tut.* Et eleganter Apulejus 2. apologia, hoc magis noxium esse puerum, quod cum venia perniciosus est, & C nondum pœnæ, jam injuriæ sufficit.

Ad L.XVI. eod. *Item exigit prætor, ut comprehendatur, quid dolo malo factum sit: scire enim debet actor, in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari.*

IN hac lege notandum est, quam distet formula hujus edicti à formula edicti superioris. Formula actionis, quod metus causa in rem concipitur, non notata persona ejus, qui vim, aut metum fecit, & ideo nec famosa est. Concipitur nempe hoc modo, *si paret me justo metu perculsum, rem illam donasse, aut vendidisse, aut debitori meo acceptum fecisse*, vel si paret, quid in ea re metus causa gestum esse, *l.9. §. animadvertendum, & §. ult. l.14. in hac actione, supra tit. prox.* Denique prætor superiori edicto, rem non hominem D notat, ut Cic. loquitur pro Milone, *rem non hominem*, inquit, *Senatus notavit*. Et ut edicta, ita formantur actiones. Hoc autem edicto de dolo prætor hominem varium, & dolosum notavit, concepta actione non in rem, sed in personam, si paret dolo L. Titii factum esse, *l.1. §. 1. l.4. §. pen. de dol. excep. l.15. §. ult. hoc tit.* Ad quam in hac l.16. Paul. adjecit, non tantum personam, quæ dolum admisit, in actione de dolo designandam esse, sed etiam rem, in qua dolus admissus est: *nec enim oportet*, inquit, *in tanto crimine vagari*. Et similiter Ulpianus in *l. prætor, in princ. de injur.* eum, qui famosam actionem intendit, non debere vagari cum discrimine alienæ existimationis, sed certum designare, & specialiter dicere. Exempli gratia, in hac causa, *quid, qua in re, quis dolo malo fecerit*, idque probare ex perspicuis insidiis, ut ait *l. dolum, C. de dolo*: sic legendum illo loco, *insidiis* non, indi- E ciis. Et cum ea l. conjungenda *lex metum, C. de is, quæ vi, aut metu*. Hæc metum probari ait ex atrocitate facti, ex atrocitate metus, aut vis illatæ: Illa vero dolum probari ait ex perspicuis insidiis, ut *l. si voluntate, C. de rescind. vend.* dolum argui ex calliditate atque insidiis, ex calliditate igitur evidenti, & magna, alioqui cessat actio de dolo, *l.7. §. ult. hoc tit.* Et ita quoque Basilica interpretantur *d. l. dolum* [illegible]: *ex insidiis*, inquiunt, *manifestis*: Imo & vetus translatio Gallica: *par aperts agnets*: mala fides dicitur probari indiciis, *l. pen. C. de evict.* veluti alienæ rei scientia probatur indiciis: at dolus, non nisi ex perspicuis insidiis. Et ita *l. ea quæ est, de cont. empt.* dolum malum in eo esse, qui insidiose dissimulat, & *l. ult. C. si adv. vend.* tutorum, & curatorum insidias, id est, dolos. Unde etiam Terent. in Phorm. insidias fecit nostræ adolescentiæ, ubi Donatus dolos, & Psalm. 33. & 49. ubi vulgo dolum, & dolos. Cyprian. in epist. 21. insidiose, & insidias. Et quod vulgo Esai. 53. neque dolus in ore ejus. Lact. lib. 4. de vera sapient. Neque insidias ore suo locutus est, de domino Salvatore nostro, &c.

Ad L.XVIII. eod. *Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: & nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. Ideo autem & hic, & in metus causa actione, certa quantitas non adjicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem juraverit. Sed officio judicis debet in utraque actione, taxatione jusjurandum refrænari.*

B Ad §. Non tamen *semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est: quid enim, si manifestum sit, restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit: ideoque protinus condemnari debeas in id, quod intersit actoris.*

Ad §. Si dominus *proprietatis insulam, cujus usufructus legatus erat, incenderit: non est de dolo actio: quoniam aliæ ex hoc oriuntur actiones.*

Ad §. De eo, *qui sciens commodasset pondera, ut venditor emptori merces appenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin si majora pondera commodavit: id quod amplius mercis datum est, repeti condictione potest, si minora, ut reliqua merx detur, ex empto agi potest, nisi si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur: cum ille decipiendi causa adfirmasset se æqua pondera habere.*

Ad §. Dolo *cujus effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat. Trebatius ait, de dolo dandum judicium, non ut* C *arbitrio judicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti ejus interfuerit id non esse factum: ne aliter observantibus lex circumscribatur.*

Ad §. Si servum *quem tu mihi promiseras, alius occiderit: de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant: quia tu à me liberatus sis, ideoque legis Aquiliæ actio tibi denegabitur.*

SIcut actio, quod metus causa, quæ proponitur superiori edicto, arbitraria est, ita & quæ in hoc edicto proponitur actio de dolo malo: Idque ostendit initium hujus l.18. actio arbitraria, neque est bonæ fidei, neque judicii stricti omnino, quia neque in ea bonæ fidei mentio fit, puta, ut in id damnetur reus, quod ex bona fide eum dare, D facere, præstare oportet. Actio arbitraria non ita concipitur, non fit in ea, ut dixi, mentio bonæ fidei. Judex etiam, qui actioni arbitrariæ addicitur, non concludit stricta formula, aut petitione actoris, sed arbitrio ejus rei, qua de agitur, restitutio permittitur. Et plerumque in judiciis arbitrariis res hoc ordine peragitur, ut judex primum jubeat rem, qua de agitur, actori restitui, quod jussum judicis arbitrium dicitur, & arbitratus, vel arbitratum à Theophil. nostro in *§. præterea, de act.* [illegible], quia quasi medium, & sequestrem se judex interponit initio litis componendæ gratia inter actorem, & reum, quum jubet rem statim suam actori restitui cum fructibus, deinde si huic arbitrio pareat reus, absolvitur omnimodo: si non pareat, longe gravior ei infligitur condemnatio, quam ipsius rei. Exempli gratia in judicio, quod metus causa, qui ex arbitrio judicis rem non E restituit actori, vi metuve extortam, damnatur in quadruplum intra annum utilem, & post annum, in simplum, quanti id actor æstimaverit, jurejurando in litem à judice delato. In actione autem de dolo, qui non restituit rem actori, ut judex arbitratus est, damnatur quanti ea res est, id est, quanti actor juraverit in litem, quanti actor juratus rem sive litem æstimaverit. Neque enim reo non obtemperante arbitrio judicis, reo contumace, rem sive litem æstimari æquum est suo pretio, id est, vero & justo pretio, sed pretio potius, quod ipse fecerit actor, ut rei contumacia plectatur, majore pretio, iniquiore pretio, *l.9. rer. amot. l.8. de in lit. jur. l. nec quasi, de rei vindic.* videlicet nisi actor forte contentus sit vero, & justo pretio, *l. quod si possessor, de rei vindic.* Alioqui potest actor adhibito jurejurando pre-

pretium rei, quæ non restituitur, facere immensum, & infinitum, nisi jurejurando, antequam juraretur, taxationem, quod etiam fit hodie, judex imposuerit, puta ne actor juraret supra hanc, aut illam summam. Quin & nulla taxatione imposita jurejurando, id judex, posteaquam juratum est, moderari, imo & non sequi potest, *l.4. §. deferre, & l.5. de in lit.jur. & l.3. §. præterea, ad exhib. l. si quando, C. unde vi*. Et hoc est, quod Paulus ait initio hujus legis 18. In hac quoque actione de dolo, nedum in actione superiore, quod metus causa, id est, in formula utriusque actionis, arbitrio judicis restitutionem comprehendi: Nempe his verbis, *neque ea res arbitrio judicis restituetur*, *in hac l. & l.14. §. hæc autem, & §. pro eo autem, supra tit. prox.* & in ea orat. in Verrem, quæ est de jure dicundo, *si paret fundum Capenatem illius esse, neque is fundus ei restituetur* (hæc est clausula arbitrii, *neque ea res restituetur*) quam sequitur gravior condemnatio, id est, nisi restitutio fiat. In hac quidem actione de dolo condemnatio sequitur, quanti ea res est duntaxat: in actione, quod metus causa, condemnatio sequitur in quadruplum, in hac actione de dolo in simplum. Ideo autem neque in hac, neque in illa actione adjici certam simpli quantitatem Paulus docet hoc loco, nempe non *adjici*, ut damnetur reus in centum, & hoc amplius in trecentos, vel ut damnetur in centum duntaxat, sed ut damnetur, quanti ea res erit, non expressa quantitate in quadruplum, vel duntaxat, quanti ea res erit, nempe concepta actione, quod metus causa in hunc modum: *si paret rem illam, qua de agitur, quam possidet C. Sejus, L. Titio vi metusve causa extortam esse, neque ea res L. Titio restituetur, quanti ea res erit in ejus quadruplum C. Sejum L. Titio condemna judex*: & actione de dolo concepta in hunc modum, *si paret in ea re, qua de agitur à C. Sejo L. Titium dolo malo captum fraudatumque esse, neque ea res restituetur, quanti ea res erit L. Titio Cajum Sejum condemna judex*. Ideo, inquam, non exprimitur certa quantitas rei, de qua agitur, ut contumacia ejus, qui convenitur, qui arbitrio judicis noluit obtemperare, & rem restituere, puniatur reo tanti damnato, quanti actor in litem juraverit. Quod tamen jusjurandum, ut dixi, priusquam præstetur officio judicis, in utraque actione refrænari potest, nimirum hoc prædicto, ut intra certam summam juretur, non ultra. Jurejurando in litem non punitur culpa rei, sed dolus tantum, & contumacia in judiciis arbitrariis, aut bonæ fidei, *l.1.2.5.8. de in lit. jur.* Verum aliquando, ut idem Paulus hic docet, & in actione de dolo, quod idem dici potest, & de actione, quod metus causa, non adjicitur clausula arbitrii, *neque ea res restituetur*, sed ea actione agitur stricto jure. Et tum plane non est arbitraria, sed plane stricta, ut si manifestum sit, rem qua de agitur, restitui non posse, puta servum dolo malo traditum, suo fato defunctum esse sine dolo, aut culpa rei. Ideoque tunc protinus reus condemnari debet in id, quod revera actoris interest, non pluris quam res est, ut *l. qui restituere, de rei vind.*

AD *§. pen.* Est & alius casus similis expressus *in §. pen. hac l.* quo actio de dolo non est arbitraria, sed intenditur stricto jure, detracta clausula arbitrii: ut si quis teneatur temporali actione, quæ finiatur sex mensibus verbi gratia, actione redhibitoria, & is dolo malo faciat, dum affirmat, se statim satisfacturum, dum creditorem lactat, & producit spe falsa quamprimum solvendæ debitæ pecuniæ, ut sensim dies actionis, creditore non sentiente, elabatur. Atque ita, si exierit fraude rei dies actionis, si perempta actio fiat, quia quo minus actio restituatur, lex impedimento est, quæ certum tempus finivit actioni: quia igitur, & hoc casu restitui non potest, proculdubio reus tenetur stricto judicio de dolo malo, detracta arbitrii clausula, quæ apponi non potest sine fraude legis, quæ actionem tempore perimi, nec restitui voluit, atque ideo reus protinus condemnatur in id, quod revera interest actoris.

AD *§. Si dominus proprietatis*. Finge: Heres, à quo insulæ ususfructus Lucio Titio legatus est, insulam incendit in fraudem L. Titii, cui insulæ ususfructus legatus erat: Quæritur, an eo nomine heres conveniri possit à L. Titio actione de dolo. Et ostendit hoc casu cessare actionem de dolo, quia, inquit, aliæ ex hoc edicto oriuntur actiones. Respicit ad verba edicti, *si de his reb. alia actio non erit*, quibus verbis prætor pollicetur actionem de dolo, si alia non sit. Actio de dolo est subsidiaria. In hac specie est alia actio, ergo cessat de dolo. Imo sunt aliæ actiones, plures igitur. Nam & actio ex testamento legatario competit incensis ædibus, incensa insula, si ut proponitur, legatus ei ususfructus nondum traditus sit. Nam si tradito jam, & constituto usufructu, insulam heres combusserit, cessat actio ex testamento, quia legatum jam heres præstitit. Cessat item si insulæ ususfructus legatus non sit, sed donatus. Verum competit etiam fructuario actio incensarum ædium in duplum, de qua in *l. juris gentium, §. si paciscar, de pact. & Thalelæum in l.1. C. ad l. Aquil.* Potest etiam fructuario dari adversus proprietarium actio legis Aquiliæ, quod deteriorem faciat, aut plane nullam usufructus causam incensa re fructuaria, *l. sed & si proprietatis, ad l. Aquil.* Et ita est explicanda species hujus §. neque cum ea confundenda species *legis repeti*, quam adducit Accursius, *§. ult. & l. seq. quibus mod. ususfruct. amit.* quæ est non de herede, qui incendit insulam fructuariam, sed de herede, qui in area, cujus ususfructus alii legatus erat, inædificavit, in area fructuaria ædificium imposuit, quo nomine non potest competere fructuario actio legis Aquiliæ, quia ob id area non est facta deterior, imo melior. At competere potest actio ex testamento, sed non si jam traditus sit ususfructus ex causa legati, vel si non sit testamento legatus. Potest etiam fructuario competere interdictum, quod vi, aut clam, ut in *l. seq.* ostenditur *quib. mod. ususfruct. amitt.* si prohibuit ædificium poni in area, non si non prohibuit, non si id fieri passus est, sciens prudensque, ut *l. si ususfruct. de aq. & aq. plu.* Ubi autem actio ex testamento deficit, ut in hac specie, & interdictum quoque, quod vi, aut clam, tunc necessario decurrendum fructuario est ad actionem de dolo, ut ait *d. l. repeti, §. ult.* Ergo & in specie hujus legis actioni de dolo quandoque locus esse potest, in specie hujus §. nûquam ei locus esse potest.

AD *§. De eo, qui sciens*. Species hujus §. hæc est: quidam cum affirmaret, se æqua pondera habere, dolo malo sciens non esse æqua, ea commodavit venditori, vel emptori, quib. venditor merces, quas vendebat emptori ad pondus appenderet. Qua ex re factum est, ut damnum sentiret emptor, quia minora pondera erant, vel damnum sentiret venditor, quia erant majora. Quæritur, an venditori, vel emptori sit de dolo actio in eum, qui illa pondera iniqua, & falsa sciens commodavit? Et Trebatius indistincte in eum dabat actionem de dolo, sed reprehenditur, quia ita debuit distinguere. Aut placuit inter emptorem, & venditorem, ut in his ponderibus quanta quanta essent, merces appenderentur, aut traderentur, aut nihil ea de re actum est. Si nihil ea de re actum sit, cessat actio de dolo adversus eum, qui pondera commodavit, quia rem ab alio, qui læsus est emptor, aut venditor servare potest, ut *l.2. & 4. hoc tit.* nempe si majora pondera fuerint, id quod amplius mercis dedit venditor ab emptore repetere potest condictione indebiti, quasi plus æquo, plus debito dederit. Condictione indebiti, non actione ex vendito, quia id, quod amplius est, venditione non continetur. Sin vero minora fuerint pondera, emptor quod deest, actione ex empto à venditore recipere potest, ut *l. si quis à me, de act. emp.* At si hoc actum sit nominatim inter emptorem, & venditorem, ut illis ponderibus merces venirent, cessat condictio, & actio ex empto, quoniam in illa pondera contrahentes consenserunt, & tunc jure meritoque in eum, qui sciens commodavit falsa pondera, emptori, aut venditori fraudato datur actio de dolo. est distinctio elegantissima. Pono autem in hac specie, neque emptori, neque venditori fuisse notam iniquitatem ponderum: nam si emptor sciverit esse majora, quæ sibi commodabantur, præter condictionem indebiti, aut condictionem furtivam, venditori emptor tenetur actione furti, & non tantum emptor, sed etiam is, qui ea emptori sciens commodavit; non actione de dolo igitur, quia com-

petit furti, *l. si quis uxori, §. si majora, de furt.* Et contra, si venditor sciverit ea esse minora, cum eo qui æque sciens ei commodavit, præter actionem ex empto, venditor emptori tenetur actione furti, & is quoque, qui ea sciens commodavit venditori, quasi furi opem tulerit. Posui etiam, ita demum de dolo agi in eum, qui sciens iniqua pondera commodavit, si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, quia hoc casu emptor, aut venditor, qui deceptus est, non habet adversus emptorem, aut venditorem actionem ex empto, aut condictionem, nec si sciverit is, quo cum agit iniquitatem ponderum, nempe, quia in illa pondera consenserint: non habet etiam actionem furti directam, vel utilem, neque in venditorem, vel emptorem, neque in eum quidem, qui sciens ea commodavit, eadem ratione, quia cum in illa pondera consenserint nominatim, sane furtum non fecerunt. At si in illa pondera non consenserint, is qui ea commodavit sciens, furti tenetur utili actione in factum, ut in specie legis *si is, qui rem, §. si tu Titium de furt.* videlicet si sciens ignorantibus ea commodaverit, tenetur, inquam, utili furti, non directa: quia ignorantes emptor, & venditor nec fraudem participantes, furtum fecisse non intelliguntur. Ergo neque is, qui sciens commodavit, intelligitur opem præbuisse furibus, quia fures non sunt, quibus incognita erat iniquitas ponderum.

AD *§. ult.* In *§. ult.* h. legis, hoc tantum ostenditur, si servus, exempli gratia, quem tu mihi stipulanti promiseras, antequam moram faceres in eo mihi tradendo, ab alio occisus fuerit, te proculdubio à me liberari, quia homo periit ante moram sine culpa tua, & quia à me liberaris, ideo non habes actionem legis Aquiliæ in eum, qui servum occidit, quia nihil damni fecisse videris, qui liberatus es: ego etiam non habeo actionem legis Aquiliæ adversus occisorem, quia dominus ejus servi non eram, & actio legis Aquiliæ datur tantum domino, quod est certissimum, sed habeo in occisorem, quod mihi est extremum subsidium, actionem de dolo. Idemque erit si is, qui pro te fidejusserat, eum occiderit, ut ostenditur in *l. seq. commune, l. 54. ad l. Aq.* Nihil igitur refert extraneus, an fidejussor occiderit, sed creditori sive stipulatori semper salva est in occisorem de dolo malo actio.

Ad L. XX. de Dolo. *Servus tuus cum tibi deberet, nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam à me accepit, & tibi solvit. Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam: quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit: nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.*

Ad §. Si persuaseris mihi, *nullam societatem tibi fuisse cum eo, cui heres sum: & ob id judicio absolvi te passus sim: dandam mihi de dolo actionem Julianus scribit.*

DUæ in hac lege proponuntur species, quibus, deficiente alia actione, aliove remedio juris, datur ei cujus interest, actio de dolo. Prior species hæc est: servus, qui domino centum debuit, naturaliter scilicet, cum nihil haberet in peculio, hortatu domini totidem ab extraneo mutuo accepit, & domino persolvit: dominus creditori non tenetur actione de peculio, quia servus non est peculiatus: non de in rem verso, quia non videtur in rem ejus verti debitum, quod ei solvitur, quia jam ante id habuit in nominibus: ergo in re sua: in re nostra sunt etiam nomina, vel in bonis nostris: lucra etiam insperata, & adventitia proprie in rem nostram verti dicuntur, *l. 10. §. si domini, de in rem verso, l. 9. §. proinde, ad Maced.* non tenetur etiam dominus quod jussu, quia non jussit, ut servus mutuam pecuniam acciperet, sed hortatus est. Et aliud est jubere, longe aliud hortari: jubemus imperio, hortamur impulsu. Tenetur tantum actione de dolo, quia hortatu, & imperio ejus factum est, ut ea pecunia creditori periret, & sibi cederet: & breviter, ad pecuniam mutuam sumendam servum cohortatus est in necem creditoris, id est, de jussu in dominum est actio prætoria, quod jussu in solidum: de hortatu actio tantum subsidiaria de dolo, si decipiendo creditorem & suo commodo studuit. Posterior species hæc est. Si socius fueris defuncti, cui heres extiti, & mihi persuaseris jurando, vel alia quadam fallacia, ut ait *l. 23. h. t.* te socium non fuisse defuncti, ne tecum agerem actione pro socio, quia etsi societas morte solvatur, tamen durat obligatio, quæ cœpit à defuncto, vel in defunctum, & heredem ejus sequitur, *l. verum, §. in hered. pro socio*, vel si id tu mihi persuaseris, post litem in te contestatam judicio pro socio, ut te paterer absolvi, quasi non socium defuncti, nulla mihi alia ejus fraudis vindicandæ causa actio superest, quam quod supremum est everticulum malitiarum omnium, ut Cicero loquitur, actio de dolo. Quæ est sent. secundæ partis h. l. 20. Objicies huic sent. cum Acc. qui in eo laborat mirum in modum, & torquet se, nec quicquam facit, adeo ut obliteranda sit tota glossa, objicies, inquam, legem 25. hoc tit. quæ est ex eod. lib. Pauli, & ex ea efficies in hac posteriori specie cessare actionem de dolo, quod mihi liceat alio remedio ad jus meum pervenire, puta quod mihi liceat rursus contra te agere pristina actione pro socio, quandoquidem, etiamsi absolutus sis, me patiente, & consentiente, eam actionem res judicata non perimit ipso jure, sed per exceptionem rei judicatæ, quæ in hac specie potest repelli per replicationem doli mali, si non dolo tuo factum est, ut absolvereris: major est potestas legis, quam judicis: lege ipso jure perimitur actio, veluti legitimo tempore, *l. 18. §. pen. h. t.* sententia & absolutione judicis, non ipso jure, sed per vulgarem exceptionem rei judicatæ, *§. item si judicio inst. de except.* Et species legis 25. hæc est: egi tecum actione, *si certum petatur*, de certa credita pecunia, & litem contestatus sum: tu mihi falso persuasisti, te eam pecuniam solvisse servo, aut procuratori meo, & ob id judicio absolvi te passus sum. Cessat actio de dolo, inquit, quoniam ex integro possum agere de credita pecunia, & te objicientem exceptionem rei judicatæ, repellere, posita replicatione doli mali, si non dolo malo tuo factum est, & falsa persuasione tua, ut absolvereris. Sed ut liquido respondeam, hoc ideo in illa specie *d. l. 25.* quia sub specie solutionis à te factæ, te absolvi passus sum. Et ut apocha, ait, id est, professio solutæ pecuniæ, quam debitori creditor facit, non aliter liberat debitorem, quam si revera pecunia soluta sit, potest enim esse falsa, & imaginaria, potest fieri sub specie mox futuræ solutionis, quæ, data apocha, non sequatur, *l. 19. de accep. l. si obligatum, de solut.* Ita nec res judicata debitorem liberat, quæ elicita, & remissa est sub specie solutionis jam actori factæ, aut hominibus ejus, nisi & revera solutio facta fuerit. At in casu proposito in hac *l. 20. §. ult.* res judicata omnimodo liberat debitorem, quia non quasi solvisset absolutus est, sed quasi debitor non esset, id est, socius defuncti, qua spe lata sententia ipso jure obligationem perimit. Pronuntiatur enim nunquam quicquam debuisse eum, unde petitur: & ita fuisse pronuntiatum, aut sane eam fuisse judici causam absolvendi rei, ponendum est in *l. 7. §. pen. & l. 14. hoc tit.* qui loci etiam ostendunt, absolutionem judicis omnimodo perimere obligationem, puta si reus absolutus sit quasi non debitor, & ideo, quasi deficiente alia actione in eum, qui absolutus est, competere actionem de dolo, si dolo ejus factum est, ut absolveretur, nisi paratus sit ex integro subire judicium, quo absolutus est, quoniam in invitum reddi non potest, quia absolutio prorsus extinxit obligationem, & actionem. Et sicut multum interest, utrum juraverit quis, se dare non oportere, quia solverit, an quia non se obligaverit, *l. in duobus, §. si ei, qui de jurejur.* ita sane multum refert, absolvatur quis, quia solverit, an quia nunquam debuerit, nec cum actore contraxit. Nihil est apertius, quod expediet te, si observaveris diligenter, ab infinitis distinctionibus, quas in hac quæstione Bartolus facit in *l. Julianus, de cond. indeb.*

Ad L. XXI. eod. *Quod si deferente me juraveris, & absolutus sis, postea perjurium fuerit adprobatum: Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam. Pomponius autem per jusjurandum transactum videri, quam sententiam, & Marcellus libro 8. digestorum probat: stari enim religioni debet.*

Ad L. XXII. eod. *Nam sufficit perjurii pœna.*

Tran-

TRanseamus ad speciem propositam in *l.* 22. quæ cohæret cum ea, quam absolvimus. A Species hæc est: cum egissem tecum pro socio, me deferente jusjurandum, jurasti nullam fuisse tibi societatem cum eo, cujus heres sum, cujusque nomine agebam pro socio, & absolutus es quasi non debitor, & non socius defuncti. Jusjurandum rei sequi solet sententia judicis, *l. cum indebito, §. ult. de probat. l. nam postea, §. si damnetur, de jurejur.* Post sentent. & absolutionem judicis, te pejerasse probatum est, an mihi in te competat actio de dolo, qui me falso jurejurando decepisti? nec enim pro socio ex integro agere possum, quia pronuntiatum est, te non fuisse debitorem, quæ pronuntiatio expungit omnino obligationem. An igitur, vel superest mihi in te actio de dolo? Sed & me non posse de dolo ex hac causa agere, verius est, quia jurejur. quod tibi detuli, inter me, & te transactum videtur negotium, lisque omnino decisa, ut B *l.* 2. *& l. admonendi, de jurejur.* Et ideo stari jurijusando opostuit quasi transactioni, etiamsi qua fraus actoris interveniat. Nam, ut Paulus subjicit in *l.*22. sufficit perjurii pœna. Ea vero pœna est ultio divina, si per Deum pejeratum est: vel pœna corporalis, pœna fustium, si per principem pejeratum sit, *l. si duo, §. ult. de jurejur. l.* 2. *C. de reb. cred.* leges perjuria puniunt, inquit, *l.*2. *C. de indi. vid.* perjuria, scilicet quæ facta sunt pes caput, fortunam, genium, aut salutem principis, non quæ per Deum. Nam hæc homines impunita relinquunt. Unde & Minutius Felix in Octavio: *esse tutius per Jovis genium pejerare, quam regis:* Et apud Zosimum lib. 1. *Deo præstitum jusjurand. negligi posse: permissa benignitati divinæ impii facinoris venia: contra, jusjurand. præstitum per genium, vel caput principis, non esse fas derelinqui.* Et Tert. in Apol. *Citius per omnes Deos, C quam per unum genium Cæsaris pejerari.* Vide Cornel. Tacitum.

Ad L. XXVII. eod. *Dolove malo ejus factum est, quo minus pervenerit.*

SEquitur in hac lege, actionem de dolo non dari in heredem ejus, qui dolum commisit, nisi de eo, quod ad eum pervenit ex dolo defuncti, id est, quatenus ex dolo defuncti locupletior ad eum hereditas pervenit, ut *l.* 17. *in fin. & l. prox. supra*, dolove malo heredis factum est, quo minus pervenerit, ut Paulus adjicit in *l.* 27. quod & in aliis plerisque causis Paulus adjicere solet, in *l.* 2. *de vi, & vi arm.* Idem Paulus eodem tit. in *l.*29. ait, in heredem de eo, quod ad eum pervenerit ex dolo defuncti, datam actionem D non esse famosam, hac ratione, quia calculi potius, quam maleficii ratione heres convenitur, ut scilicet subducatur ratio ejus, quod turpites defunctus quæsivit, & in heredem transtulit, & eatenus heres condemnatur, non ulterius: Denique ea de re in heredem esse potius in factum actionem, quam de dolo, nisi dolus heredis proprius arguatur: nam ex dolo proprio tenetur actione de dolo famosa; de dolo defuncti non item. Et ex dolo quoque defuncti duntaxat de eo, quod ad eum pervenit, quia calculi potius, inquit, quam criminis ratione heres convenitur. Quamobrem etiam dicitur, directam quidem actionem mandati, depositi, tutelæ, esse famosam, sed non contrariam: quia in directa actione de perfidia agitur mandatarii, vel depositarii, vel tutoris, de re male gesta, maleve servata: in contraria actione non agitur de perfidia, sed E de calculo, de conferendis rationib. rei gestæ ultro citroque, de ponenda sumptuum ratione factorum in negotia aliena, *l. furti, §. ult. inf. de his, qui not.* Ad quod pertinet illud Quintil. 7. cap. 5. *In tutelæ*, inquit, *judicio solet quæri, an alia de re, quam de calculis cognosci oporteat.* Eademque ratione hæc actio, quæ in heredem datur ex dolo defuncti de eo, quod ad eum pervenit, non est temporalis, ut solet esse actio de dolo, sed est perpetua: sicut & in eum, qui dolum admisit, de eo, quod ad eum pervenit, de eo, quod ex dolo suo compendii fecit, proculdubio est perpetua, *l. proxima, supra*, & causæ cognitionem non exigit, *l. seq.* & in ea in litem non jusatur, quia nec maleficii ratio redditur, *l. ei, apud quem, in princip. depos.*

Ad L. VII. de Rei vind. *Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est: nihilominus à possessore recte petitur, sicut Paulus ait.*

AD actionem de dolo pertinet etiam *l.* 7. *de rei vindic.* quæ est ex eodem libro Pauli: eum, qui fundum, quem non possidebat cum vindicaretur, quasi possessor defendit, mentitus se eum possidere, & se liti offerens nihil ad se pertinenti, dolo malo forte, ut interim possessor eum fundum usucaperet, etiamsi absolutus sit, actori teneri actione de dolo, *l. pen. de dolo:* si absolutus sit, injuria forte, aut errore judicis, quoniam condemnari debuit quasi possessor, quanti ea res ex clausula doli, quæ inest stipulationi judicatum solvi, quæ initio judicii in rem interponi solet, *l. etiam, §. non solum, l. qui se liti, de petit. hered.* eoque condemnato in litis æstimationem: nihilominus in verum possessorem fundi actori competit rei vindicatio, quia is, qui se obtulit suo nomine, damnatus est ex proprio dolo, quod deceperit actorem: possessoris nomine damnatus non est, proinde in possessorem integra est actio in rem, quod etiam confirmat *d. l. etiam, §. penult. de pet. hered.*

Ad L. X. de Minor. *nisi ex magna causa hoc à principe fuerit consecutus.*

EX hac l. 10. intelligimus, minorem, quam 25. annis natum, qui servum suum manumisit, non posse restitui in integrum adversus manumissionem, non posse rescindi C manumissionem, imo nec posse eum in integrum restitui adversus sententiam dictam pro libertate, verum est, *l.* 9. *de appell. l. ult. C. si adv. lib.* libertatis majorem esse favorem, quam ætatis. A prætore, inquam, minorem non posse restitui in integrum adversus libertatem, quam servo suo dedit: à principe solo restitui posse, etiam adversus libertatem, ex magna causa scilicet, ut Paulus ait, ut puta (quo exemplo Græci utuntur) si minor 25. annis inconsulto actorem, bonorum suorum dispensatorem manumiserit, cujus damnum ad totius suæ domus eversionem pertineat, ut ait *l. ult. de offic. præf. can.* 82. *Apost.* Sed etsi à principe minor 25. annis non restituatur adversus manumissionem, quam fecit temere, & inconsulto, tamen integra semper quanti sua interest, ei est adversus manumissum actio de D dolo, vel in factum, *l. seq. in princ. l.* 2. *C. si adv. libert.*

Ad L. XIV. eod. tit. *Plane quamdiu is, qui à minore rem accepit, aut heres ejus idoneus sit, nihil novi constituendum est in eum, qui rem bona fide emerit. Idque & Pomponius scribit.*

EX hac l. 14. intelligimus, restitutionem, quam minoribus 25. annis, lapsis, aut circumscriptis dolo adversarii, vel in re ipsa, prætor causa cognita, se daturum pollicetur, sæpe in personam adversarii dari, qui circumscripsisse dicitur minorem, cum quo minor principaliter contraxit; sed & nonnunquam dari in rem, id est, in possessorem rei, in qua minor læsus, & circumscriptus est, licet cum possessore ejus rei principaliter non contraxerit, ut in h. specie, E quæ proponitur *l. prox. §. ult. sup.* minor 25. annis fundum vendidit, & tradidit decreto prætoris uti oportet, & emptor rursus eum fundum alii vendidit: si minor in venditione ejus fundi circumscriptus fuerit, potest desiderare restitutionem in integrum, non tantum adversus priorem emptorem, cum quo contraxit, sed & interdum adversus posteriorem, cum quo non contraxit, *l. minor. de evict.* maxime si posterior à priore mala fide emerit, id est, si & posterior emptor sciverit in ejus rei venditione circumscriptum minorem fuisse, vel etiam si bona fide emerit, & prior emptor solvendo non sit, adeo ut adversus priorem inanis sit restitutio in integrum, quæ implere minorem, & redintegrare non potest: nam quamdiu prior emptor solvendo est, aut heres ejus, nihil novi constituendum est adversus possesso-

sem

rem bonæ fidei emptorem, ut Paulus ait in *h. l.* 14. Cur vero si prior emptor solvendo non sit, in posteriorem minori datur restitutio in integrum, cujus beneficio suum fundum ab eo repetat? Sane ratio hæc est, quia minus est actionem habere, quam rem, ut Pomponius scripsit 28. ad Q. Mutium, *l.* 204. *de reg. jur.* Ex quo lib. Pomponii etiam sumpta sunt, quæ Paulus refert in *l.* 14. *&* *Ulpian.* in *l. prox.* §. 2. *supra.* Minus est actionem habere, quam rem, quia actio propter inopiam adversarii, inanis esse potest, actio *ἄπορος*, ut loquitur Nov. 97. res non potest esse inanis. Unde sæpe fit, ut qui eligit personam, quam forte opinatur esse idoneam, & locupletem, deceptus opinione, rem suam perdat, quam potius persequi debuit dimissa persona. Tutius igitur esse minori in posteriorem emptorem agere, qui rem possidet, quam in priorem, qui eam non possidet, maxime, si is solvendo non sit, vel si dubitetur, an solvendo sit, servato tamen posteriori regressu, *sauf son recours*, evictionis nomine adversus priorem emptorem venditorem suum, *l. seq.* *&* *d. l. minor, de evictionibus.*

Ad L. XXIII. *Cum mandatu patris filiusfamilias res administraret, non habet beneficium restitutionis. Nam, & si alius ei mandasset, non succurreretur, cum eo modo majori potius consuleretur, cujus damno res sit cessura. Sed si eventu damnum minor passurus sit: quia quod præstiterit, servare ab eo, cujus negotia gessit, non potest, quia is non erit solvendo: sine dubio prætor interveniet. Si autem ipse dominus minor sit, procurator vero majoris ætatis, non potest facile dominus audiri, nisi si mandatu ejus gestum erit, nec à procuratore servari res possit. Ergo & si procuratorio nomine minor circumscriptus sit: imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia. Id quod & Marcello placet.*

Minor 25. annis mandatu patris, in cujus potestate erat, vel mandatu extranei (*nihil refert*) ejus negotia gessit: minor majoris negotia gessit ex mandatu majoris, & forte aliqua in re circumscriptus est. Quæritur, an eo nomine possit, aut debeat restitui in integrum, aut, ut dicam brevius, quæritur an procuratori minori 25. annis circumscripto in administratione rei alienæ, possit dari restitutio in integrum? Et docet dari non posse, quoniam, si eum restitueris in integrum, ita fiet, ut majori consulas, cujus mandatu negotium gessit, & cujus damno cedit, quidquid is gessit male, quoniam id omne gessit mandatu ejus, ut merito ei imputetur, quod minori sua negotia commiserit. Id vero non est prætoris propositum, ut majori opituletur, & consulat, sed minori tantum, *l.* 3. §. *sed utrum*, *&* *l. seq. sup. h. t.* Propter majorem igitur, ad quem rediret commodum restitutionis (sicut ad eum damnum omne administrationis redit) minor non restituitur in integrum. Paul. 1. sent. in eandem sent. qui, inquit, minori mandavit, ut ejus negotia ageret, ex ejus persona in integrum restitui non potest: Atqui restituto minore, ipse restitueretur, quia restitutio minoris sarciret ei damnum, quod eum contingit. Sed si ex eventu forte ex infortunio damnum omne recidat, vel remaneat apud minorem forte, quia quod procuratorio nomine præstitit, servare à negotiorum domino, qui majoris ætatis est, non potest propter egestatem ejus, in quam incidit: tunc sanæ æquum est minori subveniri, ne versetur in damno data ei restitutione in integrum adversus eum, quo eum contrahit, licet cum eo suo nomine principaliter non contraxerit, sed procuratorio nomine, atque ita in rem datur potius, quam in personam. Et hoc si minor mandatu majoris negotia gesserit. E diverso si major mandatu minoris negotia gesserit, & damni ex procuratoris administratione aliquid ad dominum, qui ætate minor est, reciderit, dominus beneficio suæ ætatis non restituitur, si possit rem servare à procuratore actione negotiorum gestorum: si non possit, forte quia procurator solvendo non est, etiam tunc æquitas postulat, ut minori subveniatur, ne moretur in damno: quæ restitutio est in rem potius, quam in personam. Et hæc si minor mandatu majoris, vel retro, minoris mandatu major negotia gesserit, quæ proponuntur in *h. l.* 23. At quid dicemus, si ultro minor accesserit ad negotia majoris sine mandatu, vel contra major ad negotia minoris similiter sine mandatu, si fuerit procurator voluntarius, non mandatarius? Ac primum quidem si minor ultro accesserit ad negotia majoris, & in iis gerendis circumscriptus fuerit, damnum ad eum spectat, qui temere miscuit se negotiis alienis sine voluntate domini. Damnum, inquam, omne ad minorem spectat, non ad majorem, quo ignorante gesta sunt negotia. Et ideo minor est restituendus in integrum, quia versatur in damno: aut si nolit restitui, ne ea res prosit majori, ab eo convenietur actione negot. gestorum, qua saltem compelletur ei cedere beneficium restitutionis in integrum, atque ita propter minorem resarcietur omne damnum. Beneficium restitutionis, sicut alia quælibet actio, alii potest cedi, ut in *l. seq.* *&* *in l. si minoris 25. de admin. tut.* Sin autem major accesserit ultro ad negotia minoris sine mandato, hoc quoque casu minor non est restituendus, si rem à procuratore voluntario servare possit actione negot. gestor. Sed si eam rem ab eo servare non possit, tum restituendus est in integrum. Quæ est definitio hujus quæstionis. Porro ex hac lege intelligitur, minorem 25. ann. ad administrandum procuratorem fieri posse. Nec mirum, cum & impubes possit, *l.* 3. §. *ult. sup. h. t.* cumque etiam ad lites, quæ res est majoris momenti, minor 25. annis procurator fieri possit, *l. minor, de procurat.* In cujus interpretatione ne cavillemur quominus dicamus, quod dicit aperte, minorem 25. ann. litis alienæ justum esse defensorem, minorem 25. ann. posse procuratorem esse ad defendendum, vel ad agendum, quoniam dicit ex ea causa eum restitui posse in integrum, si non esset procurator justus ad lites, frustra desideraret, minor qui intervenisset liti alienæ, qui circumscriptus est se restitui in integrum: sed ideo postulat se restitui in integrum, quia intercessit recte, & quia se obligavit cautione judicatum solvi, aliter non fuisset admissus ad defendendum. Nemo est idoneus defensor litis alienæ sine cautione judicatum solvi: minor ergo 25. annis potest esse procurator etiam ad lites, modo tantum non sit minor 17. ann. ut ait §. *justæ. Instit. quibus ex caus. manumittere non*, qui §. est accipiendus de procuratore ad lites, quia loquitur de servo manumittendo, in hoc, ut domini procurator fiat, & servum utique non est necesse manumitti, ut procurator fiat negotiorum domini: nam ad administrandum, & domini cujuscunque servus, idoneus procurator est, sed maxime necesse est servum manumitti, ut sit procurator ad agendum, vel defendendum: alioqui neque suo, neque alieno nomine servus in judicio stare potest. Vis servum tuum tibi esse procuratorem ad lites? manumitto illum, & præterea, ne facito illum procuratorem ad lites, antequam attigerit 18. annum, compleverit 17. nam ante ætatem, quæ appellatur plena pubertas, Arriano *in Indicis* prima, & summa lanugo: hanc, inquam, ætatem, id est, plenam pubertatem prætor moderatam esse ratus est ad prodeundum in forum. *l.* 1. §. *initium, de postul.* §. *ult. Inst. quib. ex causs. manum. non lic.* qua ætate etiam Romæ adolescentes olim deponebant togam prætextatam, & bullam auream, & sumebant togam virilem, & in forum deducebantur, ut Augustus, teste Sveton. & Dione etiam protinus ab ea ætate liberis Senatorum clavum induere, & curiæ interesse permisit. Ergo de procuratore litium est accipiendum, non de procuratore negotiorum, quod exigit *d.* §. *justæ*, ne scilicet procurator, neve qui manumittitur servus procuratoris habendi causa, minor sit 17. annis. Id vero est, ut sit major 17. puta ut 17. compleverit annum, 18. attigerit. Atque ita etiam est accipiendum, quod Ulpia. exigit in *l.* 13. *de manumissis vind.* sicut Flor. & Basil. scriptum habent, ne is, qui manumittitur procuratoris habendi causa ad lites, sit minor 18. annis, id est, ut attingat 18. annum. In illo autem §. *justæ*, ne sit minor annis 17. id est, ut expleverit 17. annum, in §. *justæ* non minor dicitur ratione completi anni 17. in *l.* 13. non minor dicitur esse ratione incœpti anni 18. Facessant igitur, qui in *d.* §. *justæ*, dum hæc nesciunt distinguere, pro 17. ponunt 18. propter *d. legem* 13. quæ si habeat 18. nec tamen ideo dissentit à §. *justæ*, qui habet 17. sed non eodem modo utroque loco minor dicitur. Facessat

etiam

A etiam longe error Doctorum, quem & Pontifex Romanus canonis sive decreti auctoritate donavit, *cap.5.de procurat. lib. 6.* sicut, & alii profecto plerique eorum hominum errores transferunt in decreta, vel mores, qui in regionum leguntur consuetudinibus, quive in decretis longe aberrantes à jure Romano, ea omnia utique sine dubio sumpta sunt ex commentis Doctorum, quibus nunquam bene notum fuit jus civile, cum & hujus juris sermo plane eis esset incognitus. Facessant etiam, inquam, qui hanc differentiam esse constituunt inter procuratorem negotiorum, & procuratorem litium, quasi procuratorem negotiorum majorem esse oporteat 17. annis, cum & impubes possit procurator esse negotiorum. Quidni enim? si quis ei stultus committat sua negotia, sicut & institor potest alienæ mercis esse, *l.7. §. ult. de instit. actio.* & quasi procuratorem (ut iidem illi domini statuunt) litium, B majorem esse oporteat 25. annis, cum in eo sufficiat plena pubertas, id est, ætas 18. annorum inchoata, qua sumebatur virilis, & forensis toga, & qua quis poterat adscribi in numerum advocatorum, *d. l. 1. de postul.* Cujus muneris advocatorum major dignitas est, quam procuratorum ad litem, quandoquidem corpus eorum esse dicitur seminarium dignitatum, in Nov. Valent. de post. His, quæ certissima sunt, consequens est, ut & in *l. exigendi, C. de procurat.* quæ in procuratore ad litem exigit legitimam ætatem, legitimam ætatem accipiamus pro plena pubertate, id est, ann. 18. inchoatis, quoniam majores nostri hanc ætatem idoneam esse rati sunt ad prodeundum in forum, ad ingrediendam curiam. Facessant etiam, qui illum *§. juste*, accipiunt de procuratore negotiorum, cum, ut uno C verbo dicam, & servus, & impubes procurator negotiorum esse possit, nec sit igitur necesse, servum manumitti, ut negotiorum procurator sit.

Ad L. XXVI. eod. *Quod si de speciali mandatu dubitetur, cum restitutio postuletur: interposita stipulatione ratam rem dominum habiturum, rei potest mederi.*

Ad §. Quod si is, *qui circumscripsisse dicitur, absit: defensor ejus satis judicatum solvi dare debebit.*

POstremo notandum est ex hac lege, minoris nomine procuratorem non posse petere restitutionem in integrum, etiamsi habeat generale mandatum de universis negotiis gerendis, sed opus esse speciali mandato. Quod ita servatur hodie: Procuratorem igitur minoris nomine non posse petere restitutionem in integrum, nisi habeat spe- D ciale mandatum, vel si dubitetur de mandato, nisi caveat de rato: non posse etiam absentem, adversus quem minor postulat restitutionem in integrum, per procuratorem defendi, nisi caveat judic. solvi, secundum vulgarem regulam, *neminem sine satisdatione jud. solvi idoneum defensorem esse litis alienæ*: sed & hic nonnunquam etiam de rato cavet, ut in hac *l.26.* Acc. notat recte ex *l. non solum, §. est & casus, de proc.*

Ad L. III. de Cap. minut. *Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, cum in aliena potestate sint, & cum familiam mutarint.*

Ad §. Emancipato filio, & *cæteris personis capitis minutio manifesto accidit: cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Aliter atque cum ser-* E *vus manumittitur: quia servile caput nullum jus habet: ideo nec minui potest.*

EX hoc edicto de cap. minut. quod proponitur in *l. 2.* sublata actio capitis deminutione minima, puta debitore familia mutato, salva civitate, & libertate, quod fit per adoptionem, vel adrogationem, & conventionem in manum, vel emancipationem: Actio, inquam, hoc genere amissa ex hoc edicto restituitur creditori in debitorem, perinde atque si debitor capite minutus non fuisset: & restituitur in solidum, vel in emancipatum causa cognita in id tantum quod facere potest, secundum id, quod est proditum in edicto, *quod cum eo, qui in alien. potest.* Actio extinguitur, vel amittitur omni capitis deminutione debitoris; actio scilicet, quæ ex contractu, vel quasi contractu venit: nam quæ venit ex delicto reo capite deminuto, non perimitur, *l. 2. §. nemo, l. 7. §. injuriarum, hoc tit.* nemo delictis exuitur capitis deminutione. Contractibus tamen exuitur quasi novus homo, aut non is, qui fuit contractus tempore, quoniam cap. deminutio mutavit statum hominis, conditionem hominis, mutavit statum capitis. Et actio quidem ex contractu perempta maxima cap. deminutione, per quam civitas, & libertas amittitur, vel perempta media capitis deminutione, per quam sola civitas amittitur, non libertas. Ita amissa actio in capite deminutum restitui non potest, quia cum servo nulla talis actio est. Servus nulla tali actione convenire, aut conveniri potest. Cum peregrino autem, id est, cum eo, qui passus est mediam capitis deminutionem, potest esse actio. Unde & in urbe erat prætor peregrinus, qui jus diceret inter cives & peregrinos: sed æquum non est, cum eo, qui ex cive factus est peregrinus & exul, & cui, ut fit semper, simul adempta sunt omnia jura, omniaque bona, & in fiscum redacta, æquum non est, ut ex ante gesto conveniatur, quasi mortuus. Imo vero quasi mortuus liberatur ex ante gesto, qui amissa civitate nudus exulat, nec restitui in eum utilis actio potest, *l.7. §. ult. hoc tit. l.3. inf. de sent. passis*, nisi beneficio principis bona cum dignitatis restitutione concessa recuperaverit, ut ait *d. lex 3.* Nam princeps restituendo eum in integrum, & concedendo ei bona, quæ habuit olim, etiam obligationes videtur concedere, ut eodem lib. Paulus scripsit, *l.21. de verb. sign.*

Ad L. XXI. de Verb. signif. *Princeps bona concedendo, videtur etiam obligationes concedere.*

PRinceps, inquit, *bona concedendo, veluti deportato in insulam, & civitati postea restituto, videtur etiam ei obligationes concedere.* Obligationes, inquam: vel actiones, non eas tantum, quas habuit, sed etiam eas, quibus obstrictus fuit ante capitis deminutionem, obligationes activas, & passivas, ut loquuntur, *d. l. 3. de sent. pass. l.4. C. eod.* Et ita illa *l.21. de verb. signif.* est coaptanda huic edicto de cap. minutis. Cæterum etsi maxima, aut media cap. deminutione debitor liberetur, nec restitui in eum actio possit, excepto illo casu, datur creditoribus tamen utilis actio in solidum adversus fiscum, ad quem bona ejus pervenerunt, quasi adversus successorem quasi demortui hominis, & nisi fiscus defendatur, creditores mittuntur in possessionem eorum bonorum, *l.2. §.1. l.7. §. pen. l. si debitori, de judic.* Actio autem civilis, quæ perempta est minima capit. deminutione, à prætore restituitur creditori adversus eum ipsum, qui capite minutus est, & quasi quodammodo ex naturali obligatione, quæ remansit, quasi non perempta minima capit. deminutione, in illum, qui capite minutus est, datur actio, id est, in eum, qui ex patrefam. per adrogationem factus est filiusfam. nisi scilicet creditor ipse eum adrogaverit, quia eo casu, quo minus restituatur actio creditori in debitorem, patria potestas impedimento est, quam creditor in debitorem per adrogationem habere cœpit, *l.2. §. ult. de adopt. l.11. de judic.* At si alius non creditor debitorem aliorum adrogavit, creditoribus in adrogatum restituitur actio non tantum in personam, sed etiam, quæ mixta est tam in rem, quam in personam, petitio hereditatis, *l. si à domino, §. sed & à filiofam. de petit. hered.* In adrogatorem vero, an datur actio ex eo, quod ante adrogationem gessit sive contraxit is, qui adrogatus est? Et fuit hac in re dissensio inter Sabinianos, & Proculianos. Sabiniani in adrogatorem existimabant ex ante gesto non posse dari actionem de peculio, quæ sola videbatur posse suppetere, *l. in adrogatorem, de pecul.* Et hac ratione nitebantur, quia & eo tempore, quo adrogatus contraxit, & se obligavit creditori, adrogator non habuit eum in potestate: ex post gesto tenebitur quidem adrogator de peculio, *l.7. de pecul. leg.* sed non ex ante gesto, ut illi existimabant. Proculiani autem etiam ex ante gesto in adrogatorem dabant actionem de peculio. Quorum sententia obti-

obtinuit, & à Justiniano comprobata est, hoc addito, quod servari constat in actione de peculio, *l. Fulcinius, §. si quis actione, quibus ex caus. in possess. eatur.* ut si conventus adrogator actione de peculio filiifam. adrogati nomine, eum filium non defendat, permittatur creditoribus bona possidere, & distrahere, quæ adrogator habuisset, si se adrogandum non dedisset, *§. ult. Institut. de adquis. per adrog.* Et ad confirmationem sententiæ Proculianorum facit *lex pen. de adoptio.* quæ generaliter definit, onera ejus, qui adoptatur, vel adrogatur, transire in adrogatorem. Adrogatus patitur minimam capitis deminutionem, quia familiam mutat, ex sua nimirum propria transeundo io alienam, & ex patresam. filiusfam. fit. Liberi quoque ejus, qui adrogatus est, sequuntur adrogatorem patris, & in ejus potestatem transeunt, exeunt potestate patris naturalis, *l. s 5. de adopt.* atque ita liberi etiam adrogati familiam mutant, & patriam potestatem. Et hoc est, quod Paulus ait initio legis 3. *hoc tit. Liberos, qui adrogatum parentem sequuntur minui capite. cum in aliena potestate sint, & cum familiam mutarint.* Hæc de adrogato. In filio à patre naturali io adoptionem dato id est manifestius, & eum quoque scil. capite minui, quia à patre naturali dabitur in adoptionem per emancipationem, id est, imaginariam venditionem, filio redacto in potestatem adoptatoris, *l. ult. C. de adopt.* Tertullianus in Apologetico: *Adoptandos melioribus parentibus emancipatis*, id est, divenditis per æs, & libram. Sveton. in Augu. *Augustum, Cajum, & Lucium adoptasse domi emptos per æs, & libram à patre naturali.* Idemque Gell. 5. capit. 19. Qua ratione etiam liberi, qui à parentibus, qui eos in potestate habent, sui juris fiunt, capite minuuntur, quia id fit illis emancipatis, id est, venditis extraneo per æs, & libram, venditis nummo uno, venditis asse Capano, ut Statius loquitur, quæ venditio imaginaria est, quia non intervenit verum pretium, deinde iisdem ab emptore manumissis, qui mos etiam hodie servatur in Moscovia, ut Sigismundus Baro scribit, Moscovitarum rerum optimus scriptor. Liberi emancipati, inquit Paulus in hac lege 2. capite minuuntur, quia emancipari nemo potest, nisi in imaginariam servilem causam deductus, quod fiebat per venditionem imaginariam ex illa l. 12. tabul. *Si pater filium ter venundavit, filius à patre liber esto.* apud Ulpianum lib. sing. reg. Servi autem manumissi, ut subjicit Paulus in hac l. 2. capite non minuuntur, quia servile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest, hodie enim incipit jus habere, & statum. Ante manumissionem, neque libertatem habuit, neque civitatem, neque familiam, sed nunc habere incipit libertatem, & familiam, atque etiam civitatem, si vindicta manumissus est. Neque enim omnes manumissi cives fiebant, sed manumissi tantum certis quibusdam modis, veluti testamento, aut censu, aut vindicta: manumissi igitur servi capite non minuuntur, sed non ideo minus ususfructus per servum domino adquisitus amittitur manumissione servi, perinde atque cap. deminutione filiifam. *l. ult. C. de usufr.*

Ad L.V. de Cap. minut. *Amissione civitatis fit capitis minutio, ut in aqua, & igni interdictione.*

Ad §. Qui deficiunt, *capite minuuntur, deficere autem dicuntur, qui ab his, quorum sub imperio sunt, desistunt, & in hostium numerum se conferunt. Sed & hi, quos senatus hostes judicavit, vel lege lata: utique usque eo, ut civitatem amittant.*

Ad §. Nunc respiciendum, *quæ capitis deminutione pereant, & primo de ea capitis deminutione, quæ salva civitate accidit, per quam publica jura non interverti constat: nam manere magistratum, vel senatorem, vel judicem certum est.*

Ad L. VII. eod. *Tutelas etiam non amittit capitis minutio: exceptis his, quæ in jure alieno personis positis deferuntur. Igitur testamento dati, vel ex lege, vel ex Senatusconsulto, erunt nihilominus tutores. Sed legitimæ tutelæ ex duodecim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua & hereditates exinde legitimæ: quia adgnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. Ex novis autem legibus, & hereditates, & tutelæ plerumque sic deferuntur, ut personæ naturaliter designentur: ut ecce deferunt hereditatem Senatuscons. matri, & filio.*

Ad §. Injuriarum, *& actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant.*

Ad §. Si libertate adempta, *capitis deminutio subsecuta sit: nulli restitutioni adversus servum locus est: quia nec prætoria jurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit: sed mihi actio adversus dominum danda est, ut Julian. scribit: & nisi in solidum defendatur, permittendum mihi est in bona, quæ habuit, mitti.*

Ad §. Item cum civitas *amissa est, nulla restitutionis æquitas est adversus eum, qui amissis bonis, & civitate relicta nudus exulat.*

POst hæc Paulus in *l. 5.* varia ponit exempla mediæ capitis deminutionis. Primum hoc est, si cui pœnæ causa aqua, & igni interdictum sit, in cujus pœnæ locum successit deportatio in insulam, deportatus in insulam mediam capitis deminutionem patitur, quia civitatem tantum amittit, redactus ad peregrinitatem libertatem retinet. Et hoc est certissimum. Nec turbet nos *l. pen. de extraord. cognit.* quæ significare videtur, deportatum, aut, quod idem est, eum, cui aqua, & igni interdictum est, etiam libertatem amittere, si libertatem, ergo & civitatem: quia nihil est evidentius in illa lege, magnæ capitis deminutionis appellatione contineri maximam, & mediam, ut in *l. 1. §. capitis, ad Senatusc. Tertull. l. 1. §. si filiusfam. de suis, & legit. hered.* Et in illa l. pen. hæc verba, id est, *quum libertas adimitur*, pertinent ad maximam capitis deminutionem, non ad mediam, quia media libertas non amittitur. Sequentia autem verba, *vel cum aqua, & igni interdicitur*, pertinent ad mediam capitis deminutionem, & utraque significatur verbo, *magna*, ita ut liceat tibi capitis deminutionem dividere io duo membra, in parvam, & magnam, & rursus magnam, in maximam, & mediam. Scribendum est autem, ut & Accurs. notavit in *d. l. ult. vel cum aqua, & igni interdicitur*, non, *veluti*. Alioqui diceret interdictum aqua & igni amittere libertatem, quod est falsissimum. Addit etiam Paulus in *l. 5.* transfugas pati mediam capitis deminutionem, nec enim servi fiunt, *l. si quis tutor, de tutel.* sed peregrini tantum, nec si redeant, jure postliminii, civitati restituuntur, *l. 14. tit. seq. l. postliminium, §. transfugæ, de capt. & postlim. rev.* Ii sunt, qui ab iis, quorum sub imperio sunt, desciscunt, & in hostium numerum se conferunt. Iis addit etiam eos, quos Senatus hostes judicavit, vel etiam, quos populus lege lata hostes judicavit. Sic legendum in *l. 5. lege lata*, ut in Florentinis, & in Basilicis *νόμου τεθέντος, non relegati*: nam relegati nullo modo capite minuuntur. Qui hostes judicantur lege lata, vel Senatusconsulto facto, capite minuuntur, non quidem maxima, sed media, quia peregrini quidem fiunt, liberi tamen manent. Post hæc transit Paulus ad recensitionem eorum, quæ capitis deminutio minima intervertit sive amittit, ut loquitur, sive quæ non amittit. In §. ult. legis 5. & in l. 6. amittit primum, vel intervertit minima capitis deminutio jura familiæ privata: intervertit familiam, & mutat. Amittit etiam tutelas, & hereditates, quæ ex duodecim tabulis deferuntur, quia jure agnationis deferuntur, id est, agnatis solis, & capitis deminutione agnatio perimitur. At non amittit tutelas, non intervertit tutelas, vel hereditates, quæ testamento deferuntur, vel ex legibus novis, veluti ex l. Julia de maritandis ordinibus, apud Ulpianum *lib. reg. tit. de tutel.* vel ex l. Attilia, aut Julia, aut Titia, vel quæ ex Senatusconsultis deferuntur, ut quum matri Senatusconsulto Tertulliano filii hereditas defertur, vel filio hereditas matris Senatusconsulto Orfitiano. *Quia plerumque*, inquit, *his legibus, & Senatusconsultis hereditas, & tutelæ sic deferuntur, ut personæ naturaliter designentur*, id est, ut designentur naturæ vocabulis, non vocabulis civilibus, *filius*, & *mater* naturæ vocabula sunt, *cognatus* etiam naturæ verbum est, agnatus vero civile verbum, non naturæ, *l. Jurisconsultus, §. 1. de grad. & affin.* Et Senatusconsultis deferuntur tutelæ in locum muti, aut surdi tutoris, aut furiosi, aut excusati, aut remoti, *l. si quis sub cond. & l. pen. de tut.* Non intervertuntur autem minima capitis deminutione

jura

jura publica, jura civilia, officia civilia: nam, & qui adrogatus, & emancipatus est, Senator manet, & magistratus, & judex manet etiam tutor: tutela est munus publicum, & officium publicum. Capitis deminutio minima non intervertit tutelas, nisi eas, quæ agnatis deferuntur, quia desinunt esse agnati per capitis deminutionem minimam. Et ita quod erat scriptum nobis initio legis 7. *hoc tit.* quæ est ex hoc libr. Tribonianus male explanavit, & nullo sensu ita scripsit *tutelas etiam non amittit capitis minutio*, minima scilicet, *exceptis his, quæ in jure alieno positis personis deferuntur*, quorum verborum sensus adhuc quæritur. Paulus scripsit singularibus literis, hoc sensu, *exceptis iis, quæ jure agnationis proximis potissimum deferuntur*. Quod & sequentia demonstrant. Et ita in edicto translatitio Verris, *ut quæcunque hereditas proximis potissimum defertur*. Iterare juvat id, quod jam hesterno die memini me docere initio l. 7. inesse mendum, quod coortum est ex prava notarum explanatione, quæ ita potius explanandæ erant, *exceptis iis, quæ jure agnationis proximis potissimum deferuntur*. Quod etiam cum laude aliqua obtrectatores fatentur esse verissimum, non minus, quam & aliud simile mendum, quod & jam olim animadverti insidere in *l. 8. qui, & à quibus manumiss.* ubi pro *fideicommisso*, legendum, *fraudandorum creditorum causa*, quia male erant illæ duæ literæ singulares F. & C. ita explanatæ, *fideicommisso*, cum essent ita explanandæ, *fraudandorum creditorum causa*. Et aliud quoque simile in *l. 2. §. si mater, ad Senatuscon. Tertull.* ubi etiam duæ literæ S. & C. male sic explanatæ sunt, *Senatusconsulto*, quæ explanandæ erant hoc modo, *sententiam constitutionis*, quod suis locis jampridem à me demonstratum est, & à cunctis approbatum. Nec quicquam addo amplius ad h. l. sed venio ad *l. 9. de cap. min.*

Ad L. IX. de cap. Minut. *Ut quandoque emancipata agat.*

CUjus explicandæ facultas est paucorum hominum: Diximus jam ante, capitis deminutione debitoris creditorem ipso jure suas actiones amittere, quibus debitor ei tenebatur obstrictus ante capitis deminutionem: sed si minima capitis deminutio fuerit, eas actiones creditori restitui, id est, utiles dari à prætore ex hoc edicto de cap. minutis. Nunc videamus an etiam is, qui capite minuitur, quas habuit actiones amittat, vel an amissæ æque ei restituantur. Sane qui maximam, aut mediam capitis deminutionem patitur, actiones suas prorsus amittit, quia in omnia jura ejus fiscus, vel dominus succedit. Nihil est exploratius. Is quoque, qui patitur minimam capit. deminutionem, ut puta paterfamil. qui se adrogandum dedit, omnia jura sua, atque adeo omnes actiones suas transfert in adrogatorem cum capite suo. Omnes denique fortunas suas, *l. 15. de adoption. l. pen. §. testamento, de bon. possess. sec. tab.* Is vero, qui à patre naturali datur in adoptionem, vel qui emancipatur, qui etiam patitur minimam cap. deminutionem, non habet obligationes, vel actiones, quas amittat ullas, quia quas adquisivit quamdiu fuit in potestate patris naturalis, statim patri naturali eas quæsivit jure patriæ potestatis, exceptis iis tantum obligationibus, vel actionibus, quæ naturalem præstationem habent, quæ patri jure patriæ potestatis per omnia non adquiruntur. Non dico naturales obligationes, quæ scilicet tantum naturales sunt, non civiles, quas constat non parere actionem: sed dico obligationes civiles, quæ actionem pariunt, quæque naturalem præstationem habent, ut ait *l. 8. hoc tit.* id est, sicut Græci interpretantur, *quæ ex bono, & æquo consistunt*. Recte, quibus scilicet quod præstatur ex naturali potissimum ratione venit, & ex bono & æquo naturaliter, in quibus non tam subtile jus spectatur, quam æquum & bonum. Ac proinde quia natura communis est, etiam in filiorumfam. personam cadunt, nec patri omnimodo adquiruntur jure subtili, patri omnino adquiruntur ex æquo, & bono: hæ quamvis sint adquisitæ patri jure potestatis, etiam filio capite minuto accommodantur, quasi non prorsus adquisitæ patri. Nec rursus dico, actiones bonæ fidei, quamvis & in iis ex æquo, & bono restitutio, & condemnatio fiat, *§. in bonæ fidei. Instit. de action.* Sed exemplum pono in actione de dote, ut lex 8. sive in actione rei uxoriæ, quæ ad dotem repetendam morte viri, aut divortio dirempto matrimonio, sive dos fuerit adventitia, sive profectitia, patri competit, in cujus potestate est mulier, quasi ei quæsita jure potestatis, sed non quidem soli patri, sed adjuncta mulieris, id est, filiæ persona, adjuncta filiæ voluntate, ut perspicue Ulpian. scribit *lib. reg. tit. de dotib.* Vel si absit pater, aut si sit suspectæ vitæ, competit etiam ipsi filiæ sine patre, quasi nec patri omnimodo quæsita, *l. 8. filiusfam. de procur.* Cur ita? non quia hæc actio est bonæ fidei, quoniam & hoc habent strictæ actiones quædam, ut inf. demonstrabimus: sed quia, ut ait l. 8. actio de dote concipitur in bonum, & æquum, id est, propriam quandam formulam habet conceptam in bonum, & æquum, quæ non aptatur cæteris bonæ fidei judiciis. Proprie scilicet concipitur his verbis, *quod æquius melius sit, id præstari patri & mulieri oportere*. Quod æquius melius, hæc sunt verba propria actionis de dote, ut M. Tull. indicat in *Top. & 3. offic.* & indicat aperte *l. si cum Cornel. in fi. de solut. & l. pen. in fi. solut. matrim.* Illo loco, *æquius melius*. Et ideo etiam post emancipationem filiæ, post cap. deminutionem, quæ subsecuta est divortium, filiæ, heredive ejus competit actio de dote, non patri, ut habeat unde nubere alii possit, nec commodo dotis defraudetur. Competit, inquam, filiæ, non patri post emancipationem, quasi nec quæsita patri, tametsi subtili jure sit quæsita patri jure potestatis. Et emancipatam quoque agere de dote ostendit *l. 2. §. 1. & l. si cum dotem, §. eo autem tempore*, illo loco, *vel etiam emancipata sit, & l. filia, solut. matrim.* Hoc efficit ratio naturalis, qua actio de dote nititur, quam civilis ratio, id est, emancipatio corrumpere non potest, ut ait l. 8. Jus, quod naturale est, quodque nihil aliud est, quam ratio, & æquitas naturalis, ratio civilis corrumpere non potest, *§. ult. Instit. de leg. agnat. success.* Et hæc etiam ratio naturalis est, quæ spectatur in actione de dote potius, quam scrupulositas juris civilis, subtile jus, hæc humanitatis ratio facit, ut & matrifam. passæ mediam cap. deminutionem, puta deportatæ in insulam, divortio postea facto, aut mortuo marito, detur repetitio dotis, vel actio de dote, non fisco, ad quem bona ejus pervenerunt, *l. 5. inf. de bon. damnat.* Eademque efficit, & quidem multo magis, ut filiæ sui juris effectæ sine capitis deminutione veluti deportato patre, ipsa manente in civitate, de dote actio detur, non fisco, quasi successori patris, quia nec patri daretur filia sui juris effecta, *l. in insulam, sol. matrim.* Et similiter mortuo patre, ac postea soluto matrimonio, ut filiæ detur actio de dote potius, quam heredi patris: aut si pater forte vivus ea actione egerit, & vicerit, actio judicati filiæ detur potius, quam heredi patris, ut ei salva dos sit, *l. si marito, §. si voluntas, eod.* Quin & parte dotis soluta patri, dirempto matrimonio, reliquæ partis mortuo patre repetitio filiæ potius competit, quam heredi patris, quamvis patri quæsita fuerit actio, *l. pen. §. filiafamilias, eod. tit.* Et hoc quidem quod ait *lex 8. & 9. hoc tit.* de actione de dote, jam satis perspicuum esse arbitror: sed quia propositio legis 8. est generalior, quam ut unum tantum genus actionis complectatur: ait enim eas obligationes, quæ naturalem præstationem habere intelliguntur: desidero etiam mihi specialem obligationem dari, quæ naturalem præstationem habeat, & in æquum & bonum concipiatur, atque ideo, quamvis sit adquisita patri, competat tamen postea filiis emancipatis, nec intervertatur emancipatione. Et profecto ejusdem generis est actio injuriarum, quæ quamvis sit stricti juris, tamen ex æquo, & bono esse dicitur aperte in *l. non solum, §. 1. de injuriis*, id est, æquitas naturalis in ea potius valere dicitur, & dominari, quam subtile jus, ut eadem *lex non solum* declarat his verbis, *æquitas actionis injuriarum omnem metum ejus abolere videtur, ubicunque, quis contra æquum venit.* Et ideo si filiofamilias facta sit injuria, & nomine filii quæsita sit patri actio injuriarum jure potestatis, ei tamen postea emancipato ea actio dabitur potius, quam patri, aut heredi patris. Et ita nominatim proditum est in *l. sed si unius, §. sed etsi pater, & §. ult.*

de injue. Sicut & manente filiofamil. in poteſtate, ſi pater non ſit præſens, vel ſi filii nomine agere nolit, ſi ulciſci nolit injuriam filiofamil. factam, filio licet agere injoriarum, quaſi non omnino ea actione quæſita patri, *dict.l.ſed ſi unius, §.idem Julianus, l.in perſona, de pact. l.12. de in jus voc.* Eadem ratione puto, quod maxime notandum eſt, ſi quid ex cœnaculo tuo, verbi gratia, dejectum, vel effuſum ſit, quod filiofa. nocuerit tranſeunti, & ideo per filium quæſita ſit patri actio in factum ex edicto de dejectis, & effuſis: filio tamen poſtea emancipato, eam actionem eſſe dandam potius, quam patri, quia & hæc actio natuealem præſtationem habere intelligitur, & nominatim, quamvis ſit ſtricta, non bonæ fidei, ex bono, & æquo eſſe dicitur in *l.5. §.hæc autem, de iis, qui dejec. vel effud.* Et ſimiliter actio ſepulchri violati, ut in *l.8. hoc tit.* Actio de dote dicitur eſſe concepta in æquum, & bonum, *l.pen. de ſepul.viol.* puta ut eſt in edicto de ſepul.viol. quanti ob eam rem judici æquum videbitur, quæ tamen ſtricta eſt actio. Et ita explicandæ ſunt leges 8. & 9.

Ad L.V. de Alien.jud.mut.cauſa facta. *Vel ſimilem.*

SEquitur ex hoc libro *l.5. de alien. jud. mut. cauſa fac.* & pertinet ad actionem in rem otilem, vel in factum, quæ ex edicto de alien. judicii reſtituitur ei, cui adverſarius, cum quo acturus erat in rem, dolo malo re alienata potentiori, objecit potentiorem, duriorem adverſarium, quæ actio, licet rei perſecutoria ſit, non pœnæ, non datur tamen in heredes, quia videtur ex delicto oriri, *l.4. §.ult. & l.6. hoc tit.* Adjecit Paulus, non dari etiam in ſimilem ſucceſſorem, veluti in bonorum poſſeſſorem: nam ut idem ait eodem libro *l.117. de reg.jur.* quæ huic conjungenda eſt, prætor bonorum poſſeſſorem in omni cauſa loco heredis habet: & in cauſa igitur ejus edicti, bonorum poſſeſſor eſt ſimilis heredi. Denique ex hoc edicto actio reſtitutoria non datur in heredem, vel ſimilem ſucceſſorem, niſi de eo, quod ad eum pervenit, ſicut dictum eſt de actione de dolo, quæ etiam eſt ejuſdem generis, id eſt, rei perſecurionem continet, & ex delicto tamen eſt: ſicut idem dicitur etiam de actione rerum amotarum, quæ & rei perſecutionem contiuet, ſed quia ex delicto eſt, non datur in heredem, niſi de eo, quod ad eum pervenit, *l.ult. Cod.rer. amot.* quod per omnia etiam obtinere in condictione furtiva oſtendet obſervatio 13. cap.37.

Ad L.XLII. de Adquit. rer. dom. *Subſtitutio, quæ nondum competit, extea bona noſtra eſt.*

SEquitur ex hoc libro *lex 42. de adquir. rer. dom.* Subſtitutio, quæ nondum competit, extra bona noſtra eſt, ſi vulgariter ſubſtitutus ſim heredi inſtituto, & ſubſtitutio nondum competat, puta deliberante herede, neque enim poteſt competere, antequam delibeaverit. Dum igitur deliberat, non poteſt competere: dum non competit, pendet ſubſtitutio, puta deliberante, & conſultante herede, ac extra bona mea eſt. Et ideo ſi moriar, non tranſmitto in heredem meum eam ſubſtitutionem, *l.ſi ex pluribus, de ſuis, & legit.hered.* vel ſi ſubeam maximam, aut mediam capitis deminutionem, non transfero eam in fiſcum, vel in dominum. Et ita *lex* eſt accommodanda ad tit. *de capit. minut.* Itemque *lex 40. de oblig. & action.* quæ ſola ſupereſt ex hoo libro.

Ad L.XL. de Oblig. & actio. *Hereditariarum actionum loco habentur & legata, quamvis ab herede cœperint.*

FIſcus, ad quem bona pervenerunt teſtatoris, forte erepta heredi hereditate quaſi indigno, hereditarias actiones quaſi ſucceſſor excipere debet; ergo & actionem ex teſtamento legatorum nomine, *l.cum quidam, l.cum tabulis, in fine, de his, quibus ut indign. l.3. §.cum ex cauſa, de jure fiſci.* Nam & hæc actio legatorum, quamvis cœperit ab herede, non à defuncto, hereditariarum actionum loco eſt, ut ait Paulus in *d.l.40.* qoia origo ejus, & cauſa ex voluntate defuncti proficiſcitur, ut *l.pen. de ſeparat.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

LIBRO ſuperiore, ut patet ex *l.5. de alien. judic. mut. cau. fac.* cœpit tractare Paulus de reſtitutione in integrum, quæ ex edicto *de alien. jud. mut. cauſ. fact.* datue majori 25. annis, cui is, quo cum acturus erat de re aliqua, de re dolo malo alienata, oppoſuit duriorem adverſarium, militem forte, vel potentiorem, vel alterius provinciæ hominem, data in eum, qui rem alienavit, actione in factum, qua tantum conſequatur officio judicis, quanti ejus intereſt alium adverſarium non habuiſſe, *l.1. §.pen.eod.* niſi ſcilicet reus ultro paratus ſit pati actionem, perinde, ac ſi rem poſſideret. Dico, niſi ultro paratus ſit priſtinam actionem pati, quæ in eum competebat prius ante alienationem rei, quia etſi vulgo dicatur, dolum pro poſſeſſione eſſe, atque adeo eum, qui dolo malo deſiit poſſidere, perinde teneri, ac ſi poſſideret, tamen non tenetur invitus actionem pati, ſi alius ſit certus poſſeſſor, ſed tunc duntaxat, quum ejus rei nullus eſt poſſeſſor certus, *l.1. §.ult. eod.* Huic etiam edicto de alien. judicii locus eſt, quum quis re alienata dolo, quam poſſidebat, effecit, ut quæ ſibi competebat actio, competeret alteri, deſineret ſibi competere. Et hoc caſu locus ita eſt huic edicto, quia actio denegatur alteri, *l.ult. hoc tit.* & permittitur ei, qui alienavit, ut rem videatur alienaſſe potius, quam litem, *l.pen. eod.* Præterquam uno caſu, cujus ratio erat ſatis obſcura, quæ tamen manifeſtiſſima fiet ex caſu propoſito in *l.ult.* ſi quis cum haberet rem cum alio communem, communi divid. judicii evitandi cauſa partem ſuam alienaverit: hæc actio communi divid. ſicut & fam. erciſcundæ, & finium regundorum duplex actio eſt, id eſt, ejus juris, & conditionis eſt, ut eam quis excipere, vel intendere poſſit, ut ea quis ſociom convenire, vel ea à ſocio conveniri poſſit. Qui vero, ne eam actionem communi divid. exciperet, partem ſuam alienavit, ne ſecum ageretur communi dividundo, ſed cum potentiore, cui alienavit hoc animo, ut per licitationem, quæ ſolet fieri in diviſione rei communis, potentior, cui partem ſuam alienavit, eam viliori pretio acciperet, deinde eam à potentiore reciperet; qui, inquam, hoc egit dolo malo alienando partem ſuam, ne ſecum ageretur communi divid. prohibetur & ipſe l.Licinia agere, cujus ſit mentio in *l.ult.* Prohibetur ipſe agere communi dividundo, prohibetur agere actione, qua ſecum agi noluit, aut ſecum ne ageretur, quantum in ipſo fuit, dedit operam. Hæc eſt ratio legis Liciniæ. Porro hujus edicti tractatum Paulus perſecutus eſt lib.12. Et ideo incipiam à *l.8.eod.tit.*

Ad L.VIII. de Alienat.judic.mut.&c. *Ex hoc edicto tenetur, qui rem exhibet, ſi arbitratu judicis priſtinam judicii cauſam non reſtituit.*

Ad §.Ait prætor: *quæve alienatio judicii mutandi cauſa facta erit, id eſt, ſi futuri judicii cauſa, non ejus, quod jam ſit.*

Ad §.Alienate *intelligitur etiam, qui alienam rem vendidit.*

Ad §.Sed heredem *inſtituendo, vel legando, ſi quis alienet, huic edicto locus non erit.*

Ad §.Si quis alienaverit, *deinde receperit, non tenebitur hoc edicto.*

Ad §.Qui venditori ſuo *redbibet, non videtur judicii mutandi cauſa abalienare.*

INitio hujus legis Paulus docet, non evitare eam actionem eum, qui rem, quam alienavit judicii mut. cauſ. exhibet

Digitized by Google

hibet actori, nisi eam exhibeat in eadem causa, in qua fuit A ante alienationem, nempe cum omni emolumento, & vacuam, atque liberam à durioris adversarii vexatione. Non igitur, ut hac actione liberetur, tantum eam rem exhibere debet, sed etiam restituere. Plus est restituere, quam exhibere, ut ad idem edictum, quod tractamus, Cajus scripsit in *l. 22. de verb. sig.* Et restituere rem debet arbitrato judicis, ut Paulus ait initio hujus legis. Et ita si rem restituerit, hujus edicti evitat actionem. Nam & hæc actio in factum ex edicto de alien. est arbitraria, sicut actio, quod metus causa, & actio de dolo, de quib. actum est sup. Post hæc in *l. 8.* Paulus docet, hæc verba edicti, *quæve alienatio judicii mutandi causa facta erit*, vel ut potius legendum videtur, *quæ alienatio judicii mutandi causa facta erit*, sic esse accipienda, *quæ futuri judicii mutandi causa facta erit*, *nondum inchoati*, non quæ jam inchoati, quæque præsentis judicii mutandi B causa facta erit, quia scilicet alienatio rei litigiosæ etiam judicium non mutat, quod cœptum est cum alio, nec valet, & vitiosa est litigiosæ rei alienatio, ut constat ex tit. *de litigiosis*, aut certe facile remedio exceptionis infringitur. Et præterea hoc edicto eum etiam teneri, qui rem alienam, quam possidebat, vendidit futuri judicii mutandi causa: adde, vel donavit, ut *l. pen. hoc tit.* non etiam eum, qui eam rem legavit, vel qui per universitatem eam transtulit in heredem institutum. Alienationis verbum in hoc edicto accipe de alienatione inter vivos, non de alienatione causa mortis, quia hæc plerumque non fit dolo malo judicii futuri mutandi causa, neque enim quisquam lites post mortem suam futuras extimescit. Et inter vivos non solum ea continetur, per quam possessio alienatur in fraudem domini, qui acturus erat actione in rem, sed etiam, per quam do- C minium alienatur in fraudem ejus, qui domino, & possessori ejus rei nomine controversiam facturus erat, ex causa pignoris forte, vel ususfructus, vel ἐμφυτεύσεως, vel servitutis prædiorum, vel qua alia causa, ut *l. 4. §. Pedius, & §. ult. hoc tit.* Item hoc edicto hacve actione non teneri eum, qui rem, quam alienavit jud. mut. causa, mox recepit, antequam cum eo ageretur ex hoc edicto, quia ea res pro non alienata habetur. Non teneri etiam eum, qui venditori suo rem redhibet propter morbum, aut vitium aliquod latens, quia tametsi redhibitio species alienationis sit, plerumque tamen ea non videtur fieri jud. mut. causa, sed quod ea res, quæ est in causa redhibitionis, nobis sit inutilis, nisi probetur, ut est in *l. seq.* propter hoc solum rem redhibitam fuisse venditori. Ab hoc genere restitutionis in integrum transeamus, si placet, ad restitutionem in integrum, quæ datur D majoribus 25. annis, qui per absentiam necessariam suam, vel alienam in captionem inciderunt, de qua in tit. *ex quib. caus. majores 25. annis.* Ex titulo de alien. jud. mut. causa facta datur in integrum restitutio majoribus, qui per alienationem rei, qua de agitur, ab adversario dolo malo factam potentiori, in captionem inciderunt. Ex tit. *de cap. minutis*, restitutio in integrum datur majoribus, qui per capitis deminutionem minimam debitoris in captionem inciderunt. Ex titulo, *Quod metus causa*, majoribus, qui per metum. Ex titulo *de dolo*, majoribus, qui per dolum qualemcunque adversarii in captionem inciderunt, *l. quidam, de dolo.* Unus tantum est titulus de minoribus restituendis, qui per infirmitatem ætatis in captionem inciderunt. Cæteri tituli sunt de majoribus 25. annis, & præter supradictas causas majoribus etiam datur restitutio in integrum ob justum errorem E ex tit. *Quod falso tut. auct.* de qua restitutionis causa etiam hoc libro 12. tractavit Paulus. Sed & in plerisque aliis causis justus error, justa est causa restitutionis in integrum, *l. 1. & 2. sup. de restitut. in integ.* At dicamus de ea restitutione in integrum, qua rescinduntur, aut restituuntur in integrum gesta per absentiam necessariam, si per id tempus, quo aberam reipub. causa jus meum læsum, aut interversum sit: puta si res mea usucapta sit, vel actio, quæ mihi competebat, tempore amissa: id me reverso emendatur per restitutionem in integrum ex edicto ex quibus causis majores. Abesse autem reipub. causa dicuntur, qui publici alicujus muneris causa ab urbe profecti sunt, ut provinciales magistratus, *l. abesse, h. tit.* Urbanos autem magistratus, licet reipub. dent operam, non haberi pro absentibus reip. causa Paulus ostendit in *l. 6. ex quib. caus. major.* Et ideo finito magistratu, exempli gratia, eis non restitui actionem tempore amissam, quia eam in magistratu per procuratorem exercere potuerunt. Cur non exercuerunt igitur? Quod non ita tamen procedit in magistratibus provincialibus, *l. pars, de judiciis*, in qua ἄρχοντες, non sunt quilibet magistratus urbani, sed præsides provinciarum tantum. Succurritur etiam hoc edicto libero homini, qui in servitute fuit, dum vi detinetur quasi servus, aut dum alii bona fide servit, ut scil. recipiat restitutus in integrum, quod interim amisit. Qua tamen edicti parte Paulus ostendit in *l. 13. h. tit.* non contineri servum liberum, & heredem institutum, si quid gesserit post testamentum, & ante mortem domini, id est, antequam heres fit, quia hic servus fuit, non in servitute, & edictum non loquitur de servo, sed de libero homine, qui fuit in servitute. Aliud est servum esse, aliud in servitute esse: sicut aliud possessorem esse, aliud esse in possessione, *l. si quis ante, de adquir. poss.* Ac præterea hic servus, antequam heres extiterit domino, interim nulla bona habuit, in quibus lædi possit, nondum enim est heres, bene sequitur: est heres institutus, ergo est heres: nam potest heres esse institutus, nec dum tamen esse heres: non certe quamdiu testator vivit, est heres. Eademque ratione filiusfam. ex hac parte edicti non restituitur in integrum, si in servitute fuerit, quia nihil habuit proprium, nihilque quæsivit, quod non statim quæsiverit patri, in cujus potestate est, nisi forte habeat castrense peculium, vel quasi castrense, quia in eo habetur pro patrefam. *l. 2. ad Macedon. l. 15. §. si servus, de castr. pec. l. 6. §. ult. de inj. rupt. testam.* Atque ideo, si dum est in servitute, læditur in castrensi peculio, restitui potest in integrum. At in cæteris rebus profectitiis, vel adventitiis, quia non remanent apud eum, non potest restitui in integrum, etiamsi in servitute fuit. Liber homo in hoc edicto accipitur pro homine sui juris: filiusfam. est liber homo, sed non est sui juris. Et sæpe liberi hominis appellatione non quicunque liber est significatur, sed is tantum, qui est sui juris, ut in definitione tutelæ: Tutela est vis ac potestas in capite libero, id est, in caput sui juris, in hominem sui juris, quia qui quæve est in potestate, vel manu, vel mancipio, tutorem non habet. Imo tutela finitur conventione in manum, finitur adrogatione, servitute, captivitate, quia non cadit in hominem alieni juris, sed in hominem omni ex parte liberum, id est, sui juris, suæque potestatis, suæ tutelæ, ut loquuntur.

Ad L. XVI. Ex quibus causis major. *Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Totumque istud arbitrio prætoris temperabitur: id est, ut ita demum restituat, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.*

HIS addamus *l. 16.* ejusdem tit. In hoc edicto, quod proponitur in *l. 1.* desideratur verbum *posteave*, ad cujus interpretationem l. 16. pertinet, ut indicat *lex 15. §. ult.* Verba edicti integra hæc fuerunt: *Si cujus quid de bonis deminutum erit, cum is metu, aut sine dolo malo reip. causa abesset, sive in vinculis, servitute, hostiumve potestate esset, posteave.* Et sensus hic est, ut si quis, antequam dominus abesset reipub. causa, rem ejus bona fide possidere, & usucapere cœperit, quia, inquit, *l. 15. §. ult.* inchoata fuerit bonæ fidei possessoris detentatio ante absentiam. Detentatio pro possessione à detentione, detentatio, id est, possessio, ut in *l. 5. de imp. in reb. dot. fact.* & in glossis Philoxeni, *detentator*, διακατοχος, dententatores, διακατοχοί, & sic ab intentione, intentatio apud Tertullian. libro de pudicitia. Si, inquam, ante absentiam domini cœpta usucapio fuerit, eaque finita sit eo reverso, restitutionis auxilium ex hoc edicto locum habet, quia prætor ait *Posteave*, id est, post reditum, si quid ei deminutum sit, si res ejus usucapta sit, si impleta sit usucapio, si dum abest, vel si posteaquam desiit abesse, impleta sit usucapio. Quod tamen ita verum est, si modo posteaquam rediit in urbem intra modicum tempus, dum hospitium conducit forte, dum sarcinulas suas componit, dum quærit advo-

advocatum; quo adhibito litem moveat, & interpellet A usucapionem, quæ in eo est articulo, ut quamprimum finiatur, & impleatur; si igitur intra modicum tempus impleta fuerit usucapio posteaquam rediit, æquum est, cum restitui adversus usucapionem: non etiam, si longe post reditum impleta fuerit usucapio, illo differente interpellationem usucapionis, & non movente litem possessori rei suæ: nam hoc casu si petat restitutionem suæ causæ adversus usucapionem, non est audiendus, quia, ut ait Paulus in *l.16.* non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Et totum illud, aut verbum illud indefinitum, quod est in edicto, *Posteave*, temperabitur arbitrio prætoris, id est, ut ita demum restituatur, si non negligentia, sed temporis angustia post reditum non potuerit interpellare usucapionem. Prætor quod dixit, *Posteave*, simpliciter, id est, non satis definite, non satis explicate, ipsemet B interpretatur.

Ad L.XVIII. eod. *Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus, in quibus rei duntaxat persequendæ gratia quæruntur: non cum & lucri faciendi ex alterius pœna, vel damno, auxilium sibi impertiri desiderant.*

Restant adhuc ex eod. tit. 5. leges, ac primum *l.18.* Hoc edicto, quod antiquissimum esse Servii Sulpitii habita mentio in *l.26. §. per magist. hoc tit.* demonstrat, succurritur majoribus 25. annis absentibus reipubl. causa, vel etiam absentibus ex qua alia justa, & necessaria causa. Succurritur etiam captis ab hostibus, & iis, qui in vinculis, aut in servitute fuerint, intra annum utilem: postquam redierint, ne C scilicet rei suæ damnum faciant, ut scilicet per id tempus, quo absunt, aut hostium, servitutisve potiuntur, si rem eorum aliquis bonæ fidei possessor usucepit, ex hoc edicto rescindatur usucapio, restituta iis utili actione in rem, & non tantum, ne damnum faciant, sed etiam, ne lucrum perdant, quod fecissent interim, sine damno alterius, si absentes metus, vel reip. causa, vel si hostium servitutisve potiti non fuissent, ut si hereditatem luculentam, si legatum amplissimum, quod interim adquirere potuerunt, propter absentiam suam, vel captivitatem perdiderint, id recipiant posteaquam reversi fuerint intra annum utilem restituta actione ex testamento, vel petitione hereditatis. Duo sunt genera lucrorum. Quædam lucra obveniunt sine damno alterius, ut hereditas, & legatum: hæc recipiunt reversi beneficio ejus edicti, si ea perdiderint, exempli causa, quod dic lega- D torum cedente reipub. causa abessent Italia procul, quæ erant eis relicta sub conditione, si in Italia, aut in urbe forent, ut in *l. prox. §. ult. sup. l.41. inf.* Et ita accipiendum est, quod idem Paulus eodem lib. scripsit in *l. 26. inf.* ex clausula generali ejus edicti, etiam non absentibus reip. causa, sed absentibus ex alia justa causa, & necessaria, aut probabili causa, veluti studiorum causa, subveniri non tantum, si quid amiserint usucapione, sed & si quid lucrati non sint, quod scilicet lucrari poterant sine damno alterius. Quædam vero lucra obveniunt cum damno alterius, ut adquisitiones, quæ fiunt per usucapionem. Est enim usucapio lucrosa ei, qui usucepit, damnosa vero, & detrimentosa ei, cujus res usucapta est, *l.19. hoc tit.* quæ sequitur. Admissa tamen usucapio est propter commune bonum, ut sit aliquis terminus, aliquis finis sollicitudinis, & periculi litium, E *l. ult. inf. pro suo.* Ad lucra hujusmodi, quæ cum alieno damno obveniunt, cum alieno detrimento, hoc edicto non restituuntur. Ad lucra hujusmodi hoc edicto non datur restitutio majoribus 25. annis, puta quod propter suam absentiam, vel captivitatem non impleverint cœptam usucapionem, non restituuntur, ut eam scilicet usucapionem medio tempore implevisse videantur, licet non impleverint. Et hoc est, quod ait Paulus in *h. l.18.* majoribus ex hoc edicto subveniri in damnis amittendæ rei suæ, aut lucri amittendi, quod eis obveniebat, sine alieno detrimento, non etiam in damnis amittendi lucri, quod eis obveniebat cum alieno detrimento. *Non*, inquit, *cum & lucri faciendi causa ex alterius pœna, vel damno auxilium sibi impertiri desiderant.* Recte, *pœna, vel damno*, quia ex edicto restituuntur actiones, quæ rem persequuntur, sine alterius detrimento, non actiones (quod maxime notandum) quæ pœnam, vel ultionem persequuntur: non etiam, quæ rem persequuntur, cum alterius detrimento: quæ definito est elegantissima.

Ad L. XXII. eod. *Ergo sciendum est, non aliter hoc edictum locum habere, quam si amici ejus interrogati fuerint, an defendant: aut si nemo sit, qui interrogari potest. Ita enim absens defendi non videtur, si actor ultro interpellat, nec quisquam defensioni se offerat, eaque testatione complecti oportet.*

Ad. §. Sicut igitur *damno eos adfici non vult, ita lucrum facere non patitur.*

Ad §. Quod edictum etiam *ad furiosos, & infantes, & civitates pertinere Labeo ait.*

Sequitur l.22. Sciendum est, ex hoc edicto non tantum absentibus subveniri adversus præsentes, si quid per justam absentiam suam amiserint, aut lucrati non fuerint, quod ad præsentes pervenerit, sed etiam hoc edicto subveniri præsentibus adversus absentes, si absentes rem præsentium, quam ante absentiam bona fide possidere cœperant, tempore absentiæ, dum non est, qui eos defendat, quique eorum nomine interpellari possit, usuceperint, vel si quid dum absunt illi, alter præsens non utendo amiserit, cum absens non defenderetur, veluti si amiserit usumfructum, qui amittitur non utendo intra certum tempus, vel etiam, inquam, si qua absentes temporali actione liberati sint, dum non est qui eorum nomine judicium accipere, & rem defendere velit. Prætor enim, ut ait hæc lex, sicut absentes damno affici non vult, ita lucrum facere non patitur cum alieno detrimento, videlicet si quod nullus eis defensor esset, quid alter propter eorum absentiam amiserit. At si absentibus defensor fuerit, præsentibus adversus eos non competit auxilium restitutionis, quia imputare sibi debet actor, cur defensorem absentis non convenerit, qui nomine absentis judicium accipere non detrectavit. Defensor absenti esse videtur non tantum, si procuratorem domi reliquerit cum generali mandato, & ad agendum, & ad defendendum, verum etiam, si quis ultro se ingerat, sine mandato, & offerat se ejus defensioni. Item si quis ultro requisitus ab actore nunquid velit absentem defendere, non recuset eum defendere, ut *l. prox. §. ult. sup.* Sane ut Paulus ait in *l.22.* actor, cui in absentem competit actio, amicos absentis ultro interrogare debet, an eum absentem defendant. M. Tull. pro Quintio: *Non debeo*, inquit, *statim à prætore postulare, ut bona absentis debitoris mihi possideri liceat, sed primum expectare, deinde si latitare, aut diutius ludificari videatur, amicos convenire, quærere quis procurator sit, domum denuntiare.* Et Ulpianus in *l. 5. §. 1. quib. ex caus. in possess. eatur.* Priusquam eatur in possessionem bonorum pupilli, vel absentis, requirendos esse cognatos, vel affines, vel amicos absentis, quos verisimile sit non omissuros defensionem. Quid si nemo velit absentis defensionem suscipere, vel si nemo existat, qui interrogari possit absentis amicus, id debet actor testatione complecti, id est, convocatis testibus, id debet in scriptum redigere, se neminem absentis defensorem invenisse, cum quo experiretur; atque ita re gesta adversus absentem, si petat restitutionem in integrum, is, qui fuit præsens semper audiendus erit. Addit Paulus in fine hujus legis, hoc edicto subveniri non tantum absentibus, & adversus absentes, sed etiam furiosis infantibus, civitatibus, & adversus furiosos indefensos, & infantes indefensos, & civitates indefensas. Furiosi per omnia, & in omnibus absentium loco habentur, *l.2. §. pen. de jure codic.* & furiosis infantes proximi sunt, *l.1. §. pen. de oblig. & act.* Civitates etiam loco minorum habentur, *l. pen. C. ex quib. caus. in poss. eat. l. pen. C. de jure reip. lib. 11. l.1. C. de officio ejus, qui vicem, l.6. C. ne de statu defunct. l. 9. inf. de appellat. l. qui solidum 78. §.1. de leg.2. l.1. §. ult. quod cujusque univers.* Ad hæc sciendum est, hoc etiam edicto restitutionem in integrum dari adversus eos, qui cum essent præsentes, & secum agendi potestatem non facerent, aut

Digitized by Google

sunt judicem corrupissent, ut ne jus diceret, ne præberet audientiam, atque ita ut eluderent actorem, si nec habuerint defensorem, adversus, inquam, eos, qui cum essent præsentes, & secum agendi potestatem non facerent, nec defenderentur, vel ut dixi, judicem corruperunt, ut in *l.26. §. item per magist. hoc tit.* rem alienam ita usuceperint, vel actione aliqua soluti fuerint ob id, quod trahendo judicium & procrastinando, dies ejus actionis exierit, quæ erat temporalis, cum non faciunt potestatem agendi secum. Itemque dari restitutionem in integrum adversus eos, qui se conveniri quidem patiuntur, & potestatem sui faciunt in publico, sed quo minus lis cum eis contestetur, morantur, frustrantur, diem ex die trahunt, ut interim dies actionis præterlabatur, & ipsi tempore liberentur. Etiam adversus tergiversatores ejusmodi datur restitutio in integrum, si prolactaverint, & protraxerint actorem in extremum diem actionis, quod Paulus tradit in *l.24. eodem tit.* Et hoc est apertissimum, jamque habemus quatuor leges. Et restat tantum 5. quæ est 30. ejusdem tit.

Ad L.XXX. eod. *Cum miles, qui usucapiebat, decesserit; & heres impleverit usucapionem: æquum est rescindi quod postea usucaptum est; ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint: quia possessio defuncti, quasi juncta descendit ad heredem, & plerumque nondum hereditate adita, completur.*

Ad §. Si is, *qui reipub. causa absuit, usucepit, & post usucapionem alienaverit rem; restitutio facienda erit: & licet sine dolo absuerit, & usuceperit, lucro ejus occurri oportet. Item ex reliquis omnibus causis restitutio facienda erit; veluti si adversus eum pronuntiatum sit.*

HÆc lex pertinet ad eam partem edicti, qua restitutio in integrum datur adversus eos, qui sine dolo malo absunt reipub. causa, & qui dum absunt, cum non defenderentur, de bonis alicujus aliquid usuceperint, forte rem mobilem, quam peregre secum tulerant. Quam restitutionem in integrum dari etiam adversus heredes eorum Paulus ait, ut cœptam usucapionem à milite, quem certissimum est haberi pro absente reipubl. causa, etiamsi in urbe militet, *l.7.h.t. l.15. §.legis, ad leg. Jul. de adult.* Si igitur cœptam usucapionem à milite heres ejus impleverit (ad quam speciem pertinet etiam verbum *posteave*, quod in edicto fuisse sup. comprobavi, *l.16. §. ult.*) heres succedit in usucapionem bona fide cœptam à defuncto, licet ipse sciat rem esse alienam, quia superveniens mala fides non interrumpit usucapionem, *l. heres ejus, de usurp. & usucap.* Heres igitur complet usucapionem cœptam à defuncto: imo, & deliberante herede, nec dum adeunte hereditatem, hereditas ipsa jacens (quæ passim dicitur in jure personam defuncti sustinere) cœptam à defuncto usucapionem complet, id est, suo marte impletur usucapio, nemine possidente, *l. cœptam, l. justo §. nondum, l. nunquam, §. vacuum, eod. tit.* quia, inquit Paulus, possessio defuncti, quasi juncta descendit ad heredem, & plerumque nondum adita hereditate completur. Ubi possessio, id est, usucapio, ut in *l.19. hoc tit.* ubi & Græci possessionem interpretantur δεσποτείας, id est, per usum dominii adquisitionem. Et hic quoque, quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, id est, usucapio, errant valde DD. qui in hac L. 30. possessionem accipiunt pro detentione, sive usu rei, qui in facto consistit, cum accipiatur pro usucapione, quæ in jure consistit; qui tamen hodie error plane abiit in mores, & absque dubio ex eo factum est, ut receptum sit, possessionem rerum hereditariarum (quæ est facti) ab ipso defuncto protinus, & ipso jure ad heredes transire, nec opus esse ad eam adquirendam facto, & apprehensione heredis. Unde vox illa de via collecta, *le mort saisit le vif*, quæ ducitur ex prava interpretatione horum verborum, *quia possessio defuncti, quasi juncta descendit ad heredem*, ubi tamen possessio non est *saisine*, ut vocant, sed usucapio. Et plane falsum est, heredem adquirere possessionem rerum hereditariarum ipso jure, quia sive sit heres suus, sive extraneus, non adquirit eam, antequam apprehenderit res hereditarias, *l. cum heredes, in princ. de adqu. poss.* Iis vero rationibus efficit Paulus in l.30. etiam adversus heredem absentis reipub. causa, qui ab eo cœptam usucapionem implevit, restitutionem faciendam esse, quamvis heres ipse præsens fuerit, non absens reipub. causa, ne alioqui, quod etiam Paulum addidisse constat ex *l.120. de regul. jur.* quæ est ex eod. libro, & omnino conjungenda est cum hac *l.30.* Ne, inquam, alioquin plus commodi absens heredi suo relinquat, quam ipse habuerit. Atqui si ipse implesset usucapionem, restitutio adversus eum facta fuisset. Et fieri igitur debet adversus heredem ejus, si heres ejus eam impleverit. Hæc est propria species supradictæ regulæ. Addit Paulus in hac l.30. restitutionem in integrum, quæ adversus absentes reipub. causa, si modo absuerint sine dolo malo uti oportet, qui cum non defenderentur, rem alienam usuceperunt, datur, dari quandoque non in eorum personam, sed in rem, puta si post usucapionem eam rem alienaverint, dari scilicet adversus possessorem rei, adversus emptorem, salvo ei regressu adversus auctorem suum, ut *l.15. sup. de minor.* quod est apertissimum. Sed obscurissimum, quod sequitur statim, nec ab Accursio intellectum. *Item*, inquit, *ex omnibus reliquis causis restitutio facienda erit; veluti si adversus eum pronuntiatum sit.* Hunc locum reddam facillimum, *adversus absentem*, scilicet, *ex reliquis omnibus causis*, id est, non solum, si absens rem præsentis usuceperit, de qua causa egit supra, sed etiam ex reliquis causis, puta si quid per absentiam ejus alter non utendo amiserit: vel si dies actionis, quæ adversus absentem competebat, exierit, cum absens non defenderetur, & restitutio facienda erit in rem, ut puta si restitutione petita adversus absentem, post reditum absens condemnatus fuerit, & solvendo non sit, hoc est supplendum, tum adversus possessorem rei restitutio facienda erit. Et ita hic locus explicandus. Ad hoc edictum pertinet etiam *l. 8. de usurp. & usuc.*

Ad L.VIII. de Usurp. & usuc. *Labeo, & Neratius responderunt, ea, quæ servi peculiariter nacti sunt, usucapi posse, quia hæc etiam ignorantes domini usucapiunt. Idem Julianus scribit.*

Ad §. Sed eum, *qui suo nomine nihil usucapere potest, ne per servum quidem posse, Pedius scribit.*

NOn ut adversus absentes reipub. causa, vel qua alia justa causa, si quid alienum usuceperint, datur restitutio in integrum, ita etiam dabitur adversus captivos, qui sunt in potestate hostium, si quid usuceperint. Non hoc dicimus, quia captivi nihil usucapere possunt. Imo captivitate, quæ cœpta fuit ante, usucapio interrumpitur, *l.19. l.23. §. is autem, ex quibus caus. maj.* Quin & servi captivorum in civitate relicti, nihil captivorum dominorum suorum nomine usucapere possunt. Et hoc est, quod ait *d.l.8.* eum, qui suo nomine nihil usucapere potest, veluti captivum, nec per servum quidem possidentem nomine domini, posse usucapere: nomine domini, inquam, nam peculiari nomine, puta ex re, ex causa peculiari, jure singulari receptum est, & perpetuo, servum ejus, qui est apud hostes usucapere posse etiam ignorante domino, *l. si is, qui pro empt. hoc tit. l. peregre, §. quæsitum, de acq. poss.* Et ideo dominus reversus postlim. ab hostibus rem, quam interim servus nactus est ex causa peculiari, & usucepit, per servum usucepisse intelligitur, & adversus usucapionem in personam ejus, qui rediit postliminio, si quamdiu fuit apud hostes, nullus ei in civitate defensor extiterit, nam hoc semper exigitur, præsentibus dari potest restitutio in integrum, *d.l.23. §. hi plane.* Et ita omnino lex illa 8. est accommodanda ad edictum, *ex quib. caus. maj.*

Ad L.II. Quod fals. tut. auct. *Si id* (inquit) *actor ignoraverit. Labeo: & si dictum sit, & bona fide non crediderit.*

PAulus tractavit jam supra de restitut. in integ. quæ datur majoribus 25. annis ex edicto *de alien. jud. mut. cau.*

Digitized by Google

cau. f. & de ea, quæ iisdem datur ex generali edicto, *quib. ex caus. majores*. Nunc tractatutus est de ea, quæ iisdem etiam datur ex edicto, *quod fals.tut.auct. gestum esse dicitur*. Ex hoc edicto restituuntur in integrum majores 25. annis, qui contraxerunt, vel qui judicio experti sunt cum pupillo falso tutore auctore, quod judicium, gestumve non valet, quia abest veri, & legitimi tutoris auctoritas (vid. si ignorarint eum esse falsum tutorem, crediderint esse verum) & ob eam rem in captionem inciderint, quæ non potest non esse magna, cum nec contractus valeat, nec judicium, quo actum est cum pupillo falso tutore auctore. Restituuntur autem in integrum data actione in factum, quanti eorum interest adversus falsum tutorem, qui dolo malo pupillo contrahente, aut litigante (quod genus est quasi contractus) auctoritatem suam accommodavit quasi tutor, & adversus eum quoque eodem exemplo, cujus dolo malo factum est, ut alius imprudens, & ignorans quasi tutor auctor pupillo fieret, ut *l.9. in princip. quod fals. tut. auct.* Non datur actio in pupillum, cui falsus tutor auctor fuit gerendi aliquid, quod tamen miror Accursium in hoc tit. sæpissime affirmare: sed datur hæc actio restitutoria in factum adversus falsum tutorem, ut aperte expressum est in *l.7. hoc tit.* Nec turbat lex 10. hoc tit. quæ ait, majorem 25. annis, qui egit cum pupillo falso tut. auctore, atque ita nihil egit, quia judicium irritum est, & interim tempore amisit actionem suam, vel usucapione dominium rei suæ, de qua litem instituerat adversus pupillum falso tutore auctore, eum, inquam, omnia incommoda sustinere, perinde ac si illo tempore vero tutore auctore egisset, id est, amittere dominium rei suæ, amittere actionem. Sane ita est. Sed supplendum est ad illam l. & ideo, quia ea incommoda sustinet, in falsum tutorem ei dari actionem restitutoriam ex hoc edicto, ut scilicet ei restituatur actio, aut res amissa, vel quanti ea res est. Prætor exigit in hoc edicto, ut qui hac actione agit, ignorarit falsum tutorem fuisse. Nam scienti non infertur dolus, sed sciens ipse sibi infert dolum, id est, seipsum decipit, ut ait *l.1.§.ult. hoc tit.* Et ideo restitutioni locus non est, sicut nec eum quis sibi ipse metum infert, *l.21. in princip. quod metus causa*. Et ad hæc addit Paulus in *l.2.* ex Labeone, ignorantis loco esse eum, cui dictum est falsum tutorem esse, qui contrahenti pupillo auctoritatem præstabat, si id dicenti fidem non adhibuerit: si, inquit, bona fide non crediderit. Quid audio? quidve lego? bonam fidem esse non habere alteri fidem: bonam fidem esse non credere alteri verum denuntianti? Sane ita est, nempe quia dolo caret qui non credit denuntianti, falsum tutorem esse, & qui non ideo minus illo tutore auctore rem cum pupillo gerit. Incredulitas illa caret dolo. Ergo bona fides est. Exclusio unius contrarii est positio alterius. Bona fides est contraria dolo, *l.3. in fin. pro socio*. Porro ex hoc edicto restitutio in integrum, sive quod idem est, restitutoria actio in factum datur majoribus 25. annis, ut initio dixi, qui per ignorantiam in captionem inducti sunt: non is, qui sciverunt falsum tutorem esse, quo auctore cum pupillo contrahebant, aut judicium exercebant. Majoribus, inquam, nam minores 25. annis, etiam si sciverint falsum tutorem esse, in integrum restituuntur, *l.4. hoc tit.* non ex hoc edicto, ut ibi Accursius comminiscitur, sed ex generali edicto, quod est de minoribus 25. ann. argumento *l. quidam, de dolo malo*, quæ ostendit, minores circumscriptos non restitui ex edicto de dolo malo, ut majores, sed ex proprio, & generali edicto, quod est de minoribus 25. annis. Et hic eadem intervenit ratio. Minores dico 25. annis, majores vero 12. scilicet fœminas, aut 14. mares. Nam pupillus nihil scire intelligitur, *l.ult. rem pup. salv. fore. l.ult.de jur.& fact.ignor. l.90. in fin.de furt.* Et ideo pupillus non indiget restitutione in integrum, qui sine tutoris auctoritate contraxit cum alio pupillo, falso tutore auctore, quem sciebat esse falsum, quia ipse contractus ipso jure nullus est, quem sine tutoris sui auctoritate habuit cum alio pupillo falso tutore auctore, quem sciebat esse falsum, *l.3.hoc tit.* Pupilli scientia computanda non est, ut Paulus ait initio *legis 6. hujus tit.* Quid autem dicemus, si pupillus contraxerit cum alio pupillo, falso tutore auctore, quem verus tutor, quo auctore cum alio pupillo contraxit, sciebat esse falsum? Et Paulus ait *d.l.6.* tutoris scientiam computandam esse. Igitur scientiam tutoris pupillo nocere: maxime, ut subjicit Paulus, si pupillo cautum sit idonea satisdatione rem pup.salv. fore, qua à tutore, vel fidejussoribus ejus, quanti sua interest ob eam rem, servare possit. Sed mox addit, *melius esse, etiamsi pupillo cautum sit recte, & idonee, qui sciente tutore suo contraxit cum alio pupillo, falso tutore auctore*: melius, inquam, esse pupillo rem suam, vel actionem tempore amissam restituere data actione in factum restitutoria ex hoc edicto adversus falsum tutorem, quam cautionis incertum eventum, aut satisdationis incertæ eventum expectare, & ut loquitur *l.qui ita, §. 1. ad Trebell.* cautionis fragilitatem expectare. Quia, ut est in reg. jur. *Minus est actionem habere in personam scilicet, quam in rem.* Et retro; *melius est habere rem, quam actionem in personam.* Quod & generaliter Julianus definit, teste Paulo, esse sequendum ubicumque circumscriptus pupillus esse dicitur, ut scilicet in rem restituatur potius, quam in personam. Bivium aut duplex via juris pupillo patet, puta ut vel in suum tutorem, qui sciebat tutorem ejus, cum quo contrahebat, esse falsum: aut in fidejussores tutoris sui, agat ex stipulatu, ex satisdatione rem pupilli salvam fore, vel ut agat in falsum tutorem actione in factum restitutoria ex hoc edicto: hoc bivium pupillo circumscripto patet, ut *l.intra §.vendentibus, l.Imperatores, de minor. l.3. & l.ult. C.si tutor. vel curat.* Sed melius fecerit pupillus, tutorve, aut curator ejus, si hujus edicti restitutorii auxilium elegerit, omissa actione ex cautione rem pup. salv. fore, propter cautionis hujus, & cujuscumque fragilitatem, & incertum eventum, quia sæpe evenit, ut qui actionem in personam eligit, rem perdat. Sæpe evenit scilicet, ut quæ ab initio fuit idonea cautio, postea fiat minus idonea everso promissore suis facultatibus, & fidejussoribus ejus. Ubi autem pupillo cautum non est, vel quia omnino cautum non est, vel quia fidejussores rem pup.salv. fore lapsi sunt facultatibus, vel quia ab initio vitiose cautum est, tunc pupillo auxilium hujus edicti maxime necessarium est, quia inanis est actio in personam, aut nulla. Et hoc loco proxime hanc l.6. ut opinor, addidit Paulus, quod est in eod. lib. in *l.6. qui satisd. cog.* cautum non videri, pupillo scil. quotiens vitiose cautum est, puta stipulatione non rite concepta, vel muliere adhibita ad fidejubendum. Proprie igitur ea *l.6.* pertinet ad cautionem rem pupilli salvam fore, sed accommodari etiam potest ad cautionem judicio sisti, de qua in illo titulo, & ad cautionem judicatum solvi, & ad quamcumque aliam cautionem; ut quotiens, ut Græci illo loco interpretantur, *ἐπιλήψιμον*, hoc est reprehensibilis, sive vitiosa cautio, nec data videatur.

Ad L.VIII. Quod fals.tut. auct. *Et ideo si nihil, aut non totum servatum sit: in reliquos non denegandam in id, quod deest, Sabinus scribit.*

De hac actione restitutoria postremo tradidit Paulus, quod est in *l.8. hoc tit.* Si plures erant falsi tutores, qui auctores fuerint pupillo contrahenti, vel judicium accipienti, aut dictanti, ignorante eo, qui cum pupillo rem gerebat, falsos eos tutores esse, quod semper exigitur, & unus ex eis falsis tutoribus conventus hac actione, actori id quod interest præstiterit, quia desiit actoris interesse, & hæc actio persequitur tantum id, quod interest, non pœnam, *l.7. §. quod ait, hoc tit.* adversus cæteros falsos tutores hæc actio perimitur, aut in id tantum datur, quod minus ab illo, qui conventus est solus, exactum est. Si nihil exactum sit, cæteri non liberantur; si pars exacta sit, in residuum tantum cæteri tenentur hac actione. Si totum exactum sit, cæteri prorsus liberantur, quia hæc actio rem persequitur, non pœnam. Quod eadem ratione servatur etiam in actione restitutoria ex edicto, quod metus causa, si plores metum intulerint, *l.14. §. ult. & l.15. quod met. causa*: & ex edicto de dolo malo, si plures dolo fecerint, *l.si plures, de dolo*. Et nihil habemus præterea ex Paulo de actione restitutoria ex hoc edicto, *quod fals.tut. auct.*

Ad

Ad L.VIII. de Rei vind. *Pomponius lib. trigesimo sexto probat: si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu, & Lucius Titius possideatis: non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed à Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio & à te, & à Titio partes fundi petere me debere: Quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: & ideo te quoque à Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possideri potest.*

RESTAT tantum adhuc ex hoc lib. *l.8. de rei vind.* quæ pertinere videtur ad restitutionem in integrum, quæ datur ex edicto de *alien. jud. mut. caus.* adversus eum, qui rem, quam possidebat, dolo malo alienavit jud. mutandi causa, nisi ultro paratus sit pati actionem in rem, perinde ac si rem possideret, & sufferre litis æstimationem, *l.3. §. ult. de alien. jud.* quam actionem in rem, quatenus pati debeant Lucius, & Cajus, qui fundum ex æquis partibus mihi cum Cajo communem possident, dolove malo possidere desierunt, hæc *l.8.* declarat. Finge: L. Titius eum fundum possidet pro semisse, aut possidere intelligitur, quia dolo desiit possidere, Cajus, cum quo illum communem fundum habeo, non L. Titius, eum fundum possidet pro altero semisse. Quæritur, quatenus cum L. Titio in rem actione agere debeam, quatenusve L. Titius pati debeat actionem in rem evitandæ actionis in factum causa ex edicto de alie. jud. & quatenus Cajus? Et ex Pomponio ita Paulus distinguit in *d. l.8.* aut pro indiviso L. & Cajus eum fundum possident, qui mihi est communis cum Cajo, aut pro diviso. Si pro indiviso, videntur quidem stricto jure singuli me agente pati debere quadrantis vindicationem, ut duos quadrantes feram, id est, semissem. Cajum autem, cum quo communem fundum habeo, mox alterum quadrantem à L. Titio petere posse, ut & ipse Cajus habeat integrum alterum semissem, *l.1. §. si ego, si pars hered. pet.* Et ita ratio se habet stricto jure. Sed Pegasi sententia utilior est, quæ proponitur in *d. §. si ego*, ut scilicet ego nihil à Cajo petam, cum quo communem fundum habeo, sed ut à L. Titio potius integram partem petam, id est, integram dimidiam, quam is possidet. Et hoc si Lucius, & Cajus fundum possideant pro indiviso. Sed si pro diviso eum fundum possideant, nempe divisum certis regionibus, si Cajus unam certam regionem possideat, Titius alteram; tunc ab utrisque quadrantem petere debeo, aut utrique quadrantis petitionem pati debent, quia utriusque partis, utriusque regionis semis meus est. Cajo autem socio meo agente L. Titius pati debet residuæ partis vindicationem. Atque ita fit, ut ego à Titio feram dimidiam, socius meus ab eodem alteram dimidiam. Et additur in fine legis 8. superiori distinctioni Pomponii, utrum possideant pro indiviso, an pro diviso, locum quidem esse in fundo, sed non in re mobili, quia res mobilis, qua appellatione continentur animalia, quæ se ipsa movent: res, inquam, mobilis, vel se movens, non potest pro diviso possideri: Ergo in ea superior distinctio locum non habet: qui rem mobilem, vel se moventem dividit, perdit: navem dividere, inquit Cascellius Jurisconsultus apud Macrob. est perdere. Sic respondit ei, qui petebat navem dividi inter se, & alium: *si diviseris*, inquit, *perdes*. Et similiter dividere animal est perdere. Nec quicquam valet argumentum, quod objicit Accursius in d. l.8. de arbore, quæ coaluit, quæ radices egit in confinio duorum agrorum, vel de tigno, quo binæ ædes contextæ sunt, ex *l. arbor, D. communi divid. l. binas, de servit. urb. præd.* Quia ea arbor, idve tignum, quatenus cohæret rebus immobilibus, proculdubio res immobilis esse dicitur, *l. fundus 17. de act. empt.* Et ideo pro indiviso possideri intelligitur, id est, pro regione, sive pro modo regionis cujusque prædii. Non habet etiam superior distinctio Pomponii locum (ut idem Paulus scribit) in petit. hered. quia hereditas pro diviso possideri non potest, sed possidetur à duobus, vel pluribus pro indiviso tantum, pro diviso nunquam, quia hereditas non est corpus, aut res hereditaria. Nobis hereditas est jus successionis, non corpus, non corpora hereditaria, non pecunia hereditaria: hereditas est jus, quod intellectu percipitur, non sensu. Corpus sensibus percipitur, puta visu, & tactu. Partes autem pro diviso sunt corporales: partes pro indiviso sunt incorporales, quæ solo intellectu percipiuntur, & abstrahuntur, sunt intellectuales. In has, quæ sunt intellectuales, & incorporales. jus, quodve juris est, quod in jure consistit, quod juris tantum intellectum habet, dividi potest: intellectu scilicet, non in illas partes, quæ corporales sunt: intellectus scilicet non potest dividi in partes corporeas.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XII. de Constitut. pec. *Sed etsi decem debeantur, & decem, & Stichum constituat: potest dici, decem tantummodo nomine teneri.*

Ad L.IV. de Recept. qui arbit. recep. *Nam Magistratus superiore, aut pari imperio nullo modo possunt cogi, nec interest ante, an ipso magistratu arbitrium susceperint. Inferiores possunt cogi.*

HOC Libro Paulus duo edicta interpretatus est, quorum unum est *de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.* Alterum est, *naut. caup. stab. ut recepta restituant.* Utrumque de receptis, sed non in utroque tamen recepti, vel receptorum eadem significatio est. Et ad posterius quidem edictum pertinent ex hoc libro duæ leges, *l.4. naut. caup.* & *l.42. loc.* cæteræ omnes pertinent ad prius edictum, excepta *l.12. de constit. pec.* quæ etiam falso huic lib. 13. adscribitur, & omnino reddenda est lib. 3. & conjungenda cum initio *l.17. de pact.* Ubi Paulus eodem lib. 3. si tibi dederim mutua 10. & paciscar, ut mihi 20. debeas, docuit, non nasci obligationem ultra 10. quod re non contrahitur obligatio, nisi quatenus datum sit. Et mox eodem modo adjecit, quod est in *l.12. de constit. pecun.* si quis cum deberet decē tantum, constituerit se soluturum decem, & Stichum, ex constituto ultra 10. obligationem non nasci, quia Stichus non fuit in obligatione. Et id solum recte constituimus nos soluturos, quod fuit in obligatione, non quod indebitum fuit. Debiti causam constitutum præcedere semper oportet. Ex edicto autem prætoris, quod prius Paulus exposuit in hoc lib. 13. ii, qui certa pecunia pœnæ nomine compromissa inter litigatores, si quis eorum sententiæ non staret: ii, inquam, qui auditurium receperunt, ut loquitur *l.41. de recept.* id est, qui disceptandæ rei, de qua inter eos controversia erat, arbitrium receperunt, qui & inde recepti dicuntur, & ex compromisso litigatorum, quod vicissim alter alteri facit, etiam dicuntur judices compromissarii, ii, inquam, ex hoc edicto coguntur officium implere, quod in se receperunt, id est, sententiam dicere. Coguntur, inquam, prætoris imperio, viribus imperii, veluti dictione mulctæ, vel retentione corporis, vel capione pignorum, ut *l.9. §. ult. ad leg. Jul. pecul.* id est, capione census mobilis, quem & mox perdere, concidere, vel conscindere solebant. Pignora capta in causam judicati distrahebantur, ut ex pretio satisfieret ei, secundum quem sententia dicta esset, *l. à divo Pio, de re judic. l.1.2.3. C. si in causam judicati pignus captum sit.* Pignora autem capta vindicandi contempti magistratus gratia, cujus imperio quis non obtemperat, confringebantur, conscindebantur, vel scindebantur, ut M. Tullius 3. de orat. sub principium. *An tu*, inquit, *qui omnem auctoritatem universi ordinis pro pignore putares, eamque in conspectu populi Rom. conscinderes, me iis pignoribus existimasti posse terreri?* Et Tibullus: *Quid faciam demens, eheu, mea pignora cedo.* Cogere autem prætor ad sen-

sententiam dicendam potest arbitrum, qui arbitrium recepit, quasi ex recepto obligatum. *Idemque* de hujus generis recepto dici potest, quod de mandato recepto gerendi alieni negotii, vel exercendæ litis alienæ, nimirum voluntatis esse hoc, vel illud officium in se recipere, necessitatis consummare, *l. in commodato, §. sicut, commod.* Quod etiam de arbitrio, vel arbiterio, ut loqui solent, recepto Ulpianus ait in *l.3. §.1. hoc tit.* videlicet ab initio liberum, & extra necessitatem jurisdictionis positum esse arbitrium recipere, id est, non imponi cuiquam à prætore necessitatem recipiendi arbitrii. Quare maxime distat arbitrium à judicio ordinario, quia invitum prætor judicare jubet, quem sors judicem fecerit, *l. ult. §. judicandi, de mun. & honor. l. pen. de vacat. mun.* At invitum arbitrium recipere prætor neque jubet, neque cogit. Sed si quis sponte sua arbitrium receperit ex consensu, & compromisso litigantium, eum sane officio, quod ultro recepit, perfungi, & judicare, vel sententiam dicere cogit. Recipere arbitrium, vel mandatum, est promittere, non ut solet, adhibita stipulatione, sed nudo sermone. Cajus in *l. si quis alicujus, §. qui suscepit, mand. qui*, inquit, *suscepit mandatum, deserere promissum officium non debet*. Idem dici potest de eo, qui suscepit arbitrium. Unde non is tantum obligatur, qui mandatum alterius recipit, verum etiam is, qui recepit arbitrium ex consensu litigatorum: sed ille mandatum explere cogitur per actionem, & formulam certam, id est, per actionem mandati. Hic vero, qui recepit arbitrium, non per formulam, sed extra ordinem à prætore compellitur sententiam dicere, & quidem eo non spectato, cujus dignitatis sit, si modo pari, aut majore, quam prætor imperio præditus non sit, Sane consularis, id est, qui desiit esse consul, arbitrium recipere, & si receperit, sententiam dicere compelli potest, quamvis summa sit ejus dignitas. Nam & post finitum consulatum dignitas durat. Non tantum consulatus, sed & consularia dignitas est. Magistratus etiam quicumque arbitrium recipere potest, sed non potest à prætore cogi sententiam dicere, nisi qui minor sive inferior magistratus est, veluti ædilis curulis, aut quæstor. Potest, inquam, quicumque magistratus ex compromisso partium, arbitrium recipere cujuscumque rei, præterquam ejus, de qua judex est, *l.9. §.pen. hoc tit.* Ejus enim rei, de qua judex est, arbitrium recipere non potest: sicut nec judex quisquam specialis, id est, judicis partes deponere, & arbitri suscipere non potest, quia judicis munus publicum est, quod nemo subterfugere, aut sibi injunctum permutare, aut interpolare potest. Lege etiam Julia judiciaria (ut ait *d. l. 9. §. pen.* & simul de alio capite l. Juliæ in *l. cum lege, hoc tit.* fit mentio) hac, inquam, lege prohibetur judex ea de re, cujus est judex, in se compromitti jubere: quia in ejus potestate non est, ut munus sibi injunctum defugiat, vel deponat. Potest quidem, si spes, aut facultas videatur esse componendi negotii, officio judicis paulisper dilato, communis amici, & quasi pacificatoris partes suscipere, aut suadere litigatoribus, ut inter se de negotio omni transigant, quæ tamen suasio judicis judicati auctoritatem non habet, ut eleganter ait *l. 7. C. de sent. & interlocut.* quia non ut judex, vel arbiter compromissarius id suadet, sed ut communis amicus, ut interpres, & sequester pacis, ut arbiter honorarius. Cæterum ex judicio facere arbitrium non potest, adhibito compromisso partium, quia partes sibi injunctas commutaret, quod non potest. At si, cujus rei magistratus judex non erat, ejus arbitrium receperit, vel in ipso magistratu, vel antequam iniret magistratum, neque enim delato magistratu, & initio desiit esse arbiter, eum prætor, si prætore inferior fuerit, puta ædilis, aut quæstor compellere potest ad sententiam dicendam; non autem si major, aut par fuerit imperio. Quod Paulus hoc libro primum exposuit in *l.4. hoc tit.* non posse cogi, quod imperii verbum est, cujus majus, aut par imperium est, quia nec in majorem, nec in parem imperium habet: minor in majorem, vel par in parem imperium non habet. Ergo cum cogere non potest, *l.3. §.ult. hoc tit. l.13. §.pen. ad Senatusc. Treb.* Consularem quidem cogere potest, quia jam nullum habet imperium: desiit enim esse consul, sed dignitatem quandam retinet. At consulem cogere prætor non potest, consul enim est major magistratus, & qui majorem magistratum dicit, consulem dicit, auctore Festo, quanquam & prætor consulis collega diceretur. Plinius in laudatione Trajani Imperatoria: *Consul*, inquit, *pleraque ad prætores remittebat, atque ita, ut collegas vocaret*. Vel igitur prætor non habet imperium in consulem, quia ejus est majus imperium, vel quia consulis est collega, & collega etiam in collegam non habet imperium. M. Tullius 9. ad Atticum epist. 9. *Consules, aut Prætores à prætoribus rogari non esse jus, quod majus imperium à minore rogari non sit jus: prætores autem cum ita rogentur, ut collegæ consulum sunt, quorum*, inquit, *est majus imperium*. Unde apud Gell. 13. cap. 14. ita verba Tuditani restituenda sunt: *quia imperium minus prætor, majus habet consul, & à minore imperio majus, aut à majore collega rogari jure non potest*. Prætor autem quamvis minus imperium habeat, consulis collega dicebatur, vel quod absentibus consulibus consulare munus in urbe obiret: Mar. Tull. 10. epist. ad famil. *prætorem urbanum absentibus consulibus more majorum consulare munus sustinere*, & Plinius 14. *Consules*, inquit, *aut si abierint, prætor urbanus supplicationes constituat*. Et Titus Livius, lib.24. *Consulibus ab bellum profectis prætorem urbi præesse: vel etiam prætorem dici consulis collegam, quod non sit absurdum, ut in eadem jurisdictione, alter altero majus imperium habeat*. Quod maxime notandum, & probatur perspicue *l. judicium, inf. de judic.* Exempli gratia, proconsul legato suo profecto majus imperium habet, & eadem tamen jurisdictio est, quam hic, & ille habet. Deinde proconsul in eadem jurisdictione legato suo majus imperium habet. Quod dixi paulo ante, absentibus consulibus prætorem obiisse consulum munus, id ostendet etiam *l. 2. §. cumque Consules, de orig. jur.*

Ad Leg. VIII. de Recept. *Sed si ita compromissum sit, ut vel alterutrius sententia valeat, Titium cogendum.*

NUnc iis addamus tantum, quod est in *l. 8. hoc tit.* ex eodem Paulo. *In servi hominis arbitrium litigatores compromittere non possunt*, quia indignum est (hanc esse rationem opinor) liberis hominibus à servo imperari, servum hominem liberum jubere, aut vetare quicquam facere, aut non facere. Nam hæc verba *veto*, & *jubeo*, ut pleræque leges hoc titulo ostendunt, sunt verba arbitrorum, qui ex compromisso adeuntur. Ideoque si in Titium liberum hominem, & servum, compromissum sit, Titius non cogitur sententiam dicere, quia cum eo conjunctim recepit arbitrium, qui arbiter esse non potest. Ergo & propter eum, nec ipse potest esse arbiter, sed ut ait *l.8.* si ita sit compromissum in liberum hominem, & servum, ut vel alterutrius sententia valeat, hoc est, non conjunctim, sed disjunctim, sive alternatim, tum liber homo cogitur sententiam dicere non adhibito servo.

Ad L. X. eod. *Vel alium arbitrum.*

ADdamus etiam alium casum ex *l. 10. hoc tit.* quo arbiter non cogitur sententiam dicere, si litigatores spreta auctoritate ejus arbitri, in quem semel consenserant, ad alium arbitrum ierint, mox ad priorem redierint, quia æquum non est, ut prior arbiter rem inter eos disceptare cogatur, qui ei contumeliam hanc fecerint, ut ait *l.10.* ut eum spernerent, & ad alium irent. Unde colligere est, litigantes posse mutata sententia ab eo discedere, in quem consenserunt semel, posse omnes scil. uno consensu. Cæterum si unus tantum ejuret arbitrum, incidet in pœnam compromissi.

Ad L. XII. eod. *Quo casu ad prætorem pertinebit in eo forsitan solo, ut si possit dies compromissi proferri, proferatur.*

EX l. 12. intelligimus, non cogi etiam arbitrum sententiam dicere, nisi ex utraque parte pœna compromissa sit, si qua pars ejus sententiæ non staret. *In vanum*, inquit Manilius, *labor is cedit, quem despicis auris*. In vanum

æque

æque cederet labor arbitri, quem partes, quæ eum adierunt, impune despicere possint. Hæc est ratio, propter quam non cogitur arbiter sententiam dicere, qui sine compromisso sumptus est, quia inefficax ejus sententia est. Nemo cogitur id facere, cujus effectus nullus futurus est. Et eadem ratione compromissum à condictione vacuum esse oportet, purum esse oportet: Nam si sub conditione compromissa sit utrinque pœna, si quis arbitri sententiæ non steterit, antequam conditio extiterit, arbiter non cogitur sententiam dicere, ne si ante dixerit, ea constituatur irrita, & inefficax, postea deficiente conditione compromissi, *l.11. §.ult. sup. hoc tit.* Et addit Paulus in l.12. hoc casu, cum compromissum sub conditione confectum est, ad prætoris officium hoc tantum pertinere, ut si dies compromissi proferri possit, proferatur, id est, ut cogat arbitrum diem compromissi proferre, non etiam, ut cogat sententiam dicere, antequam conditio compromissi extiterit. Dies autem compromissi proferri potest, si inter partes pœna compromissa hoc actum sit, ut arbiter, quem susceperunt, sententiam diceret intra menses tres, verbi gratia. Potest sine die compromissum fieri, *l.14. hoc tit.* sed plerumque dies ei opponitur, puta, ut arbiter litem finiat intra diem certum, intra menses tres. De eo autem die proferendo nonnunquam ita cavetur, ut si intra illum diem, intra tres menses arbiter sententiam dicere non possit, diem compromissi proferri jubeat in alios tres menses, verbi gratia, vel duos. Non potest sola conventio litigatorum diem compromissi proferre sine jussu arbitri, sed neque solus arbiter sine conventione litigatorum, id est, nisi id litigatores ei nominatim permiserint, ut in *l.32. §. dies, & §. ult. l.33. l.50. inf. hoc tit.* Prætor autem in specie proposita, si compromissa sit pœna sub conditione, si navis ex Asia venerit, tot millia dari, ni quis sententiæ arbitri steterit pendente conditione, tametsi non possit arbitrum cogere, ut sententiam dicat, tamen cogere eum potest, ut diem compromissi produeat, si proferri possit, & quando possit, jam dixi. *Cogere*, inquam. Quod verbum est frequens in hoc titulo, & multo majoris momenti, quam verbum jubere. Non ergo jubere tantum, sed etiam cogere, pignoribus captis, ut ante dixi, vel indicta multa, vel in corpus arbitri injecta manu. Jubere quodammodo est precarium verbum, vel optativum. Ut cum dicemus *jubeo te salvere*, & in *l. Aurelius, §. pen. de liberat. leg. Reddi jubeo*, fideicommissum est, non legatum. *Cogere*, semper est imperii verbum, *l.3. §. ult. & l.4. sup. hoc tit. l. à quo servus, de rei vind.* Et in Comœdia, *Jubeo, imo cogo, & impero.* Ideoque prætor, qui in judicem compromissarium imperium non habet, cogere eum, vel urgere ad sententiam non potest.

Ad L.XVI. eod. *Et si qua alia incommoditas ei post arbitrium susceptum incidat. Sed in causa valetudinis, similibusve, causa cognita differre cogitur.*

Ad §. Arbiter judicii *sui nomine, quod publicum, aut privatum habet, excusatus esse debet à compromisso, utique si dies compromissi proferri non potest. Quod si potest: quare non cogat eum, cum potest proferre? quod sine ulla districtione ipsius interdum futurum est. Si tamen uterque velit, eum sententiam dicere: an quamvis cautum non sit de die proferenda, non alias impetret, quia judicium habeat, ne cogatur, quam si consentiat, denuo in se compromitti? hæc scilicet si dies exitura est.*

Repetendum est ex *l. prox. sup.* in hoc edicto districte quidem, & abscise prætorem edicere, se eum, qui arbitrium receperit, sententiam dicere coacturum, non addere, se causa cognita coacturum, sed ut in edicto de in jus vocando, *l. 11. eod. tit. de in jus voc.* & in edicto de procur. *l.8. §. ult. de proc.* tamen causa cognita res temperanda est, recepta arbitri excusatione. Nam & judicis dati, quo minus judicio operam det, excusatio recipitur, ut si valetudo, quæ postea contigerit, vel sacerdotium, quod postea nactus est, ut cogatur semper interesse sacris, id ei munus remittet, *l. pen. de vacat. mun.* Et similiter arbitrio ex justa causa remittitur necessitas causæ disceptandæ, & sententiæ

A dicendæ, ut si infamatus sit à litigatoribus, si contumelia quadam affectus sit ab eisdem, ut in *l.11. in princ. hoc tit.* vel si inimicitiæ capitales inter eum & litigatores, vel alterum ex litigatoribus intercesserint, vel si senium ætatis, vel valetudinem alleget, quæ post susceptum arbitrium supervenerint, vel si majore re sua distringatur, si necesse habeat longinquo proficisci rei suæ causa, adeundæ hereditatis causa, vel si munus aliquod reipub. peregre obiturus sit, veluti Sitonæ munus, id est, frumenti populo coemendi munus, vel ut Paulus addit in hac l.16. si qua alia incommoditas ei incidat post arbitrium susceptum, ut si lingua ei abscissa sit. Verum ex iis causis omnibus excusationum, quædam in perpetuum excusant, ut inimicitiæ capitales, aut senium ætatis. Quædam ad tempus tantum, ut morbus temporarius, tertiana febris, quoniam, ex hac causa differ-
B re, non deserere susceptum officium arbiter debet: ex superioribus deserit, ex his differt tantum. Et differre Paulus ait, quod 12. tab. diffindere, quum jubent judicii diem diffindi: ex eadem causa, si judex in morbum inciderit, non solvi judicium, sed diffindi, *l. quæsitum, de re judic. l.2. §. si quis jud. si quis cautionib. l. judex, de judic.* Item, si arbiter majore re sua distringatur, veluti judicio publico, aut privato, in quo versetur periculum totius rei suæ familiaris, sane excusandus est, vel dum eo se negotio expediverit, vid. si compromissi dies proferri non possit, id est, si non cautum sit de die proferendo. Excepto uno casu, si, ut ait in fine hujus legis, cum dies exitura esset, id est, dies compromissi, sicut in *l.13. §. ult. hoc tit.* Si cum dies igitur compromissi exitura esset, id est, si cum finiretur, ut ait *l.21. §. Papinian. hoc tit.* cum instaret finis ejus, cum ex tribus men-
C sibus, verbi gratia, qui arbitro præstituti erant ad pronuntiandum, superessent tantum duo, vel tres dies, & forte ipse in mora fuisset, quo minus intra diem compromissi, intra tres menses causa finiretur, & nunc pene in ipso extremo hujus temporis litigatores velint die prolato in eum denuo compromittere: hoc casu non excusatur arbiter, eo quod judicium habeat aliquod publicum, vel privatum, nisi denuo patiatur in se compromitti, & secundum arbitrium recipiat. Et hoc si dies compromissi non potuit proferri. Quod si dies compromissi proferri potuit, prætor eum compellit, & cogit diem proferre, quia, inquit, Paulus, *sine ulla districtione ipsius, interdum futurum est*, nempe die prolato: non ideo avocabitur à judicio publico, vel privato, quo distinetur. *Interdum* hoc loco, pro *interim*. Nihil est verius, sicut ex diverso, *interim*, pro *interdum l.3. mand.*
D *l. pen. §. ult. de cond. & demonst.* Et apud Quintil. & apud Senecam passim, qui promiscue utuntur his articulis interdum, & interim. Sensus autem hic est: Ob diem compromissi prolatum interim, dum is dies pendet, & largitur arbitro spatium exequendi sui judicii privati, vel publici, ea re nullo modo distringi eum. Quod dicit eadem forma, qua Florus initio lib. 4. *distringere urbem incendiis*: quum qui scalis admotis ascensuri sunt muros, curant prius urbem distringi incendiis, ut dum ejusdem restringendis incendiis dant operam, ipsi facilius murum expugnent. Et Livius 44. similiter, *populatione distringere copias regales*. Et ita hæc l.16. explicanda est. Ex qua etiam notanda differentia est inter *differre disceptationem, sive arbitrium, & diem compromissi proferre*. Qui diem compromissi profert, etiam differt disceptationem: sed non contra, & qui differt di-
E sceptationem, diem compromissi profert. Nam etsi de die proferendo nihil cautum sit, ex causa differri causæ disceptatio potest: intra tamen compromissi diem, si dies compromisso adjecta fuerit, ut puta, si arbiter morbo sontico impediatur, quod ostendit initio hujus legis, & ut in *l.13. §. ult. sup.* si arbiter juret sibi de causa nondum liquere, ut in *l. Pomponius, de re judic.* Unde nascitur, quæ dicitur ampliatio, id est, dilatio negotii, quod præter Asconium Pædianum Carisius Sosipater explicat in hunc modum. *Judices*, inquit, *quotiescumque significant adhuc se audire velle, amplius dicebant, vel non liquere pronuntiabant, vel jurabant, & ita negotium differebatur.* Unde hodie, ampliare judicium, differre. Quamobrem apud Zonaram quum scribit de reatu M. Manlii Capitolini tom. 2. ὑπερτίθεσθαι

τὸν ψῆφον est *differre, ampliare*, in 12.tab. *diffindere*.

Ad L.XIX. eod. *Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad prætorem non pertinere, Labeo ait: dummodo dicat, quod ipsi videtur. Et ideo si sic fuit in arbitrum compromissum, ut certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium, nec cogendum sententiam dicere Julianus scribit libro quarto Digestorum.*

Ad §.Dicere autem *sententiam existimamus eum, qui ea mente quid pronuntiat, ut secundum id discedere eos à tota controversia velit. Sed si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia: sed adhuc erit à prætore cogendus.*

Ad §.Unde videndum erit, *an mutare sententiam possit. Et alias quidem est agitatum, si arbiter jussit dari, mox vetuit, utrum eo, quod jussit, an eo, quod vetuit, stari debeat. Et Sabinus quidem putavit posse. Cassius sententiam magistri sui bene excusat: & ait, Sabinum non de ea sensisse sententia, quæ arbitrium finiat, sed de præparatione causæ: ut puta si jussit litigatores Calendis adesse; mox Idibus jubeat: nam mutare eum diem posse. Cæterum si condemnavit, vel absolvit, dum arbiter esse desierit, mutare se sententiam non posse.*

SEquitur, ad prætorem non pertinere, id est, prætori non esse curæ, aut officio prætoris non incumbere, qualem arbiter sententiam dicat: prætorem, ut Basilica habent, non παλυπραγμονεῖν sententiam arbitri: quem locum Basilicon Zonaras citat in *can.123.* Concilii Carthaginensis, quod est de arbitris compromissariis. Satis igitur esse si arbiter dicat, quod sui judicii est in ea re, quod ipsi videtur, τὸ δόκιμον. Et hoc distat maxime arbiter à judice, quem prætor sortito dat, vel ex consensu litigatorum. Huic enim præscribit certam formulam judicandi, quam sequatur in judicando, *l.mortuo, de jud.* vel si forte inter litigatores convenerit, quid pronuntietur, non abs re est, judicem ejusmodi sententiam proferre, de qua convenit inter litigatores, *l.26. de re judi.* Arbitro autem nulla præscribitur formula. Imo si convenit inter litigatores de sententia certa, quam dicat, jam non est arbiter, cui non permittitur arbitrium. Quid enim est arbitrium? libera facultas dicendæ sententiæ, *l.item 17. §.inde Pomponius, hoc tit.* Et hoc quoque discrimen confirmat Seneca 3. de benefic. *meliorem*, inquit, *esse conditionem causæ bonæ, si ad judicem, quam ad arbitrum mittatur: quia*, inquit, *illum formula includit, & certos, quos non excedat terminos, ponit: at hujus libera nullis adstricta vinculis religio, & detrahere aliquid potest, & adjicere, & sententiam suam non prout lex, vel justitia suadet, sed prout humanitas, aut misericordia impellit, & regit.* Tunc autem, ut subjicit in hac l.19. videtur arbiter sententiam dicere, quum definit totam controversiam: plenam esse oportet arbitri sententiam, ut & judicis, *l.9. C.de jud. l.2.3. C.Theod. de sent. ex peric.* D.Augustinus contra Donatistas collat.3. *legibus judices prohiberi semiplenam proferre sententiam.* Et ideo, quod etiam in hac l. ostenditur, si plures sint controversiæ, de quibus simul ex compromissu captus sit arbiter, æque de omnibus simul pronuntiare debet: alioqui non videtur sententiam dixisse, & adhuc cogi ad sententiam potest: sententia semiplena non est sententia. Et postremo addit, arbitrum mutare sententiam suam non posse, quia scilicet finem imposuit controversiæ, vel controversiis, per absolutionem, vel condemnationem rei: non posse mutare sententiam definitivam, quia officio suo perfunctus est: non posse eam corrigere, ut *l.seq.* quod & de judice dicitur, *l.judex posteaquam, de re judic.* etiam si male judicaverit, quia desiit esse judex. Dices, *male judicavit*, dicam, *At judicavit.* Rursus dices, *non debuit ita judicare*, dicam, *at potuit.* Seneca sæpe in declamat. & controversiis: *Sæpe judex*, inquit, *quam tulit de reo tabellam, revocare non potest: quæsitor non mutat pronuntiationem suam.* Et Apulejus 1. Flor. *sententia semel lata, neque augeri littera una, neque minui potest.* Et hoc, ut dixi, si definitiva sententia fuerit. Sed si quid interloquendo, & præparando causam arbiter jusserit, aut vetuerit, sane id mutari potest, ut si jusserit (quo exemplo hic utitur) litigatores Calendis adesse, mox mutata opinione potest jubere Idibus adesse, non Calendis, quia hæc ejus interlocutio, jussum hoc ejus, sententia non est proprie. Et ita quoque prætor, aut judex quicumque, quod jussit, vetuitve, non quod finivit contrario imperio mutare potest, *l.14. de re judic. l.16. de novi op.nuntiat. l.pen. de præt.stip. l.1. §.ult. de quæstion.*

Ad L.XXII. eod. *Utique, nisi ejus interfuerit, tunc solvi.*

QUæstio legis vigesimæ secundæ repetenda est ex eo, quod proponitur in *l.superiore, §.ult.* Si arbiter pecuniam dari jusserit non adjecto die, quo daretur, quem tamen adjicere potuisset, *l.prox. § solutionis sup.* sicut & judex, *l.4. §.si quis, de re judic.* intelligitur sententiæ ejus, qua pecuniam dari jussit; *Jubere*, est verbum commune sententiæ, & interlocutionis: intelligitur, inquam, sententiæ ejus, vel ejus jussio tacite inesse modicum tempus, quo pecunia solveretur, quod Ulpianus in *l.sup. §.ult.* refert ex Celso, & Africanus ex Servio in *l.trajectitiæ, de oblig. & act.* Id scil. tempus inesse intelligitur, quod plerumque post condemnationem reis ex l.12.tab. indulgeri solet, quod est 30.dierum, & humanitatis gratia indulgeri debet ad conquirendam pecuniam, in *l.16. in fi. de compensat.* ac modicum etiam tempus appellatur in *l.si debitori, de judic.* quod tempus, ubi præterierit, statim ab eo, qui pecuniam jussus est dare, nec dedit, compromissi pœna actione ex stipulatu peti potest, quia non paruit arbitro: nisi antequam secum ageretur ex stipulatu, pecuniam dederit, solverit, vel obtulerit adversario, qui causam obtinuit apud arbitrum. Hoc enim casu, quamvis obtulerit eam, post illud modicum temporis spatium, pœna non intelligitur esse commissa, neque ab eo peti potest. Denique oblatio illo tempore facta, eum absolvit pœna compromissi, quia non ex solo die tacito, antequam cum eo ageretur, moram fecisse intelligitur, sed ex litis contestatione demum, ut *l.ult. inf. hoc tit.* Quam ibi rectissime Accursius interpretatur, & hoc omne ex Celso Ulpianus refert in *l.sup. §.ult.* & ex eodem Celso in *l.seq. 23.* ostendit hac in re distinctionem adhibendam esse. Distinctio est magni momenti: simul atque quæstio omnis, aut arbiter aliquem intra certum diem pecuniam dare jussit, aut dumtaxat dare jussit, non adjecta die, intra quam daret: si intra certum diem dare jussit, & is, quem jussit dare, in mora fuerit, quo minus daret, intra eam diem statim die præterita, & antequam cum eo agatur pœnæ nomine, pœna compromissi committitur, nec ab ea liberatur, si postea pecuniam offerat, nisi eam adversarius acceperit, quam accipiendo satis ei fit, aut satis esse factum sibi demonstrat. Sola oblatio non liberat debitorem intra diem certum, pœna jam commissa semel, *dict. l.trajectitiæ, l.si fundus, §.ult. de lege commiss.* Sed si dumtaxat arbiter dari jussit non adjecta die, qua daretur, & post illud modicum spatium, quod huic sententiæ, vel jusso tacite inesse intelligitur, pecuniam offerat is, qui jussus est eam dare, antequam cum eo pœnæ nomine ex stipulatu ageretur, à pœna liberatur, quia non intelligitur in mora solvendi fuisse ante litem cum eo contestatam ex stipulatione pœnali is, cui ad solvendum dies certa dicta non erat. Et hoc in *l.seq.* significatur his verbis, *contra ubi dumtaxat dare jussus est.* Quæ tamen verba sunt omissa in Basilicis, quia id jam satis ex eodem Celso idem Ulpianus supra retulerat in *l.prox. §.ult.* Summa totius rei hæc est, *multum interesse solutioni dies certa nominatim statuatur, an tacite insit.* Nam si nominatim facta post diem pecuniæ oblatione, etiam si facta sit antequam ageretur ex stipulatione pœnali semel commissa, pœna non evanescit, immo peti potest, etiamsi nihil actoris intersit, *l.38. inf. h.* Sin vero dies tacite insit, post diem facta oblatione, & antequam ageretur ex stipulatione pœnali, pœna evanescit: præterquam, ut Paulus adjecit in h. l.22. si adversarii interfuerit intra illud tempus, quod tacite inerat sententiæ arbitri, pecuniam solvi, id est, nisi aliquod incommodum senserit ob tardiorem ejus pecuniæ solutionem. Quo casu minus solvisse intelligitur, qui tardius solvit, *l.12. in fi. de verb.signif.*

Alio-

Alioquin si nihil intersit actoris, si nulla in ea re sit captio actoris, non intelligitur minus solvisse, qui debuit in diem tacitam, & post eam diem solvit. At si debuit in diem expressum sub pœna, ut ponimus, intelligitur minus solvisse, etiam si nihil actoris intersit. Et secundum hæc, quod ait *l.27.§.1. hoc tit.* si arbiter aliquem pecuniam dare jusserit, & is vita decesserit antequam daret, pœnam non committi, si heres ejus paratus sit pecuniam offerre. Sic interpretamur, si modo heres offerat intra diem solutioni præstitutam, vel nulla die præstituta, si offerat, antequam pœnæ nomine agatur ex stipulatu. Quod autem dixi, eum, qui certa die jussus est dare, si per eum steterit quo minus daret intra eum diem, nec si post diem offerat, antequam cum eo actum sit ex stipulatione pœnali, cum pœna non liberari, quæ semel commissa est, ei nihil obstat *l. etsi post tres si quis cautionib.* quam objicit Accursius. Quia ut fusius ostendimus in *l.84. de verb. obligat.* & ad Africanum in d. lege trajectitiæ: *lex etsi post tres* non loquitur de stipulatione in diem certam judicio sisti pœnali, sed de ea, quæ in quantum interest, quantive ea res est concipitur. Stipulatio pœnalis strictior, & severior, quam stipulatio quanti interest. *Illa stipulatio* pœnalis scilicet ex die certo, qui solutioni præstitutus est, statim committitur, sine interpellatione, nec debitori, per quem stetit, quo minus sua die solveret, postea solvendo, vel offerendo pecuniam debitam, antequam accipiatur ex stipulatu judicium, eam evitare potest, etiamsi stipulatoris nihil interfuerit sua die pecuniam solvi. Hæc vero stipulatio, quæ non in pœnam, sed in quantum interest concipitur, non committitur ante litis contestationem, & ideo integrum est debitori; antequam ex ea agatur, offerendo pecuniam se omnino liberare, nisi probetur stipulatoris interfuisse sua die pecuniam solvi, ut in *d. l. etsi post tres*. Et hæc quidem, quæ hactenus dixi de hac quæstione, ita se habent, si litigatores compromissum fecerint, arbitrum sumpserint, & arbiter aliquem nominatim jusserit certa die pecuniam dare, & per eum mora fuerit, per eum steterit, quo minus daret, ut scilicet statim pœna committatur, nec ea liberetur postea offerendo pecuniam. Sed si per eum non steterit, de quo casu nondum dictum est, quo minus pecuniam daret intra statutum diem, sed per adversarium, qui sua die oblatam pecuniam accipere noluit absque justa causa, & qui ideo in mora fuit accipiendæ pecuniæ, ipso jure pœna compromissa non committitur, *l. seq. §. ult. l.40. in fi. inf. hoc* tit. Verum ut Paulus addit in *l.24.* si adversarius, qui fuit in mora accipiendæ pecuniæ, postea eam accipere paratus sit, & eam petat, nec ei detur, procul dubio pœna committitur, quia, inquit, qui dare jussus est, non ante fecerat, quod facere jussus erat, id est, non dederat pecuniam; & ut obtemperatum videatur arbitro, omnimodo pecuniam dare oportet, quia pecuniam dari jussit, si adversarius eam accipere velit. Et huic loco, hoc est huic legi 24. adnecti potest, quod idem Paulus scribit in *l.121. de reg. jur.*

Ad L.CXXI. de Reg. jur. *Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet: non videtur facere id, quod jussus est.*

AIt, non videri quem facere, quod facere jussus est; puta non videri pecuniam dare, quam dare jussus est, qui alii eam dat, quam cui dare jussus est, vel qui aliam rem dat, vel offert pro pecunia; & videri eum quoque facere adversus ea, quæ facere jussus est, ut qui non dat pecuniam, quam dare jussus est. Nam & non facere, facere est. Hoc enim is, qui non facit, facit, ut facere nolit. Privatio actionis, actio est. Alioquin non est vera Stoicorum sententia, à quibus nostri Jurisconsulti imbuti sunt: omne peccatum esse actionem, quoniam quædam peccata in non faciendo consistunt, quæ tamen Grammatici delicta potius, quam peccata esse dicenda putant. Ac præterea si non facere, non est facere, in divisione stipulationum in eas, quæ in dando, & in eas, quæ in faciendo consistunt; *l.2. de verb. oblig.* dicere posses, non contineri eas, quæ consistunt in non faciendo, quod tamen est falsum. Dicere etiam posses non recte esse scriptum in *§. sed si uxor, Instit. de nuptiis*, rectius facere eum, qui abstinet à sponsa filii vel patris. Quid plura? Paulus ipse in *l. facere, de verbor. signif. facere oportere*, & hanc, inquit, significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, & curare, ne fiat. Et in Comœdia Adelphorum: *Hæc si neque ego, neque tu fecimus, non sivit egestas facere nos: tu nunc tibi id laudi ducis, quod tum fecisti inopia:* ubi doctissimus Donatus eleganter, *nota*, inquit, *fecisti*, *in eo, quod significat non fecisti*. Porro pœna compromissi committitur, quum adversus compromissum quis fecit, *l.31. in princ. de recept.* Et adversus compromissum facere videtur non tantum, qui facit quod facere non jussit arbiter, sed & qui non facit, quod facere jussus est, ut ait *d. l.121.* Quia & una eademque opera, una fidelia facere, & non facere videtur. Unde si ita fuerit concepta stipulatio, *si adversus sententiam arbitri factum fuerit, tot millia dari*, stipulatio committitur non tantum, si quis fecerit, quod facere non debuerit, ut si petierit ab eo, à quo arbiter peti vetuit, *l.29. eod. tit. de recept.* sed etsi non fecerit, quod arbiter eum jussit facere, ut si non dederit pecuniam, quam dare jussus est: nam & hic fecisse videtur. Et retro si ita concepta stipulatio fuerit, *si quod arbiter jusserit, factum non erit, tot millia dari*, stipulatio committitur, non tantum si quis non fecerit quod facere debuit, sed etsi fecerit quod facere non debuit. Nam & hic non fecisse videtur: etiam non facere, est facere, & retro etiam facere, est non facere. Denique sive hoc illo modo concepta fuerit stipulatio, in eam incidit, & committit tam is, qui id facit, quod ab arbitro facere jussus non est, quam qui non facit, quod facere jussus est. Et ita est explicanda l.121. in qua præter ἐπιγραφὼ, quæ est ex eodem lib. vel verbum *jussus* satis aperte ostendit, eam pertinere ad quæstionem propositam de arbitris compromissariis.

Ad L. XXVI. eod. de Recept. *Ne in potestate sit fidejussorum postea se non obligantium, ut pœna committatur. Idem & si decesserint.*

SI litigatores compromissum fecerint, arbitrum sumpserint, qui litem discuteret intra diem certam, & ni sententiæ ejus starent, pœnam compromiserint datis fidejussoribus, eidemque arbitro fecerint potestatem prorogandi, & proferendi diem, die prolato quasi aliud novum compromissum est, & fidejussores prioris compromissi non tenentur, nisi ultro in posteriore compromisso se obligarint. Cæterum si nolint se obligare etiam in posteriore compromisso, litigatores, quia non possunt minuere, aut mutare conditionem prioris compromissi, quæ talis fuit, ut ei adhiberentur fidejussores, in posterioris compromissi causam debent adhibere alios fidejussores, non absimiles fide, & facultatibus; & alios adhibere tam idoneos satis erit: nec enim coguntur eosdem adhibere. Alioqui, ut hoc loco Paulus ostendit, si eosdem adhiberi oportet, in potestate eorum esset recusando onus posterioris compromissi, ut pœna prioris compromissi committeretur, quasi non impleta fide, & conditione compromissi, puta non adhibitis iisdem fidejussoribus, quod tamen esset iniquum ponere, aut esse in potestate eorum. Et ideo, etiamsi eosdem fidejussores non dederint in secundo compromisso, quod cœpit à prolatione diei, sed dederint alios non minus idoneos, litigatores pœnæ periculum evitabunt. Et similiter mortuis prioribus fidejussoribus alios adhibere debent. Item ut opinor, iisdem fidejussoribus ad inopiam redactis inopinatæ fortunæ impetu quodam, ut ait *l.4. ut in poss. leg. l.10. qui satisd. cog.* alios fidejussores in eorum locum substituere debent. Nec ultra produco sermonem istum, sed transeo ad l.28. eod.

Ad L.XXVIII. eod. *Non autem interest certa an incerta summa compromissa sit, ut puta quanti ea res erit.*

CErtum est, arbitrum non cogi sententiam dicere, nisi pœnæ vinculum, id est, compromissum intervenerit,

l. 11. §. 1. *hoc tit.* vel ut est in edicto, nisi pecunia compromissa sit. A Ubi *pecuniæ* verbum latius accipitur, non tantum pro nummis, sed & pro re qualibet; & non tantum pro certa summa, sed & pro incerta, ut si compromiserint quanti ea res est, id est, quanti interest ob id, quod non parcatur sententiæ arbitri. Incerta est summa ejus quod interest, & incerta stipulatio igitur quanti ea res est, *l.* 2. *§. incertam, de præt. stipul.* quia incerta est æstimatio ejus quod interest, & arbitraria, id est, posita in arbitrio judicantis, *l. ult. de præt. stip. l. semper, §. in hoc interdicto, quod vi, aut clam.* Nam quatenus intersit, in facto potius, quam in jure consistit, ut est in regulis juris, *l. quatenus, de reg. jur.* Valet igitur compromissum ita factum, si quis arbitri sententiæ non steterit, quanti ea res erit dari, vel quanti ob eam rem actoris interest dari, vel intererit dari. Imo ut ostenditur in *l. super. §. ult.* & ita recte compromissum fit, si stipulati sint simpliciter, B *sententiæ arbitri stari promittis? promitto,* quia huic stipulationi conceptæ simpliciter intelligitur inesse præstatio ejus, quod interest, *l. ult. si quis in jus voc. l. pen. si qu. caution. jud. sist.* & quod Petrus dicebat, hoc casu arbitrum non cogi sententiam dicere cum simpliciter conceperint stipulationem, Joannes ut cum Lucretio loquar, *jure increpat, incilatque*, quia pecunia promissa intelligitur, etiam si simpliciter concepta sit stipulatio, sententiæ arbitri stari, nullo alio addito adjuncto, pecunia, inquam, promissa intelligitor, non quidem certa, sed incerta, quod satis est: quia prætor in hoc edicto non pecuniam certam, sed pecuniam compromitti exigit, & pecuniam utique compromittit, qui incertam compromittit, hoc est in quantum intererit.

Ad L. XXX. eod. *Si quis rem, de qua compromissum sit, in judicium deducat; quidam dicunt, prætorem non intervenire ad cogendum arbitrum sententiam dicere: quia jam pœna non potest esse, atque si solutum est compromissum. Sed si hoc obtinuerit: futurum est, ut in potestate ejus, quem pœnitet compromisisse, sit compromissum eludere. Ergo adversus eum pœna committenda est: lite apud judicem suo ordine peragenda.* C

SI unus ex litigatoribus facto compromisso, mox pœnitentia actus ab arbitro migret ad judicem ordinarium, & apud eum eadem de re litem contestetur, quidam dicebant, ut Paulus refert hoc loco, arbitrum à prætore cogi non posse ad sententiam dicendam: hac ratione, quia re in judicium deducta, solvitur compromissum, finem accipit compromissum, *l.* 32. *§. summa, inf. hoc tit.* Et hactenus quidem illi recta dicebant: nam verum est solvi compromissum, D si vel unus ex litigatoribus ab arbitro ierit ad judicem. Verum est arbitrum non cogi sententiam dicere: sed verum non est, quod iidem illi inferebant, ex hac causa etiam pœnam compromissi non committi: Nam verius est, ex hac causa pœnam compromissi committi, etiam soluto compromisso. Sane si neglecto arbitro ambo ad judicem ordinarium ierint, solvitur compromissum, deficit compromissum, nec pœna committitur, *l.* 10. *in fi. hoc tit.* At si unus tantum ex litigatoribus ad judicem ierit, & adversarium coegerit ad judicium accipiendum, solvitur quidem, deficitque compromissum, sed non etiam pœna non committitur, id est, imo pœna committitur. Alioqui esset in potestate unius ex litigatoribus, quem pœnitet compromisisse, eundo ad judicem, compromissum eludere: & ideo ex hac causa pœna committitur. Cæterum res peragitur E apud judicem. Nam ubi acceptum est semel judicium, ibi & finem accipere debet, *l.* 30. *de judic. Lite*, inquit, *suo ordine apud judicem peragenda*. Suo ordine. Quid hoc est? Utrum solemni judiciorum ordine? An vero sua vice pro ratione temporis, quo lis in judicium introducta est? ut 10. *l. pen. C. si pend. appellat. mors interv.* quod magis est. Et videntur omnino hæc verba, *lite apud judicem suo ordine peragenda*, Triboniani esse, cujus ætate cum extraordinaria omnia judicia essent, lites apud magistratus peragebantur servato ordine temporis, quo singulæ venissent in judicium, *selon le roolle*. Neque vero quicquam oppugnant definitionem hujus *l.* 30. leges, quas in contrarium adducit Accursius, quia non de pœna contumaciæ sunt, A quæ extra rem, qua de agitur, exigitur, ut pœna compromissi, sed sunt de pœna, quæ in locum rei cedit, quæve in sortem imputatur, ut ait *l. quod si ex stipulatione, pro soc.* Hac pœna exacta, proculdubio cessat exactio sortis, nisi quid amplius in ea sit. Illa exacta, non consumitur aut minuitur exactio sortis. Nec hæc distinctio pœnæ Accursio incognita fuit, quæ est certissima.

Ad L. XXXII. eod. *Non distinguemus in compromissis minor an major sit pœna, quam rei, qua de agitur.*

Ad §. Non cogetur *arbiter sententiam dicere, si pœna commissa sit.*

Ad §. Si mulier *alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa propter intercessionem.*

Ad §. Summa rei est, *ut prætor se non interponat, sive initio* B *nullum sit compromissum, sive sit, sed pendeat an ex eo pœna exigi potest, sive postea deficiat pœna compromisso soluto die, morte, acceptilatione, judicio, pacto.*

Ad §. Sacerdotio *obveniente, videbimus an cogatur arbiter sententiam dicere: Id enim non tantum honori personarum, sed & majestati Dei indulgetur, cujus sacris vacare sacerdotes oportet. Cæterum si postea susceperit, iste quoque omnimodo sententiam ferre debet.*

Ad §. Item non est cogendus, *si de negotio transactum est, vel homo mortuus est, de quo erat compromissum: nisi si posteriore casu aliquid litigantium intersit.*

Ad §. Julianus *indistincte scribit: Si per errorem de famoso delicto ad arbitrum itum est: vel de ea (re) de qua publicum judicium sit constitutum, veluti de adulteriis, sicariis, & similibus, vetare debet prætor sententiam dicere, nec dare* C *dictæ executionem.*

Ad §. De liberali causa *compromisso facto, recte non compelletur arbiter sententiam dicere: quia favor libertatis est, ut majores judices habere debeat. Eadem dicenda sunt, sive de ingenuitate, sive de libertinitate quæstio sit: etsi ex fideicommissi causa libertas deberi dicatur. Idem dicendum est in populari actione.*

Ad §. Si servus *compromiserit, non cogendum dicere sententiam arbitrum, nec si dixerit, pœnæ executionem dandam de peculio putat Octavenus. Sed an, si liber cum eo compromiserit, executio adversus liberum detur, videamus: sed magis est, ut non detur.*

Ad §. Item si quis *Romæ compromiserit, mox Romam in legationem venerit, non est cogendus arbiter sententiam dicere: non magis, quam cogeretur, si litem ante contestatus esset,* D *nunc eam exercere: nec interest, tunc quoque in legatione fuerit, an non. Sed si nunc in legatione compromittat, puto cogendum arbitrum sententiam dicere: quia & si judicium sponte accepisset, cogeretur peragere. Sunt tamen, qui de isto non recte dubitant: qui utique nullo modo dubitabunt, si de ea re in legatione compromisit, quam in legatione contraxit: quia & judicium eo nomine accipere cogeretur. Illud in prima specie potest dispici: an si ante compromisit legatus, cogendus sit arbiter sententiam dicere, si ipse legatus postulet: quod prima ratione poterit videri iniquum, ut in ipsius potestate sit. Sed hoc tale erit, quale si actionem velit dictare: quod facere ei licet: sed compromissum illud comparabimus ordinariæ actioni, ut non alias audiatur desiderans ut arbiter sententiam dicat, quam si se defendat.*

Ad §. Si is faciat *controversiam hereditatis, qui cum defuncto* E *compromiserat: futurum est præjudicium hereditati si arbiter sententiam dicat: ergo interea inhibendus est arbiter.*

Ad §. Dies compromissi *proferri potest, non cum ex conventione, sed cum jussu arbitri eam proferri necesse est, ne pœna committatur.*

Ad §. Si arbiter sese *celare tentaverit, prætor eum investigare debet, & si diu non paruerit, mulcta adversus eum dicenda est.*

Ad §. Cum in plures *compromissum est ea conditione, ut quam quilibet, vel unus dixisset sententiam, ei staretur: absentibus cæteris, nihilominus, qui præsens est, cogetur. At si ea conditione, ut omnes dicant, vel quod de majoris partis sententia placuerit, non debet singulos separatim cogere: quia singulorum sententia ad pœnam non facit.*

Ad §. Cum quidam *arbiter ex aliis causis inimicus manifeste* ap-

Digitized by Google

apparuisset : testationibus etiam conventus, ne sententiam diceret, nihilominus nullo cogente dicere perseverasset : libello cujusdam id quærentis Imperator Antoninus subscripsit, posse eum uti doli mali exceptione: & *idem cum à judice consuleretur, apud quem pœna petebatur, rescripsit, etiam si appellari non potest, doli mali exceptionem in pœnæ petitione obstaturam. Per hanc ergo exceptionem quædam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri.*

Ad §. de Officio arbitri *tractantibus sciendum est, omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum : nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi, ut efficere possit, cautum est : non ergo quodlibet statuere arbiter poterit, nec in re qualibet : nisi de qua re compromissum est,* & *quatenus compromissum est.*

Ad §. Quæsitum est *de sententia dicenda :* & *dictum, non quamlibet : licet de quibusdam variatum sit :* & *puto, vere non committi, si dicat ad judicem de hoc eundem, vel se, vel alium (in) se, vel in alium compromittendum. Nam* & *Julianus, impune non pareri, si jubeat ad alium arbitrum ire, ne finis non sit : quod si hoc modo dixerit, ut arbitrio Publii Mævii fundus traderetur, aut satisdatio detur: parendum esse sententiæ, idem Pedius probat : ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur ; sua sententia finem controversiæ eum imponere oportet : non autem finiri controversiam, cum aut differatur arbitrium, aut in alium transferatur, partemque sententiæ esse, quemadmodum satisdetur, quibus fidejussoribus : idque delegari non posse, nisi ad hoc compromissum sit, ut arbiter statueret, cujus arbitratu satisdaretur.*

Ad §. Item si jubeat *sibi alium conjungi, cum id in compromisso non sit, non dicis sententiam : nam sententia esse debet de re compromissa : de hoc autem compromissum non est.*

Ad §. Si domini, *qui invicem stipulati sint, procuratores suos agere apud arbitrum velint: potest jubere, ipsos etiam adesse.*

Ad §. Sed si & heredis *in compromissis mentio fit : potest jubere etiam heredem eorum adesse.*

Ad §. Arbitri officio *continetur* & *quemadmodum detur vacua possessio. An* & *satis ratam rem habiturum? Sextus Pedius putat : quod nullam rationem habet : nam si ratum non habeat dominus, committetur stipulatio.*

Ad §. Arbiter nihil extra *compromissum facere potest :* & *ideo necessarium est adjici de die compromissi proferenda : cæterum impune jubenti non parebitur.*

INitio legis ostenditur, compromissum valere, & arbitrum cogi posse ad sententiam dicendam, non tantum, si pœna, quæ compromissa est, major sit, quam res principalis, qua de agitur, ut *l.38.inf.* sed etsi minor sit, ut in *l.4. §.item quæritur, de doli except.* si quis cum sibi sexcenta deberentur (ut vulgo legitur, 600. rectius, quam in Florentinis 60.) pœnæ nomine duntaxat 100. stipulatus sit, ubi *stipulatus* verbum est commune, quod & activam, & passivam significationem recipit. Nam in arbitriis constipulatio est, & compromissio, id est, mutua stipulatio, mutuaque promissio, *si quis arbitri sententiæ non steterit.*

Ad §. Item quæritur L. IV. de Dol. except.

SEntentia hujus §. maxime indiget interpretatione. Ea mihi videtur esse hujusmodi. Cum eo, qui revera mihi 600. debuit compromisi, & cum per errorem, cum de vera quantitate debiti certus non essem, & ille quoque ambigeret, pœnæ nomine, ni arbitri sententiæ staretur, stipulatus sum 100. & vicissim ille etiam stipulatus est centum, quæ summa quintuplo minor est, quam summa principalis. Summa pœnalis quintuplo minor est, quam summa principalis, quæ revera debetur. Valet quidem stipulatio ex utraque parte, valet compromissum, sed officio arbitri convenit jubere tantum dari, vel solvi mihi, quantum revera debetur, id est, 600. aut si jubeat minus dari, saltem non vetare, ne quod amplius est in obligatione petam. Ac si id quoque non vetuerit, quod amplius mihi revera debetur si petam, incido quidem in pœnam compromissi, quia non sum contentus eo, quod mihi arbiter dari jussit, seu tueri me possum exceptione doli mali, si à me pœna petatur, nimirum hac exceptione, quod amplius petere vetitus non sim. Quod si diserte vetitus sim amplius petere, petere quidem amplius possum : sed hoc casu, quia contra vetitum feci, omnimodo pœnæ compromissi subjugabor. Et hæc est sententia hujus §.

AD §. *Non cogitur d. L. XXXII.* Sequitur in hac l. 32. non cogi arbitrum sententiam dicere, si aliqua ex causa pœna semel commissa sit : vulgo, nisi pœna compromissa sit, quod est verum, arbitrum non cogi sententiam dicere, nisi pœna compromissa sit. Sed si legas hoc loco, ut Florent. habent, *si pœna commissa sit*, ut etiam habent Basilica *μετὰ τὸ ϑεωμηϑῆναι τὴν ποινὴν*, *post commissam pœnam* etiam verissimum hoc est : nec fuit corrumpenda hæc sententia verissima cum illa, quam præ se fert vulgata scriptura, cum satis fuisset ante proposita in *l. 11 sup. hoc tit.* Legamus igitur, *si pœna commissa sit, non cogi arbitrum sententiam dicere*, quia pœna semel commissa aliqua ex causa, ex contumacia aliqua, solvitur omnimodo compromissum, & finitur officium arbitri, *l.34. §.ult.* id est, non cogitur etiam arbiter sententiam dicere, ut subjicit, si fœmina alieno nomine compromiserit, quasi defensor rei alienæ, quæ nihil ad se pertinet, quia hanc fœminæ intercessionem improbat Senatusconsultum Vellejanum. Et ideo non intelligitur pecunia compromissa, *si fœmina*, inquit, *alieno nomine compromiserit, non erit pecunia compromissa*. Retinet *pecuniæ* verbum, quod est in edicto, non *pœnæ*. *Qui pecunia*, inquit Prætor, *compromissa arbitrium receperunt*. Non est igitur pecunia compromissa, quia ab ea est compromissa, quæ non potuit compromittere, quæ non fuit idonea defenstrix rei sive litis alienæ. Et mox ait, *prætorem se non interponere*, id est, non urgere arbitrum ad sententiam dicendam, sive ab initio nullum sit pœnæ compromissum, ut in superiori specie de fœmina, quæ alieno nomine compromisit, quod compromissum nullum est, sive sit compromissum, sed pendeat, an ex eo pœna exigi possit, ut si sit conditionale compromissum : nam quamdiu pendet conditio, non cogitur arbiter sententiam dicere, *l.11.§.ult.sup.h.t.* sive postea deficiat pœna, id est, si postea solvatur compromissum. Et docet variis modis dissolvi compromissum. Finitur morte unius ex litigatoribus, unius ex compromissoribus, quia in heredem non transit, nisi id cautum sit nominatim, *l. 27. §. 1. hoc tit.* Dissolvitur etiam compromissum die, sive tractu temporis, ut si certa dies arbitro præstituta sit, intra quam sententiam diceret, non data potestate proferendi diem. Die finito solvitur compromissum, finitur officio arbitri, *l.21.§.si intra*, puta si pœna compromissa alteri acceptolata sit, *l.13. hoc tit.* Item solvitur compromissum judicio : puta si vel ambo, vel unus rem in judicium deduxerit, ut L. 30. Item solvitur compromissum pacto, si paciscar, ne pœna compromissa, & forte commissa quandoque petatur. Nihil enim interest, an stipulatio ipso jure tollatur, veluti per acceptilationem, an per exceptionem pacti. Item solvitur compromissum sacerdotio arbitri, si arbiter nactus sit sacerdotium videlicet, ut de judice dato scriptum est in *l. penult. de vacat. muner.* si tale fuerit sacerdotium, ut à sacris discedere sine periculo non possit. Seneca primo de Tranquillitate : *quosdam sacerdotia uno loco tenent*. Et l.2. de in jus voc. *quosdam propter loci religionem inde se movere non posse*. Arbiter si fiat magistratus, non solvitur compromissum, quia non semper magistratus reipub. operam dat, superest ei aliquid temporis ad sententiam dicendam ex compromisso, *l. 4. sup. hoc tit.* At is arbiter, cui obvenit sacerdotium tale, ut à sacris discedere non possit, ut sacro loco sacrisque perpetuo insidere ei necesse sit, proculdubio solvitur compromissum. Et hoc si ante sacerdotium susceperit arbitrium. Sed tamen si post sacerdotium susceperit arbitrium, omnimodo cogitur sententiam dicere etiam inter aras, quæ est sententia *§. sacerdotio, hujus l. 32.* Postremo solvitur etiam compromissum transactione, ut si partes inter se de re transegerint omisso arbitro, non expectata sententia arbitri. Itemque, si mortuus sit homo, vel servus, de quo erat controversia, si interierit res, de qua erat controversia, quia mortua re, moritur

ritur

ritur & lis, *nisi, inquit, hoc casu aliquid litigantium intersit.* A Nam extincta re, de qua agitur, quandoque superest controversia de fructibus rei, aut de partubus. Cujus disceptatio relinquenda est arbitro, *l.utique, de rei vind.*

AD *§. Sacerdotio*. Dixi in l.32. variis ex causis solvi compromissum, & finiri officium arbitri, & inter cæteras, si arbitro sacerdotium obvenerit, ita ut à sacris sine periculo discedere non possit, vel sine piaculo. Ad quam belle accommodari potest, quod scribit M.Tullius Philipp. 11. *Publium Crassum Consulem, & Pontificem maximum Valerio Flacco collegæ, & Flamini Martiali mulctam dixisse, si à sacris discessisset, & ad bellum cum Aristonico gerendum proficisceretur: & eam quidem mulctam populum Flacco remisisse; sed Pontifici Flaminem parere jussisse, hoc est jussisse, ne Flamen à sacris discederet*: & tamen ipse Crassus Pontifex maximus ad id B bellum profectus est, quod antea nondum erat factum, ut Livius scribit 59. nimirum, quia Pontifex maximus non ita sacris inservit, & adstringitur, ut Flamen, & sacerdos.

AD *§. Julianus*. In hoc §. Paulus varias exponit causas, in quibus jure non sumitur arbiter, & quibus, si quis forte per errorem sumptus sit arbiter, à Prætore vetatur sententiam dicere, & denegatur executio pœnæ. Ac primum quidem de famoso delicto, id est, de actione ex delicto famosa, veluti furti, aut injuriarum, aut vi bonorum raptorum, aut de dolo malo arbiter sumi non potest ex compromisso. Recte ex delicto: nam ex contractu, vel ex actione ex contractu famosa, veluti de societate, mandato, deposito, tutela, etiamsi in eo delictum versetur, arbiter sumi potest ex compromisso, & sententiam di- C cere cogitur, nec tamen ejus sententia irrogat infamiæ notam, quia nec per omnia sententia est, ut ait *l.quid ergo, §.ex compromisso, de iis, qui notant.inf.* id est, non eos omnes effectus habet sententia arbitri, quos habet sententia judicis ordinarii. Ex sententia arbitri non nascitur actio judicati, vel exceptio rei judicatæ, *l.2. sup. hoc tit. l.1. C.eod.* Paulus 5. sentent. tit.5. *Ex compromisso*, inquit, *sumptus judex rem judicatam non facit, sed si pœna inter eos promissa sit, pœna in judicium deducta ex stipulatu peti potest*. Ex sententia autem judicis, quia judicio accepto quasi contrahitur, nascitur actio judicati, & exceptio rei judicatæ. Item sententia arbitri condemnato non parat actionem de evictione adversus auctorem suum, *l.si dictum, §.1. de eviction.* Et sententia tamen judicis hanc ei præparat actionem, *l.si servus, judic.solvi.* Et, ut initio dixi, sententia judicis irro- D gat infamiam, si causa fuerit famosa, non etiam sententia arbitri. Sententia igitur arbitri non est per omnia sententia. Arbiter autem recte sumitur de causa famosa, si ex contractu proficiscatur, veluti societate, aut mandato, vel si ex delicto non famoso, veluti damno injuria dato, non etiam, si ex delicto famoso. Et ideo lex Solonis de arbitris apud Demosthenem, oratione περὶ νόθων scripta est tantum de arbitris sumptis περὶ συμβολαίων ἰδίων, de privatis, & propriis contractibus: quia de delictis, maxime famosis, non sumuntur arbitri, & multo minus de ea re, de qua judicium publicum constitutum est l.Julia, aut Cornelia: de ea, inquam, re multo minus arbiter capi potest. Imo si quis captus sit, sive sumptus forte per errorem, prætor vetat, ut Paulus ait, hoc loco, cum sententiam dicere, id est, fungi officio arbitri: aut si sententiam jam dixerit, prætor E denegat sententiæ executionem, id est, pœnæ persecutionem, sive actionem ex stipulatu, quia executio sententiæ arbitri in sola pœnæ persecutione consistit. Non sumitur etiam arbiter de liberali causa, sive agatur de ingenuitate, sive de libertinitate, sive petatur libertas ex causa fideicommissi, quia, ut Paulus ait, favor libertatis est, ut majores judices habere debeat, puta consules, aut prætores, aut proconsules, *l.ult. C.ubi causa stat.* quæ liberales causas dicit desiderare magna tribunalia, maxima judicia. Quod usque adeo verum est, ut nec judices dati, sive pedanei potuerint de causa status cognoscere, *l.2. C.de pedan.judic.* Imo nec omnes præsides provinciarum, nisi proconsules, aut qui haberent jus prætorium, aut proconsulare, *l.5. C. de ord. jud.* Plinius libro 10. Epist.77. Cum esset præses Bithyniæ, non proconsul. *Postulantibus, inquit, quibusdam, ut de agnoscendis liberis, restituendis natalibus cognoscerem: respexi ad Senatusconsul. pertinens ad eadem genera causarum, quod de his tantum provinciis loquitur, quibus Proconsules præsunt. Ideoque rem integram distuli*, id est, remisi ad Principem. Locus est apertissimus. Imo nec procuratores Cæsaris, nec inter fiscum quidem, & privatos de omni causa liberali cognoscere possunt, quia nō de causa ingenuitatis, sed de causa libertatis tantum, & servitutis inter fiscum, & privatos, *l.2. & pen. ubi causa status, l.pen. ne de statu defunct.* M.Tullius 1. de oratore: *Judicio libertatis gravius nullum esse potest.* Et ideo recte Paulus hoc loco, id judicium majores judices exigere. Addit etiam, in populari actione, veluti albi corrupti, vel sepulchri violati non esse sumendum arbitrum ex compromisso, qui locus est singularis: quæ actio jus populi tuetur, ejus disceptatio non est relinquenda arbitro compromissario: sed judici tantum legitimo, & ordinario. Causa publica non committitur arbitris compromissariis, sed causa privata tantum.

AD *§. Si servus*. Præterea ostendit Paulus in hoc §. Inter servum, & liberum hominem (sive servus cum libero, sive liber cum servo compromiserit) inutiliter arbitrum sumi: cum quo scilicet non consistit judicium, nec arbitrium consistere, quia arbitri exitus est deductio pœnæ in judicium per actionem ex stipulatu, si non pareatur arbitro. Atqui cum servo nullum judicium esse potest. Servus neque judicio convenire, neque conveniri potest, quia & ἀπρόσωπος esse intelligitur, *l.quoties si quis cautionib. l.non idcirco, §.2. de judic. l.& heredem, §.1. de pactis, l.cum servo, de regul.jur. l.6.7. C.de judic.* Ergo & cum servo nullum compromissum est. Imo & quamvis ex aliis contractibus servus obligetur naturaliter, & ideo sit ex iis contractibus actio de peculio in dominum, *l.14. de oblig. & act.* tamen ex his causis, puta si compromiserit cum alio, vel si judicium acceperit, aut dictaverit, neque naturaliter obligatur, nec actio ex stipulatu, vel actio judicati de peculio in dominum datur, *l.3. §.si servus, de pecul.* Et hac de re si plura scire aves, adi observation. 8. cap.11.

AD *§. Item si quis Romæ*. Hic §. maxime indiget interpretatione, & lumine non parvo. Sciendum, legatos ex provincia sua Romam missos publici negotii causa, hoc habere privilegium, ut licet ante legationem Romæ contraxerint, & ratione contractus Romæ videantur sortiri forum, secundum reg.jur. ibi tamen quamdiu legatione funguntur, non possint conveniri, nec cogantur se defendere, ne à susceptæ legationis officio avocentur: perfecta legatione, si subsistant posse conveniri, non ante perfectam legationem, nec si ibi contraxerint, antequam legatione fungerentur. Et hoc ostenditur in *l.2. §.exceptis, l.non alias, inf. de judic.* Et hoc si ante legationem Romæ contraxerint: sed si tempore legationis Romæ contraxerint, proculdubio ex eo contractu remoto omni privilegio, ibi conveniri possunt. *l.cum furiosus, §.ult.eod.* Iis consequens est, ut si legatus ante legationem Romæ compromiserit cum adversario in arbitrum aliquem, sive cum tunc ibi esset ex eadem causa, vel ex alia causa legatus, sive cum ibi privata persona negotia ageret, si, inquam, qui nunc est legatus, ante legationem Romæ compromiserit, ac postea Romam in legationem venerit, non cogitur arbiter sententiam dicere, quia nec ipse legatus, quamdiu legatione fungitur, litem cogitur apud arbitrum exequi. Sicut si ante legationem Romæ litem contestatus esset apud judicem ordinarium, postea in legatione eam litem exequi non cogeretur, ne ea res muneri publico legationis impedimento sit. At quæro, quod & Paulus tractat in hoc §. Quid si de ea re, de qua compromisit ante legationem, nunc in legatione ipsemet postulet arbitrum sententiam dicere, an saltem hoc casu cogitur arbiter sententiam dicere ex voluntate legati. Quod Paulus ait, prima ratione iniquum videri, videlicet ut sit in ejus potestate, quando arbiter sententiam dicere cogatur. *Prima ratione*, inquit, ut in *l.1. de auctor. tutor. l.utrum, de petitione hereditat.*

l.2.

l.2. §. illud, *de hereditate vendita*; καὶ τὸν πρῶτον λόγον, (A) (ut Aphrodisæus ait) farinam hordeaceam quamvis sit frigida, & frigida sint contraria eis, quæ vim discutiendi habent, tamen φλέγμονας discutere, inflammationes, tumores fervidos discutere, non κατὰ τὸν πρῶτον λόγον ἐφ' ἑαυτὰ, καὶ ἀμέσως, ἀλλὰ κατὰ τὸν δεύτερον λόγον, & abstergendi vi quadam, sive per accidens. Non, inquam, κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, ait Paulus, *quod prima ratione poterit videri iniquum, ut in ejus potestate sit.* Quod sequitur, *sed hoc tale erit, quale si actionem velit dictare, quod facere ei licet*, perobscurum est, & duplicem non improbabiliter videtur interpretationem recipere posse. Prior hæc est ut dicat, posse dici, legatum esse audiendum, si velit arbitrum sententiam dicere de eo, quod ante legationem contraxit, cum interim dum legatione fungitur, de eo, quod ante legationem contraxit, actionem dictare possit: quasi dicat: cur enim ei non li- (B) ceat hoc postulare, cum & interim si velit quamcumque actionem dictare, & intendere possit? Quod tentari potest ex *l.2. §. sed etsi agant, de judic.* Qui tamen profecto non pertinet ad legatos provinciarum, ut indicam. Hoc, inquam, quod postulat, ut arbiter sententiam dicat, tale est, quale si velit actionem dictare, quod & facere licet. Cur non ergo & illud? nunquid hac in re sequemur exemplum ordinariæ actionis? Et videtur per omnia hac in re sequendum exemplum ordinariæ actionis. Nam quemadmodum si legatus Romæ aliquam actionem intendat adversus alios, & ipse cogitur ibi omnium actiones pati, ut tentari potest ex *d. §. sed etsi agant*, *& l. qui non cogitur, eod.* nunquid & ita recte dici potest: Si legatus Romæ arbitrum sumptum ante legationem postulet sententiam dicere, & ipsum ibi adversus omnia se defendere, id est, omnium actiones exci- (C) pere debere. Hæc est prior interpretatio non improbabilis, sed maxime captiosa, & fallax. Nam *d. §. sed etsi agant* non intelligitur de legato, sicut nec *§. item si extra*, qui præcedit. Et similiter *d. l. qui non cogitur*, non est de legato, sed de aliis, quam legatis, qui jus habent revocandi forum, nec coguntur Romæ judicium accipere, si ibi conveniantur, nisi ibi etiam priores ipsi suas actiones intendant. Cæteri ultro priores ipsi suas actiones intendere possunt. At legati Romæ non possunt, legati Romam missi non possunt quicquam in rem suam agere, nisi suam injuriam persequantur ex delicti causa, vel suum damnum, ut si furtum passi sint, vel damnum injuria acceperint, *l. 8. §. ult. l. 9. 10. 15. de legation.* Ergo legatus, qui nomine suæ reipub. Romam profectus est, nullam rem suam agere Romæ potest, sed publicam tantum, nullam actionem suam Romæ (D) movere potest, vel instituere, ne libellum quidem suæ rei causa, aut preces principi offerre. Nam ubi est Roma, ibi est princeps, vel retro, ut apud Herodianum, ibi Roma ubi princeps. Unde manifestum hoc loco, quem habemus in manu addita negatione omnino sic esse legendum: *sed hoc tale erit, quale si actionem velit dictare, quod facere ei non licet*, ut sit secunda ratio. Prima ratio, propter quam statuit non esse cogendum arbitrum sententiam dicere, si hoc legatus postulet, hæc est, quia iniquum videtur, ut id sit in legati potestate. Secunda autem ratio hæc est: quia si hoc postulans audiretur, tale esset, ac si actionem ei dictare permitteretur, quod facere ei non licet, ne legatio impediatur. Et est hoc loco particula, *sed*, conjunctiva, non discretiva, & accipitur pro, *sed &*. At mox quæ sequitur particula eadem: *Sed compromissum istud*, (E) proculdubio est discretiva. Itaque incidit hoc loco πλοκὴ, quia prius *Sed*, est conjunctivum, posterius discretivum sicut in illa inscriptione, *amici dum vivimus, vivamus*, prius verbum *vivimus*, aliam, quam posterius significationem habet: hoc est, quod πλοκὴ dicunt. Et omnino integra sententia Pauli hæc est, ut hac in re utamur distinctione hujusmodi: aut ipse legatus est actor, aut reus: si est actor, & velit in legatione dictare actionem, hoc ei facere non licet: si velit accipere actionem, & se defendere, hoc ei facere licet. Et exemplo igitur ordinariæ actionis idem dicemus in compromisso, ut si sit petitor non audiatur, si arbitrum interim postulet sententiam dicere ex compromisso facto ante legationem; si sit defensor audiatur, *ut non alias*, inquit, *audiatur desiderans*, *ut arbiter sententiam dicat*, *quam si se defendat*. Quod ait, *non alias*, plane indicat supra negative esse legendum, *quod ei facere non licet*, id est, dictare actionem ei non licet; ergo nec postulare, si actor sit, ut arbiter sententiam dicat, durante legatione, quia non alias auditur id desiderans, quam si se defendat. Non contra ergo, si partes actoris sustineat. Idemque Græci interpretes comprobant, qui adnotant, legatum hoc postulantem audiri, si se defendat, non si agat, δικαζόμενον, οὐ δικάζοντα. Et hoc, si ante legationem Romæ compromiserit. At si in ipsa legatione Romæ compromiserit, hoc casu arbiter sententiam cogitur dicere, quia ipse legatus cogitur liti agendæ adesse, sicut si sua sponte Romæ judicium ordinarium excepisset neglecto suo privilegio, id ibi cogeretur peragere, juxta regulam *leg. 30. de judic.* Et hoc ita absque dubio procedit, si in legatione compromiserit de ea re, quam in legatione contraxerit, quia & ejusdem rei nomine judicium ordinarium accipere cogeretur, *l.2. §. exceptis*, *l. si legationis 25. l. cum furiosus*, *§. ult. D. de judic.* Toto hoc §. Paulus argumentatur à judicio ordinario ad compromissum; nam & *lege 1. hoc tit.* dicitur, compromissum ad similitudinem judicii redigi. At si in legatione compromiserit de ea re, quam ante legationem contraxerat, dubitari quidem posset hoc casu, sed non recte hoc casu dubitamus, inquit Paulus, quoniam verius est, etiam de ea re, quam ante contraxit ante legationem, si de ea in legatione compromiserit, arbitrum cogi sententiam dicere, & æque legatum ipsum cogi litem exequi.

AD *§. Si is*. In hoc §. datur alia species, in qua arbiter vetatur sententiam dicere. Finge, cum L. Titio compromisi de re aliqua ea conditione, ut compromissum transiret in heredem, nec solveretur morte alterutrius, quæ conventio valet, *§. sed si & heredis*, *hac l. l. 27. §. 1. h. tit.* Et priusquam arbiter sententiam diceret, L. Titius vita decessit: ego heredi ejus feci controversiam hereditatis, egi scilicet cum eo, qui bona ejus pro herede possidebat, petitione hereditatis, arbiter hoc casu prohibetur sententiam dicere, ne per sententiam suam præjudicium fiat petitioni hereditatis. Hæc est auctoritas centumviralis judicii, quale est petitio hereditatis, ut nihil in ejus præjudicium fieri debeat, *l. 5. in fi. de petit. hered. l. ult. C. eod.* Fieret autem ei præjudicium, si ante finitam hereditatis controversiam, arbiter sententiam diceret, quia non potest sententiam dicere pro possessore, vel contra possessorem hereditatis, quin fateatur eum defuncti, qui auctor est compromissi, heredem esse, & jure hereditario successisse in compromissum, quæ res petitioni hereditatis præjudicium faceret.

AD *§. Dies Compromissi*. Sequitur in hoc §. diem constitutum compromisso, intra quem arbiter sententiam diceret, proferri, non ex conventione sola litigantium, *l. 21. §. Papinian. hoc tit.* sed arbitro jubente diem proferri, cum id ab initio litigantes ei permisissent, ut id jubere posset, *l. seq. & l. 39. §. ult. & l. 50. inf. hoc tit.* Quo quidem arbitro jubente diem proferri, si quis litigantium dicto audiens non fuerit, id est, si denuo nolit compromittere, nam diei prolatio novum compromissum est, *l. 25. §. ult. hoc tit.* adversus eum, qui dicto audiens non est, pœna committitur. Et hoc est, quod ait in hoc §. jussu arbitri, diem proferri necesse est, ne pœna committatur jussu arbitri, cui scilicet initio permissum est: diem proferri necesse est sponte, & assensu utriusque partis. Cur necesse est? ne pœna committatur adversus non obtemperantem. Sensus est apertus, quem tamen Accursius non est assequutus.

AD *§. Si arbiter*. Hic §. probat verum esse, quod jam ante sæpius dixi, arbitrum, si sententiam nolit dicere, si lateat, si diu non prodeat in publicum, coerceri, & cogi posse ad sententiam dicendam indicta mulcta à prætore sub conditione, si sententiam non dixerit, si non prodierit in publicum, si non copiam sui fecerit litigatoribus. Quod si, ut sequitur, in plures compromissum sit, & unus tantum sui copiam faciat, cæteri latitent, distinguendum ita est: Aut hoc

hoc initio actum est, ut vel unus sententiam diceret, & hoc casu, qui præsens est, cæteris omissis cogi potest ad sententiam dicendam: Aut hoc actum est, ut omnes sententiam dicerent, vel major pars; & hoc casu non unus, sed omnes, aut major pars cogendi sunt, ut in *l.17. §.item si plures, hoc tit.* quia singulorum sententia, inquit, ad pœnam non facit, id est, hoc casu unius sententia non sufficit, ut adversus inobedientem pœnæ petitio fit: aut brevius, unius sententia, nullius sententia est. Ex pluribus autem arbitris, quod mox Paulus tractat in *§. cum quidam*, si manifesto appareat, unum inimicum esse factum utriusque, vel alterius ex litigatoribus, & ob id testibus præsentibus, testibus convocatis conventus, & commonitus sit, ne sententiam diceret: nota rationem sive modum recusandi arbitri, & nihilominus contra testationem una cum cæteris sententiam dixerit, prætore non cogente, qui etiam intervenientibus inimicitiis, eum cogere non debuit, *l.15.sup.* Quæritur, an si huic sententiæ non pareatur, pœna committatur? Qua de re, ut refert, per libellum rogatus Imperator Antoninus ab uno ex litigatoribus, ad quem ea res pertinebat, & consultus etiam idem imperator à judice, apud quem pœna compromissi petebatur, litigatoris libello subscripsit, posse quidem ab eo pœnam peti, sed si petatur, ipsum se tueri exceptione doli mali posse: quod inimicus sibi factus unus ex arbitris contra testationem suam sententiam dixerit. Judici æque idem Imperator rescripsit, etiamsi ex sententia arbitri appellari non possit, ut comprobatur, & constat ex *l. 1. C.eod. & Concilii Carthaginensis Canone 98. & 132.* quod in *l.ex consensu, de appellat.* significant hæc verba, *citra compromissum*, hodie tamen alio jure utimur: nam ex constitutione regia, à sententia arbitri compromissarii appellare licet. At jure civili populi Rom. etiamsi à sententia arbitrii appellari non possit, rescripsit tamen Antoninus judici, apud quem pœna compromissi petebatur, in hac specie, qui pœnam petit ex stipulatu, obstare exceptionem doli mali, eoque genere induci (quod notandum) quasi quandam appellationis speciem, quia beneficio exceptionis doli mali, iterum retractabitur sententia arbitri apud judicem, apud quem pœna petitur. Appellatio est remedium, sive auxilium juris, quod inducit ejusdem causæ retractationem apud alium judicem.

AD *§.De officio.* Jam dictum est sup.l.19. in arbitri potestate esse, qualem voluerit sententiam ferre, & sententiæ ejus standum esse, sive æqua sive iniqua sit, quia sibi imputet, qui in eum compromisit, *l.27.§.stari, sup.l.76.in fine, pro soc.* Hoc ita, si arbiter careat dolo, si non sit pecunia corruptus, vel ambitione, quove alio affectu. Alioquin petenti pœnam, posset etiam obstare exceptio doli mali, *l.3. C.eod.* Et hoc quoque casu retractaretur sententia arbitri. Item parendum est sententiæ ejus, etiam iniquæ, si non de alia re sententiam dixerit, quam de qua compromissum est. Idemque si non ultra præfinitam summam compromisso, & non ultra diem compromisso comprehensam, sententiam dixerit, *l.1. C.eod.* Officio enim arbitri convenire, ne dicat sententiam, nisi de re, de qua compromisum, & quatenus compromisum est. Ne igitur, exempli gratia, dicat sive pronuntiet alium sibi conjungi arbitrum, sive συνδικαστὴν, ut ait, in fi. *§.seq.* quia non de hac re compromisum est, ut de eo, etiam si vellet, statueret. Denique hoc est extra compromisum, ergo ad officium ejus non pertinet. Et hæc est mens hujus *§.* ex quo est pronum intelligere, officium arbitri esse id, quod arbiter efficere debet: Quoniam ait, de officio arbitri tractantibus, sciendum est, non aliud ei licere, quam quod in compromiso, ut efficere possit, cautum est. Et ita nos dicere officium judicis, & prætoris, quod judex, vel prætor efficere debet.

AD *§.quæsitum.* Addamus ex *§.quæsitum*, qui sequitur, non cuilibet semper sententiæ arbitri parendum esse, nec quamlibet etiam imparientiam, quo verbo etiam Gellius utitur, id est, inobedientiam inducere pœnæ petitionem, quæ inspectio etiam est de officio arbitri. Nam si rem, qua de agitur, rejiciat ad judicem ordinarium, non valet sententia, quia litem non finit, & finiendæ liti captus est arbiter, non propagandæ. Idemque est si dicat, vel in se denuo (forte in longiorem diem) vel in alium esse compromittendum. Legendum hoc loco, ut vulgo, utque in Basilicis, *si dicat ad judicem de hoc eundem, vel in se, vel in alium compromittendum*, *αἱρετὸν δικαστὴν γίνεσθαι αὐτὸν, ἢ ἕτερον.* An autem valet sententia, si jusserit fundum tradi arbitriu L. Titii? quæ quæstio proponitur in hoc *§.* vel satisdari prolatis fidejussoribus arbitrio L. Titii? sed male explicatur. Omnino observandum est initio hujus *§.* Paulum dicere, in quibusdam sententiis arbitrorum variatum esse, nimirum, quod alii dicant eas valere, alii dicant eas non valere. Sane in hoc sententiæ genere, de quo est quæstio, ut fundus tradatur, vel ut satisdetur arbitrio L. Titii variatum est: Nam Julianus dicebat sententiam valere, ut significatur his verbis: *Quod si hoc modo dixerit*. Sic recte Florentini, *Quod si hoc modo dixerit.* Vulgo male, *nec si hoc modo*. Ergo, *quod si hoc modo dixerit, ut arbitrio P. Mævii fundus traderetur, aut satisdatio detur, parendum esse sententiæ.* Repeto ex superiori parte, Julianus ait. *ergo valere sententiam.* Sextus autem Pedius dicebat, sententiam non valere. Dices: Imo Pedius idem, quod Julianus probat, quia statim subjicit: *Idem Pedius probat*; Ubi falsum est, quod Accurlius ait, Pisanos Pandectas, qui nunc sunt Florentini, habere *Pedius negat.* Cujusmodi mendacia sunt multa in operibus Alciati, dum auctoritate Florentinorum Pandectarum utitur. Sed dico, Pedium probare id tantum, quod Julianus dixit, aut quod ex Juliano ante relatum est, non valere sententiam arbitri, qua arbitrium differtur, vel in alium transfertur, non etiam probare, quod idem Julianus ait, valere tantum sententiam arbitri, qua quis jubetur satisdare, vel fundum tradere arbitrio P. Mævii: non igitur per omnia probare scripturam Juliani, quia hoc posteriori casu, satisdatio, aut traditio pars sententiæ est. Et idem juris esse debet in parte, quod in toto. Atqui arbitrium totum, vel ex sententia Juliani non potest transferri in alium, ergo nec pars arbitrii, veluti traditio, aut satisdatio, nisi nominatim hoc in compromisso permissum sit, ne lites propagentur, aut protelentur ab arbitro, qui sumptus est, ut eas terminaret, ut eis in totum finem imponeret. Et sane verior est distinctio Pedii, partim probantis, partim improbantis Juliani scripturam. Et ita secundum eam Basilica definiunt: *οὐ δύναται λέγειν τὴν παραδοθῆναι τὸν ἀγρὸν γενέσθαι δοκιμασίᾳ Πέτρου, ἢ τὰ ἱκανὰ δοθῆναι*, id est, *non potest dicere, ut arbitrio Petri fundus tradatur, aut satisdetur.* Addit Paulus, non esse tamen extra compromissum, si cum ii, qui in arbitrum compromiserunt, qui, inquit, invicem stipulati sunt, pœnam scilicet, id est, qui compromiserunt. Nota quod ait, *qui invicem stipulati sunt*, & inde confice definitionem compromissi. Quid est compromissum? Constipulatio litigantium invicem facta pœnæ nomine, si arbitro non obtemperaretur. Addit, inquam, non esse extra compromissum, si domini, qui compromiserunt, non per se, sed per procuratores apud arbitrum agere velint, ut apud judicem, ita apud arbitrum per procuratorem litigare licet, non esse, inquam, extra compromisum, si arbiter ex causa eos etiam adesse jubeat, id est, dominos *ἀρχηγέτας, πρωτοτύπους, καὶ τοὺς κληρονόμους αὐτῶν, εἰ μνήμη γέγονεν αὐτῶν ἐν τοῖς συμφώνοις*, ut Basil. habent, *principales, & heredes eorum, si in compromisso sit facta heredum mentio.* Quod & in judiciis esse observandum nemo dubitat, ut si ageretur per procuratores, possit judex ex causa jubere ipsos dominos adesse, puta, ut aliqua de re interrogentur, nam & suæ causæ adesse potest, qui ad eam procuratorem dedit, *l.69. de procurat.* Non esse etiam extra compromissum, imo & hoc officio arbitri convenire, ut si jubeat fundi, vel juris cujusdam vacuam possessionem tradi, etiam declaret quemadmodum tradenda sit, utrum præstita cautione dolum malum abesse, an remissa; & utrum re tradita in manum, an præstita cautione per eum non fieri, quo minus ea re libere utatur fruatur, ut *l.20.de servit.* Item an cum fructib. tradenda sit, an sine fructibus, ut *l.3. de usur.* Quod etiam *sup. §.item non est* subindicat, adbibita glossa ad verbum *litigantium*, & alia glossa in *§. de officio.* Ad hæc quæritur, an etiamsi lis apud arbitrum agatur per procuratorem, an sit extra compromissum, si jubeat à pro-

curatore

Digitized by Google

curatore interponi cautionem de rato? Et hoc ait esse extra compromissum, aut sane supervacuum esse, quia si dominus, qui compromissum fecit, ratum non habeat, quod procurator suus egit, vel quod cum procuratore suo actum est, adversus eum pœna committitur. Frustra igitur in hac specie Pedius censuit, arbitrum recte jubere, ut procurator satisdet de rato. Et in fine h. legis concludit, arbitrum nihil extra compromissum facere posse, eo repetito, quod de die proroganda dixit *sup. §. in dies*, non posse ab eo diem proferri, nisi id ei in compromisso nominatim permissum sit, ut jubere posset diem proferri: alioquin si id jubeat, ei impune non parebitur, id est, pœna compromissi non committitur.

Ad Leg. XXXIV. de Receptis. *Si duo rei sunt, aut credendi, aut debendi, & unus compromiserit, isque vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur: videndum est, an si alius petat, vel ab alio petatur, pœna committatur. Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt, & fortasse poterimus ita fidejussoribus conjungere, si socii sunt: alias nec à te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet à te petatur.*

Ad §. Semel commissa pœna *solvi compromissum rectius puto dici: nec amplius posse committi, nisi id actum sit, ut in singulas causas toties committatur.*

EX lib. 13. superest lex 34. in qua proponitur hujusmodi species. Duo sunt rei credendi sive stipulandi, quibus singulis eadem res, vel pecunia debetur in solidum, quorum unus cum debitore compromisit in arbitrum, & sententia arbitri vetitus est ab eo pecuniam petere. Si alter correus stipulandi, qui non compromisit, ab eo debitore pecuniam petat: quæritur, an pœna committatur adversus eum, qui petere vetitus est? Et Paulus distinguit: aut duo illi rei stipulandi ejusdem obligationis socii sunt, aut non. Si socii sunt, pœna committitur, quia petente altero, vi ipsa is petere videtur, qui petere vetitus est, quia alter communi nomine petit, & petitionis, seu exactionis commodum jure societatis ad utrumque pertinet. Si socii non sunt, altero petente pœna non committitur adversus eum, qui compromisit, & vetitus est petere, quia neque ille, qui compromisit videtur petere, neque nomine ejus alter, qui non est socius ejus. Et hæc de duobus reis credendi, sive de duobus stipulatoribus ejusdem pecuniæ. Quæ servantur etiam in duobus argentariis, quorum, inquit, nomina simul eunt, id est, qui simul nomina fecerunt, qui obligationem nominum simul contraxerunt per scripturam mensæ: eodemque modo si duo sint rei promittendi, vel duo argentarii, qui simul se obligaverint per scripturam mensæ argentariæ positæ in foro, & unus ex eis debitoribus cum creditore compromiserit, & vetuerit arbiter, ne ab eo quidquam creditor peteret, si creditor non ab eo, sed ab altero petat, qui non compromisit. Utimur eadem distinctione in duobus reis debendi, qua usi sumus in duobus reis credendi. Aut duo illi rei debendi socii sunt, aut non. Si socii sunt, creditor, qui petit ab altero, vi ipsa ab eo petere videtur, à quo petere vetitus est, & pœna committitur: si socii non sunt, creditor, qui petit ab altero, non videtur ab eo petere, à quo petere vetitus est, & idcirco pœna non committitur. Unde eleganter Paulus ait hoc loco, non aliter duos reos credendi, vel debendi fidejussoribus recte conjungi, & comparari, quam si socii sint. Nam sicut pœna compromissi committitur, si creditor, quem arbiter compromissarius vetuit petere, à fidejussore ejus petat, quia τῇ δυνάμει, ut ait *l. 29. hoc tit.* vi ipsa, effectu ipso à debitore petit, quia quod solverit fidejussor, id mox à debitore repetiturus est actione mandati, vel neg. gestorum, *§. exceptiones, Instit. de replicat.* Ita qui vetitus est petere ab uno ex reis debendi, si ab altero petat, cum ambo socii essent, pœna committitur, quia τῇ δυνάμει ab eo petere videtur, à quo petere vetitus est, quandoquidem, quod alter solverit, id socio reputaturus est actione pro socio, *l. eandem, §. 1. de duobus reis, l. 14. rem rat. hab. l. 3. §. nunc, de lib. leg.* Et è converso, si duo sint credendi socii, & unus vetitus sit à communi debitore petere, pœna committitur si alter petat, qui & nomine ejus petere videtur, qui petere vetitus est, quatenus id, quod exegerit, non sibi totum retinere, sed socio communicare debet, & cogitur actione pro socio. Et ita hæc lex explicanda est. Cæterum *lex unus ex argentariis, in princip. sup. de pact.* quam objicit Accursius in illam partem hujus legis, qua dicit Paulus, si duo sint rei credendi socii ejusdem obligationis, quorum unus cum debitore compromiserit, alter non compromiserit, & is, qui compromiserit vetitus sit petere, si alter petat pœnam adversus eum committi, qui non compromisit: Lex, inquam, illa in eam partem nihil pugnat, quia etsi *d. l. si unus*, non de compromisso loquatur, quod fecit unus ex reis credendi, & de sententia, qua arbiter vetuit, eum pecuniam petere, qua de re loquitur hæc *l. 34.* Etsi, inquam, de eadem specie non sit *l. si unus*, sed sit de pacto concepto in rem, de non petenda pecunia, quod cum debitore fecit unus ex reis credendi, tamen neque hoc, neque illo casu quidquam ea res nocet alteri, qui non compromisit, quive pactus non est: sed hoc tantum interest, quod altero petente, adversus eum, qui non compromisit, est actio ex stipulatu, ex compromisso: adversus eum vero, qui pactus est, nulla actio esse potest, quia pacto non est subdita stipulatio pœnalis, & ex pacto nudo non nascitur actio. Nihil est apertius.

AD *§. Semel*. Pœna compromissi committitur non tantum, si ultimæ sententiæ arbitri non pareatur, sed & si non pareatur alii præcepto, vel interlocutioni arbitri, ut puta, si is, quem adesse jussit, non venerit, vel si cum arbiter, cui hoc permissum erat, jussit diem proferri, litigantium aliquis noluerit diem proferri, & denuo compromittere, & renovare compromissum. Et pœna semel commissa, ut definit Paulus hoc loco, amplius committi non potest, quia compromissum dissolvitur, & arbiter, à cujus imperio abnuendo aliquem pœna non deterruit, quasi rupto semel vinculo potestatis suæ, non cogitur sententiam dicere sublato metu pœnæ, aut neglecto pœnæ damno non cogitur sententiam dicere, *l. 32. §. 1. sup.* non cogitur etiam iterum ejusdem rei volentibus litigatoribus arbitrium in se recipere, *l. 21. §. si quis ex litig. eod. t.* Hæc est sententia hujus *§. 1.* quæ pugnare videtur cum eo, quod est proditum in *l. 39.* quæ una est ex difficilioribus hujus tit. & ait contumaciam, scilicet litigatoris, arbitrum punire posse, pecuniam eum adversario dare jubendo. *Idem*, inquit, *contumaciam litigatoris arbiter punire poterit, pecuniam eum adversario dari jubendo.* Contumacia est, si jussus adesse litigator non venerit: quod est in *l. 39.* & in *l. 21. §. pen. Si operam non præbuerit*; si jussus adesse non venerit, & si operam non præbuerit, idem est: operam dare dicitur judex, vel arbiter, ut *l. si longius, de judic. l. pen. de vacat. mun.* & apud Cic. sæpe. Operam autem præbere dicitur litigator, arbitro scilicet, non judici: nam arbitrum ipse facit, & opera sua ei præbita demum arbiter perseverat: judicem ipse non facit, judicem non sumit, sed datur ei, judicem non mutat, nec facit, ut judex esse perseveret, vel ipsius opera, & assiduitas. Operam igitur præbemus arbitris, dum sinimus eos rem disceptare, de qua lis est, nec ab eis recedimus. Judici operam non præbemus, quia & citra operam nostram judex manet. Contumacia autem à contemnendo dicitur, vel Velio Largo auctore, qui contumacem dicit venire à contemnendo. Unde, & quod ait *lex contumacia, de re judic.* contumacem eum esse, qui contemnit, qui vocatus sui præsentiam facere contemnit: σχῆμα est ab etymologia. Contumax igitur est, qui jussus adesse, venire contemnit. Atqui hæc contumacia unius litigatoris prodest alteri ad pœnam committendam, ut ait *d. l. 39. in fi.* id est, alter à contumace pœnam compromissi petere potest. Pœna igitur semel commissa ob contumaciam, non solvitur compromissum, quoniam *d. l. 39.* ait, contumaciam litigatoris arbitrum punire posse, pecuniam scilicet, qua de agitur scilicet adversario dare jubendo. Cui sententiæ rursus, si non pareatur, consequens est, ut & iterum pœna committatur. Itaque cum hoc *§. ult. h. l. 34.* valde pugnare videtur *d. lex 39.* Sed ut respondeam, quod ait *d. l. 39.* contumaciam litigatoris arbitrum punire posse, non aliter procedere potest, quam si id actum sit nominatim in compromisso, ut in singulas causas totiens pœna commitanda-

mittatur. Quam exceptionem etiam Paulus adjicit in §. ult. *nisi id actum sit*, inquit, *ut in singulas causas toties pœna committatur*. Denique non aliter procedere, quod est traditum in *d. l.* 39. quam si in compromisso nominatim caveatur ne pœna semel commissa, solvatur compromissum. Itaque quod ait *l.* 39. contumacem, qui semel commisit pœnam, arbitrum posse punire, sententia in eum dicta, qua jubeatur adversario solvere pecuniam, qua de agitur, ut hoc iterum inculcem, id non aliter procedere potest, quam si & hoc nominatim actum sit in compromisso, exemplo judiciorum, ut arbiter in absentem ex contumacia promere sententiam, eumq; damno litis coercere possit, ut in *d.l.*27. *§. si quis litigatorum*, *hoc tit.* Ait autem hoc loco Paulus, in singulas causas, ex quibus scilicet, si arbitri sententiæ paritum non sit, pœna committi potest: Nam ut ait *d.l.*39. non ex omnibus causis, ex quibus arbitri sententiæ paritum non est, pœna ex compromisso committitur, sed ex his duntaxat, quæ ad solutionem pecuniæ, de qua agatur principaliter, aut ad præbendum operam pertinent. Ex aliis causis, etiam si non pareatur sententiæ arbitri, pœna non committitur. Et observa sententiam in *d.l.*39. accipi latissime etiam pro interlocutione, & quolibet præcepto arbitri. Verum ex cæteris causis, ex quibus, si mos non geratur arbitro, pœna non committitur, hanc tantum exprimit *d.l.*39. Si quem arbiter jusserit (quod maxime notandum est) adversario suo edere nomina testium, quibus sua causa communita est, nec sententiæ ejus obtemperarit, ex hac causa pœna non committitur: Quare? quia etiamsi nolit testium suorum nomina adversario suo edere, forte dum timet, ne adversarius, si cognoverit quales sint, eos corrumpat, aut perterrefaciat, & dimoveat à vero, quo minus apud arbitrum verum dicant, non tamen ideo operam arbitro præbere desinit, & adversario potius quam arbitro operam præbere, & navare recusat. Locus est singularis. In reatu tamen *ἀφέτως* legimus, reo, si quod ab eo periculum testibus immineat, forte quod reus opibus, & gratia plurimum valet, tunc non esse edenda reo nomina testium, *cap. statutum*, *de hæreticis*, *lib.6.* Adde aliam causam ex *l.*21. *§. non debeo*, *sup.hoc tit.* quæ est notissima, si arbiter inhonestum aliquid jusserit: nam & huic præcepto sive sententiæ impune non paretur.

Ad L. XXXVI. ad Senatusconsult. Trebell. *Cum hereditas ex fideicommissi causa restituta est, si ante cum herede compromissum est, puto fideicommissarium cavere debere heredi, sicut cum heres multa, antequam restitueret, administravit: Nam quod dicitur retinere eum oportere, non est perpetuum. Quid enim si nihil est, quod retineat? veluti cum omnia in nominibus sunt, aut in corporibus, quæ non possideat: nempe enim is, cui restituta est, omnia persequitur. Et tamen heres judiciis, quibus conventus est, aut stipulationibus, quibus necesse habuit promittere (omittere) obstrictus manebit. Ergo non alias cogetur restituere, quam ei caveatur.*

REstat tantum de compromissis hæc lex. Cujus species hæc est: heres, qui rogatus erat restituere hereditatem in diem, vel sub conditione, priusquam ab eo fideicommissum peteretur, compromisit cum creditore aliquo hereditario, nec dum arbiter sententiam dixit, & interim ab eo petitur fideicommissum, sive hereditas ex causa fideicommissi, ut eam restituat. Paulus ait, non aliter eum compelli ad restitutionem hereditatis, quam si fideicommissarius ei caveat, indemnem damno eum servari adversus sententiam arbitri, si forte pecuniam solvere jubeatur. Nam & similiter si multa heres ante restitutionem hereditatis administrarit, multa gesserit, si se obligarit nomine hereditario, veluti damni infecti ob ædes hereditarias, si actiones hereditarias exceperit, si quid impenderit in res hereditarias, eam cautionem, sive satisdationem indemnitatis fideicommissarius ei præstare debet. Dices: imo, hac actione fideicommissarius non est onerandus: sed retinet heres ex bonis quod sua interest, & eo deducto hereditatem fideicommissario restituit. Hoc diluit Paulus in hac l. 36. & plerumque ostendit non eximere damno heredem, atque adeo nonnunquam meliorem esse satisdationem retentione, quia aliquando nihil est in bonis, quod retineri possit. Fac in bonis esse nomina duntaxat, *des debtes*, quorum retentio non est, quia jura sunt incorporalia, vel fac esse corpora, sed ea heredem non possidere. Iniquum erit ea jura, & corpora restituta hereditate fideicommissarium persequi, & heredem obligatum manere, qui per retentionem suæ indemnitati consulere non potuit. Itaque auctore Paulo, melius fecerit heres, si sibi prospexerit à fideicommissario ante restitutionem fideicommissi exacta cautione de indemnitate, qua promittat fideicommissarius se heredem omni onere, damno, impendio sublevaturum. Liberum tamen est heredi retentione uti, si sit in promptu, & commodior videatur, omissa cautione. Duplex via ei patet, sed ut plurimum satisdatione via tutior est. Et hoc voluit docere Paulus in hac *l.* 36. Quando autem restituta videatur hereditas ex causa fideicommissi, lex, quæ sequitur declarat. Restant ex hoc libro duæ leges, quæ pertinent ad edictum *nautæ*, *caup.stab.*

Ad L. IV. Naut. caup. *Sed & ipsi nautæ furti actio competit, cujus sit periculo: nisi si ipse subripiat, & postea ab alio subripiatur, aut alio subripiente ipse nauta solvendo non sit.*

Ad §. Si nauta nautæ, *stabularius stabularii*, *caupo cauponis res receperit*, *æque tenebitur*.

Ad §. Vivianus dixit, *etiam ad eas res hoc edictum pertinere, quæ post impositas merces in navem, locatasque inferentur, & si earum vectura non debetur: ut vestimentorum, penoris quotidiani, quia hæc ipsa cæterarum rerum locationi accedunt.*

SUpersunt ex hoc libro duæ leges, *l.*4. *nautæ*, *caup. stabul.* & *l.* 42. *loc.* quæ pertinent ad edictum prætoris, quod est de iis rebus, quæ nautæ, caupones, stabularii, salvas fore receperunt, ut eas restituant, vel æstimationem earum ex hoc edicto, adversus nautas, caupones, stabularios, id est, adversus dominos ipsos, qui cauponam, vel navem, aut stabulum exercent, genera hominum, qui male audiunt, & quorum improbitatis coercendæ hoc edicto curam egisse prætorem ait *lex* 3. *§.*1. *naut. caup. stab.* adversus eos, inquam, nisi quæ vectores, aut viatores intulerunt, & eorum custodiæ commiserunt, ipsi salva fore receperunt, eis postulantibus solvant atque restituant. Adversus eos nisi restituant, datur actio in factum, quanti ea res est, quæ actio de recepto appellatur, quia ob id obligantur, quod ipsi receperint, vel magistri navis ab eis navi præpositi, vel institores eorum in cauponam, vel stabulum meritorium, aut diversorium, vel etiam quod receperint ii, quos exercitores in navi custodiæ causa præposuerunt, puta ut vectorum, aut mercatorum res custodirent, qui ut ait *l.*1. *hoc tit.* *ναυφύλακες* dicebantur, navis custodes, qui soli custodiæ rerum in navem illatarum invigilabant. Iidem & diætarii dicebantur: nam & in navibus sunt diætæ quædam nautarum, ut intelligere est ex Athenæi 15. quum de Hieronis nave loquitur, & diætis, quæ in ea erant, & per eos diætarios, vel *ναυφύλακας* si quid receperint custodiendum, exercitores obligantur, perinde ac si ipsi recepissent. Quia exercitor, qui diætarios, vel *ναυφύλακας* custodiendis rebus in navem illatis præposuit, res eis committi permisit. Et ideo per eos, si quid acceperint, obligatur exercitor, etiam si non fecerit exercitor, quod dicitur *χειρέμβολον*. Verbum est nauticum, quo significatur rei, quæ custodienda datur, in diætam injectio, quæ fit manu exercitoris, sive navicularii, aut naucleri. Hæc tria idem possunt, etiamsi res commissas diætariis, non attigerit, nec fecerit illud *χειρέμβολον*, nec res à manu ejus ad diætarios transierit, vel *ναυφύλακας*: per eos obligatur perinde, ac si ipse recepisset, aut *χειρέμβολον* fecisset. Per remiges autem, vel ut ait lex 1. *μεσόναυται*, qui scilicet in media nave remos agunt, quorum impulsu potissimum moveri navem Aristoteles scribit in *μηχανικοῖς*, impulsu scilicet *μεσοναυτῶν*: per eos exercitor non obligatur, si quid eis commissum sit, quia eis non permisit committi. Dixi autem hac actione exercitores teneri, *nisi restituant*: Hæc sunt verba edicti, quæ proculdubio, quod non animad-

vet-

verteram, hanc actionem arbitrariam faciunt, ut in edi- A cto, *quod metus causa*, illa verba, *neque ea res arbit. jud. restituetur*, *l.14. §. pro eo autem*, *quod met. caus.* Et in formula actionis in rem, quæ extat actionis 2. in Verrem lib. 2. hæc verba, *neque is fundus restituetur*. Omnem actionem in rem certissimum est esse arbitrariam, *l. qui restituere, de rei vind.* Et ideo in specie proposita, si res, quas exercitor salvas fore recepit, non restituerit arbitrio judicis, tum demum hæc actio ex edicto prætoris datur quanti interest actoris, quantive ea res est ab actore æstimata jurejurando in litem, ut fit in actione de dolo, quæ etiam est arbitraria, *l. arbitrio, de dolo*. Et datur hæc actio in exercitorem, etiamsi sine culpa ejus res, quas salvas fore recepit, perierint, vel deteriores factæ sint, si sine culpa ejus furto subreptæ sint, vel si ruptæ, fractæ, ustæ, collisæ, *l.3. §. at hoc edicto*, *& §. item si servus*, *& l.5. in fi. h. tit.* B Quamobrem exercitor navis præstat factum remigum, & cæterorum, qui in nave sunt navis navigandæ causa, atque etiam vectorum, ut & exercitor cauponæ, viatorum, imo & extraneorum. Uterque videlicet, si eas res, cum nondum essent illatæ in navem, vel in cauponam, sed forte in litore essent, aut in via cauponæ, vel diversorio proximo, salvas fore receperit, quia imputet etiam sibi, quod receperit, *l.1. §. ult. l.2. l.3. in princip. & §.1. hoc tit.* Denique si res, quam exercitor navis, vel ratis, vel lyntris, nihil refert, vel exercitor cauponæ, aut stabuli meritorii, salvam fore receperit, ab aliquo ex viatoribus, aut vectoribus, aut ab aliquo hominum suorum, quorum opera in navi, vel caupona utebatur, furto subrepta, vel deterior facta sit, periculum ad exercitorem pertinet, etiamsi culpa ejus nulla intervenerit. Unde quæritur, si damnum da- C tum, vel furtum factum sit sine culpa exercitoris, an dominus, cui furtum factum, aut damnum datum est, ejusdem rei nomine possit agere de recepto adversus exercitorem, & furti adversus furem, vel ex *l. Aquil.* adversus eum, qui damnum dedit? Et quantum ad furtum attinet, *l. 3. §. ult. hoc tit.* ait, *eum alterutra actione contentum esse debere*, *& ut alterutra sit contentus*, *id reum consequi officio judicis*, *vel exceptione doli mali*. Valde notanda sunt illa verba, *officio judicis*, *vel exceptione doli mali*, quæ similiter sunt in *l. bona*, *de noxal. action.* & esse debent in *l. sumptus, de rei vind.* quoniam in ea ita legendum est, *doli exceptione opposita*, *vel per officium judicis*: duplex via est, quarum tamen promiscuus usus non est. Nam in specie proposita, si dominus rei furtivæ prius egerit furti actione adversus furem, deinde agat de recepto adversus exercito- D rem, exercitor officio judicis consequitur, ne secum agatur de recepto. Officio, inquam, judicis, quia ea actio est arbitraria. Hoc argumentum est idoneum ad probandum hanc actionem esse arbitrariam, quoniam officio judicis continetur, ne ea agatur, si prius actum sit furti adversus furem, nec necessaria est exceptio doli. At necessaria est exceptio doli, si dominus rei furtivæ prius egerit de recepto adversus exercitorem: nam si deinde agat furti adversus furem, repelletur exceptione doli mali, quia æquius est actionem furti adversus furem exercitori dari, qui prius conventus actione de recepto, periculum custodiæ subiit: fur non liberatur, sed furti actio non datur domino, qui jam egit de recepto, sed ei, cum quo actum est de recepto, id est, exercitori, *l. un. §.1. furti, advers. naut. caup.* Iterum dico, ut addam duas exceptiones, si prius E actum sit de recepto in exercitorem, exercitori dari actionem furti, non domino, qui prius egit de recepto, nisi scilicet exercitor solvendo non sit. Nam ut Paulus noster ait in *l.4. hoc tit.* cum inanis sit actio de recepto propter inopiam exercitoris, domino salva manet in furem actio furti. Item (hæc est alia exceptio) nisi exercitor ipse rem subripuerit, quam salvam fore receperat, deinde eadem res ei subrepta fuerit: Nam si prius conventus de recepto rem præstiterit, non habet in posteriorem furem furti actionem: quia fur furti agere non potest, exceptis quibusdam casibus, *l.12. l.14. §. Julian. l. qui re sibi*, *§. si quis alteri*, *de furtis.* Sed hoc casu dabitur actio furti domino, vel in posteriorem furem, vel in priorem, id est, exercitorem. Nam actio de recepto non tollit actionem furti, quæ in eundem competit, sed neque hoc casu tollit eam, quæ competit in alium furem, si ipse exercitor, quod & ipse ejusdem rei fur sit, eadem actione in alium furem uti non possit. Et ita, ut idem Paulus scribit in *l.42. loc.* quæ cum initio hujus l.4. conjungenda est.

Ad L. XLII. Locati. *Si locatum tibi servum subripias, utrumque judicium adversus te est exercendum, locati actionis, & furti.*

SI servum tibi locatum subripias, actio locati non tollit actionem furti, sed utraque in te competit; una ad rem, altera ad pœnam. Et hæc de furto. Quantum ad damnum datum attinet, etiam dicemus ex *l. 5. §. ult.* dominum, cui damnum datum est, alterutra actione contentum esse debere, vel actione de recepto in exercitorem, vel legis Aquiliæ in eum, qui damnum dedit. Et si hac prius egerit, illam tolli, quia actio legis Aquiliæ rei persecutionem habet, & eandem rem bis persequi non possumus. Sin autem de recepto prius egerit, actio legis Aquiliæ superest in id, quod amplius in ea est, quia mixta est actio, quæ cedenda esse videtur exercitori, qui periculum custodiæ prior subiit conventus actione de recepto. Et omnino, ut ait *l.5.* quæcunque de furto dicta sunt, eadem & de damno injuria dato debent intelligi, quia exercitor non tantum à furto, sed & à damno rem salvam fore recepit. Additur in hac l. 4. & cauponi cauponem, nautæ nautam, stabulario stabularium teneri actione de recepto, improbum improbo teneri hac actione. Et non tantum, quod magis est, earum rerum nomine, quæ vehendæ, aut perferendæ locatæ sunt certa mercede, & in navem impositæ, si nauta, id est exercitor, salvas fore receperit, competere actionem de recepto, sed etiam earum rerum, quæ locationi accedunt, etiam si earum merces, id est, vectura non debeatur, ut vestimentorum, aut vasorum, quæ in navi necessaria sunt, aut penoris quotidiani, quorum vectura non debetur, *l.1. §. inde apud*, *sup. titulo naut. caup.* & pro infante etiam in navi nato vecturam non deberi, ostendit *lex sed addes*, *§. si quis mulierem, loc.* Pro ratione autem hujus postremæ sententiæ, ut earum rerum quoque nomine competat actio de recepto, pro quibus vectura non debetur, adnecti potest, quod sequitur in *l.5.* non quia mercedem accipit, exercitorem navis custodiæ subire periculum, sed quia ita convenit inter eum, & vectorem. Et ideo etiam non locatarum rerum nomine, puta gratis receptarum rerum ad vehendum, earum, inquam, rerum etiam tenetur de recepto, *l.3. §. si vero res*, *l.pen. in princ. hoc tit.* Item tenetur, ut jam dixi, exercitor eadem actione, etiamsi sine culpa ejus res perierint, aut deteriores factæ sint, *l. 3. §. at hoc edicto*, *sup.* Qui tamen si mercedem custodiæ reciperet, non teneretur, nisi culpæ nomine, *l. qui mercedem, loc.* Et hæc de actione de recepto. Non omittam sub hoc tit. duas actiones in factum proponi: prior est actio de recepto, de qua hactenus dictum est, quæ est ex contractu, & rem persequitur, id est, id quod interest, non pœnam. Posterior est actio in factum quasi ex maleficio, quæ pœnam dupli persequitur. Et utraque datur adversus exercitorem navis, vel cauponæ, vel stabuli. Et de posteriore nobis necessario dicendum est aliquid. De priore actione, quod observatu dignum est, tractatur ab initio *l. 1.* usque ad *§. in factum l. penult.* Quod & Bartolus notat recte. De posteriore autem tractatur ab illo *§. in factum*, usque ad finem tituli. De posteriore autem tractatur in *tit. furti, advers. naut.* Sed in hoc titulo *nautæ, caupones*, potissimum de damno dato in *d. l. pen. §. in factum*, *& l. ult.* de furto autem facto in *d. tit. furti, advers. naut.* Utraque actio, ut dixi, datur in exercitorem, & locum habet, si damnum injuria datum, vel furtum factum sit vectoribus, aut viatoribus. Sed prior, ut dixi, est ex contractu, & rem persequitur. Posterior est quasi ex maleficio, & pœnam dupli persequitur. Et præterea, hæc est alia differentia, priore actione, quæ est de recepto, exercitor præstat factum omnium, id est, non

tantum suum factum, vel suorum, veluti remigum, aut A eorum, quorum opera cauponam, vel stabulum exercet, sed etiam vectorum, & viatorum, quos recipit hospitio repentino, si quid perierit, aut deterius factum sit: quia id omne in se recepit. Posteriore autem actione in his rebus, quas salvas fore non recepit; exercitor præstat tantum suum factum, vel suorum, quorum opera, & ministerio in navi, caupona, stabulo utitur, atque etiam suorum hospitum, quos perpetuo habitandi causa receperit, aut in longum tempus, non etiam præstat factum vectorum, aut viatorum, quia hos non eligit, nec viatores repellere potest, quo minus hospitio repentino excipiantur: signum tabernæ, vel cauponæ appositum exercitorem in hoc obligat, ut quemcumque transeuntem excipiat; Nauta vectores, caupo viatores non eligit, & ideo non præstat eorum maleficium. At illos, quorum opera negotium illud exercet, ipse eligit, & suo periculo adhibet. B Itaque non si quid illi sibi invicem subripuerint, damnumve dederint, si vectores, aut viatores scilicet, non etiam, si ministeria, quibus utebantur, sibi invicem damnum furtumve fecerint, eo nomine non tenetur: sed si quid viatoribus, aut vectoribus ministri, vel hospitio perpetuo recepti in ipsa navi, vel caupona, vel stabulo subripuerint, sive qua in re damnum injuria dederint, eo nomine tenetur quasi ex maleficio, culpæ scilicet suæ nomine, qui tales adhibuit, qui opera malorum hominum usus est, *l. 5. §. ult. de oblig. & act.* & est ea actio, actio utilis furti. Et ita appellatur à Paulo 2. *sentent. de furt.* vel actio utilis legis Aquiliæ in duplum etiam in confitentem, quamvis alias non soleat actio legis Aquiliæ esse in duplum, nisi in inficiantem, ut & quæ datur in eum, qui servum alienum corrupit, sed C hoc casu erit in duplum etiam in confitentem, *l. 5. §. hæc actio, de serv. corrup.* Est etiam eo nomine actio furti, vel legis Aquiliæ in furem, vel in eum, qui damnum dedit in navi, vel in caupona, stabulo, cum ibi esset, ut opem ferret, ut opitularetur exercitori, atque serviret. Sed actor alterutra actione contentus esse debet, actione in duplum in exercitorem, vel actione in duplum in furem, vel eum, qui damnum dedit. Quoniam in hunc si prius egerit exercitor, liberatur per exceptionem doli mali, *ne de ejusdem hominis admisso sæpius quæratur*. Sed si prius actum sit in exercitorem in duplum, & duplum solverit, exercitori, si culpa vacet, in furem actio furti competit, quia ejus interest, vel cedenda ei est actio legis Aquiliæ: aut si prius conventus exercitor in duplum forte absolutus fuerit; furi si postea conveniatur, prodest exceptio doli mali eadem D ratione, ne de delicto ejusdem hominis sæpius agatur, *l. pen. §. ult. hoc tit.* quod maxime notandum est. Postremum hoc est, quod notare vos velim ex *l. ult.* quæ est de eadem actione in duplum in exercitorem: In hac actione venire nautarum factum, id est, eorum, qui in navi sunt navis navigandæ causa, veluti remigum, sive sint liberi, sive servi, & per eos damnum datum in navi furtumve factum sit, non etiam venire factum vectorum, ut dixi. At quid fiet, si quidam sint, & vectores simul, & nautæ, id est, remiges? sunt quandoque, qui remos agunt in navi, ait pro vectura, quos ut lex ult. ναυτεπιβάτας vocant, *nautas vectores*, qui sunt utrumque. Quid igitur, si quidam in navi sint nautæ simul, & vectores: quid item si sint nautæ simul, & mercatores, qui merces suas navi vehendas locaverunt? mercator est etiam vector, sive ἐπιβάτης. Se- E paratur tamen in *l. ult.* à vectore, atque etiam in l. Rhodia, separatur à vectore mercator, cum amplior locus in navi datur mercatori, quam vectori. Et invenio in Homero ἔμπορος nomine significari etiam ἐπιβάτην, id est, vectorem quemcumque etiam non mercatorem, qui aliena navi vehitur, Odyss. ult. ἔμπορος εἰλήλουθας νηὸς ἐπ' ἀλλοτρίης. Ἔμπορος, inquit, *est qui navigat in navi aliena*. Et Odyss. 2. εἰμὶ μὲν ἔμπορος. οὐ γὰρ, &c. *Sum*, inquit, ἔμπορος, *quia neque navi mea vehor, neque remos ago.* Igitur ἔμπορος est, qui navi aliena vehitur: sed aptatur etiam hoc nomen ad negotiatorem, verum non proprie, nisi ad maritimum: nam & πόρος, & πορεία est propriè iter maritimum: sed tamen, ut dixi, potest quis esse nauta, & ἐπιβάτης, id est,

A vector, nec tamen erit mercator. At omnis nauta mercator idem, & vector est. Et in his omnibus, sive quis sit ναυτεπιβάτης, id est, *nauta vector*, sive nauta mercator, ei datur actio in exercitorem, si quid amiserit in navi: factum quoque ejus exercitor præstat, non tanquam vectoris, quia factum vectorum non præstat, sed tanquam nautæ, quoniam mixtus est ex utroque.

JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

B

Ad L. VIII. Qui satisd. cogantur. *De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire. Si non conveniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse, moderato spatio de hoc à judice statuendo.*

Ad §. Qui mulierem *adhibet ad satisdandum, non videtur cavere. Sed nec miles, nec minor vigintiquinque annis probandi sunt: nisi hæ personæ in rem suam fidejubeant, ut pro suo procuratore. Quidam etiamsi à marito fundus dotalis petatur, in rem suam fidejussuram mulierem.*

Ad §. Si servus inveniatur, *qui antequam judicium accipiatur, fidejussit judicatum solvi: succurrendum est: fortasse & mulieri propter imperitiam.*

Ad §. Si fidejussor *judicatum solvi, stipulatori heres extiterit, aut stipulator fidejussori, ex integro cavendum erit.*

C Ad §. Tutor, & curator, *ut rem salvam fore pupillo caveant, mittendi sunt in municipium: quia necessaria est satisdatio. Item de re restituenda domino proprietatis, cujus usufructus datus est. Item legatarius, ut caveat evicta hereditate legata reddi, & quod amplius per legem Falcidiam ceperit. Heres quoque ut legatorum satisdet audiendus est, ut in municipium mittatur. Plane si misso jam legatario in possessionem, cum per heredem staret quo minus caveret, heres postulet, uti de possessione decedat: paratumque se dicat in municipio cavere: impetrare non debebit. Diversum si sine culpa, aut dolo heredis missus sit in possessionem.*

Ad §. Jubetur jurare *de calumnia, ne quis vexandi magis adversarii forsitan, cum Romæ possit satisdare, in municipium evocet. Sed quibusdam hoc jusjurandum de calumnia remittitur: veluti parentibus, & patronis. Sic autem jurare debet, qui in municipium remittitur:* Romæ se satisdare non posse, & ibi posse, quo postulat remitti: *Idque se non calumniæ causa facere: Nam sic non est compellendus jurare alibi se quam eo loco satisdare non posse: quia si Romæ non potest, pluribus autem locis possit: cogetur pejerare.* D

Ad §. Hoc autem *tunc impetrabitur, cum justa causa esse videbitur. Quid enim si cum erat in municipio noluit cavere? hoc casu non debet impetrare: cum per eum steterit, quo minus ibi, quo ire desiderat, satisdaret.*

EX Lib. XIV. est tantum Luna, seil. 8. *Qui satisd. cog.* quæ tota est de prætoriis satisdationibus, sive stipulationibus quamplurimis, & de ea parte edicti, qua auditur reus, à quo desideratur satisdatio, qui in alium locum se remitti postulat satisdandi cau- E sa, si justa causa esse videatur, & si quod etiam jubetur edicto, ante omnia juret de calumnia. Ac primum initio hujus legis octavæ, agitur de satisdatione judicio sisti, & ait, deponenda die, in quam reus judicio sisti promittat, solere convenire inter litigatores, inter actorem, & reum, inter stipulantem, & promittentem. Sed si de eo die inter eos non conveniat, inquit, id est, si dissentiant in ea die ponenda, sic Basilica, εἰ διχονοῶσιν, id est, si dissentiant, quod aperit plane sensum hujus loci, tunc in arbitrio esse stipulatoris sulius, quem diem ponat, nempe hoc modo stipulaturum si velit, etiam dissentiente reo, *in diem quintum proximarum Calend. inque locum illum vadimonium sisti promittis?* Ita tamen, ut judex moderetur spatium temporis,

ris,si forte quod stipulatione comprehensum est, angustius videatur, *moderato*, inquit, *spatio de hoc à judice statuendo*, quæ verba proculdubio Triboniani sunt. Et hoc est,quod proponitur initio hujus legis, *de caut. jud. sisti*. Cui nihil obstat *l. ita stipulatus*, ut expediam glossam, *de verb.oblig.* quia ut etiam ex Irnerio glossa refert, hæc lex 8. loquitur de concipienda stipulatione judicio sisti, puta in quam diem sit concipienda: at illa *l.ita stipulatus* loquitur de jam concepta stipulatione judicio, vel quo alio loco sistendi causa: quæ si diem non habeat, cum id ageretur, ut haberet, id est, si in ea dies per errorem omissus sit, quo sisti oporteat, inutilis est. Nihil etiam *l.si finita,in princ.de dam. infec.* adversatur nec huic legi, nec illi. Quia hæc, ut dixi, est de concipienda formula stipulationis, de die,quæ stipulationi concipiendæ est apponenda. Illa lex *si finita*, est de jam concepta stipulatione damni infecti, in qua per errorem dies omissus est, in quem finiretur stipulatio, & promissor liberaretur. Neque etiam *l.ita stipulatus*, quoniam hæc loquitur de die, quo impleri stipulationem, id est, quo certo loco sisti oporteat, qui si per errorem omissus sit, inutilis stipulatio est, & imperfecta. Illa autem lex *si finita*, loquitur de die, in quem stipulatio damni infecti finem accipit, qui si sit omissus per errorem, suppletur à prætore facta interpretatione ex eo, quod plerumque fieri solet:Ita ut in quem diem solet caveri damni infecti, puta si intra 30.dies ædes ruerint,in eum si per errorem omissus sit, cautum intelligatur: & ita hæc sunt explicanda.Hæc autem satisdatio judicio sisti, aliquando est voluntaria, aliquando necessaria: id est, aliquando ex conventione litigatorum interponitur, puta de die, quo sese sisteret in judicio convenientibus litigatoribus, aliquando interponitur ex edicto prætoris, ut *l.1.sup. in jus voc.ut eant*, & multum interest, utrum necessaria, an voluntaria sit satisdatio. Nam ut docet lex prox.*§.1.sup.* si sit necessaria, si coacta, & non facile possit reus eam ibi præstare ubi convenitur, ut si conveniatur Romæ, aut in μητροπόλει provinciæ suæ, nec possit ibi invenire fidejussores, qui pro eo fidem suam obstringere velint, potest audiri si in municipio suo, vel in alia ejusdem provinciæ civitate satisdationem præstare paratus sit, & remittitur in id municipium eamve civitatem, ut ibi satisdet, cum non posit satisdare ubi convenitur. Si autem satisdatio voluntaria est, si proficiscatur ex conventione utriusque partis, in alium locum non remittitur satisdandi causa: sed quo loco convenit de satisdatione,eo satisdare debet: quia ipse ibi satisdandi necessitatem sibi imposuit,non lex, aut edictum prætoris, *d. §.1.* Locus est singularis. Et eodem modo, stipulatio rem ratam dominum habiturum, aliquando est voluntaria, id est,ex conventione, aliquando necessaria, id est, ex edicto prætoris, *l.interdum*, *rem rat.hab.* Stipulatio quoque judicatum solvi, alias voluntaria est. Quidni? Alias necessaria, nimirum ex edicto prætoris. Et ad hanc satisdationem,sive stipulationem jud.solvi, videntur pertinere, quæ sequuntur in hac *l.8.*usque ad *§.tutor.* mulierem non esse idoneam ad satisdandum pro reo jud.solvi, quia intercessio ejus improbatur Senatusconsulto Vellejano: militem quoque, & minorem 25. annis,ut ait in *§.1.*non esse probandos,*ne devoir estre receuz*, satisdantes pro lite aliena, quia facile restitui, & relevari possunt. Sed hoc ita, nisi eæ personæ in rem suam fidejubeant, veluti pro procuratore suo ad litem suscipiendam, & defendendam dato, qui utique satisdare debet jud.solvi, *l.8. §.ult. de procur.* vel mulier pro marito suo,à quo petitur,id est, vindicatur fundus dotalis, quem possidet.Nam ut ait *l.quamvis, de jur.dot.* quamvis in bonis mariti sit fundus dotalis, mulieris tamen res est, res est uxoria. Lex *Titio centum, §. Titio genero, de cond. & dem. emolumentum ad mulierem pertinet*. Ac similiter Boetius in Topic. Cicer. *Dotem constante matrimonio esse in bonis mariti, atque etiam in uxoris jure, & post divortium velut rem uxoriam peti.* Ergo, ut ait in *§.quidam*, maritus,à quo petitur fundus dotalis, quem possidet, sane hoc jure actori debet satisdare judic.solvi,ut *l.8.& 11.jud.solvi.l.34.de fidejuss. l. in causa, §. si ex parte, de procur. l.pen.de dolo, §.1. Instit. de satisd.* Et pro marito recte uxor fidejubet judic. solvi, quia in rem suam fidejubet, fundus dotalis res est sua. Dices: Imo possessor fundorum satisdare non compellitur. Satisdare, est fidejussorem dare, Qui possidet fundos, qui possidet immobilia multa, satisdare non cogitur,sed repromittere, vel jurato repromittere. Qui prædia habet, non cavet prædibus, *l.pen.hoc tit.*Maritus, inquies, possidet fundum dotalem. Ergo satisdato non cavet jud. solvi. Delenda glossa, & dicendum cum Paulo Castrensi, & Alexandro ab Imola, eum, qui non possidet, nisi eum fundum, de quo est controversia,satisdare compelli,ut in *l.Julian.hoc tit.* non eum, qui alia prædia possidet, quo nihil est neque certius,neque apertius.Pergamus igitur ad *§.si servus.*

AD *§.Si servus.* Si pro reo servus fidejusserit jud. solvi ante litem contestatam,ut fit, solet enim hæc cautio præstari ante litem contestatam, ante judicium acceptum, ut *l.Julian. inf.h.t. & l.8. jud.solvi*,& actor ignoraverit eum esse servum, quem fidejussorem accipiebat, errore comperto succurrendum ei esse, ut ex integro ei caveatur,justo & idoneo fidejussore ei dato. Semper etiam majoribus errantibus in facto succurritur, veluti in conditione personæ, in statu fidejussoris, quem accipiunt: Succurrendum ei inquam est, quia servus,qui pro alio fidejubet,ne jure quidem naturali obligatur, nec ejus dominus tenetur de peculio, *l. in persona, §.1.de pact.l.20. de fidejuss.l.3. §.si filiusfam.de pecul.* videlicet, si extra rem peculiarem fidejusserit, ut in casu proposito. Scienti autem non succurritur, id est, ei, qui sciens servum fidejussorem accepit judic. solvi: non est ex integro cavendum, non est ei succurrendum, nisi fuerit mulier, aut minor 25. annis, quoniam iis jus ignorare permissum est. Denique propter imperitiam juris, iis etiam scientibus eum,qui fidejubet jud.solvi, servum esse, succurrendum est, quia per errorem juris existimarunt etiam servum fidjubere posse. Iis errantibus in jure ignoscitur, non etiam maribus majoribus 25. annis.

AD *§.Si fidejussor jud.solvi.* Additur in *§. si fidejussor*, ex integro quoque cavendum esse, si fidejussor jud.solvi stipulatori,vel contra stipulator fidejussori heres extiterit, quia confusione sublata est prior obligatio, & certum est prætorias stipulationes,qualis est jud.solvi,sæpius interponi, quum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit, *l.4.de præt. stip. l.10. h.t.* Post hæc Paulus proponit in *§. tutor*, multas alias species stipulationum prætoriarum,sive satisdationum, veluti rem pupilli salvam fore, quam præstant tutores, aut curatores pupillo, vel adolesc. vel servo ejus, vel servo publico, & satisdationum, quæ appellatur fructuaria, quam scilicet fructuarius domino proprietatis præstat, nempe finito, vel amisso usufructu, rem proprietario restitutum iri, & quod inde extabit,de qua in tit.*usufruct.quemad.cav.* Et proponit etiam satisdationes, quas legatarii, quibus legata præstantur, heredibus præstant, nempe satisdationem *evicta hereditate legata restitutum iri*,vel satisdationem, *quod amplius legatorum nomine ceperit*, *quam per legem Falcidiam licuerit redditum iri*, de quibus in *tit. si cui plus, quam per l. Falcid.* Ac præterea satisdationem legatorum vulgarem, quam heres legatariis præstat, nempe, *his diebus dari fierive, quibus testator dari, fierive jussit*, *dolumque malum abesse*, de qua in titulo, *ut legat. nom. caveat.* Hæ omnes satisdationes propositæ in *§.tutor*, sunt necessariæ, quia ex edicto Prætoris interponuntur,& extorquentur invitis: & ideo si eas implere non possit is, à quo desiderantur, ubi convenitur, ut si Romæ convenitur,& Romæ eas satisdationes præstare non possit, fidejussores inventu sunt difficillimi, *l.6. si cui plus, quam per legem Falcid. l.omnes, §.præterea, C.de Episc. & cleric.* tunc recte postulat, se in municipium remitti, ubi dicit, sibi esse facilius fidejussorem invenire, easque satisdationes adimplere, atque præstare. Offerre autem legatorum satisdationem heres plerunque debet, antequam legatarii mittantur in possessionem bonorum vice satisdationis, & aliquando etiam heres recte offert satisdationem legatorum, postea quam legatarii vice hujus satisdationis missi sunt in possessionem bonorum omnium

omnium hereditariorum, legatorum servandorum causa, videlicet si per heredem non steterit, quo minus ante satisdaret; si sine dolo, inquit, aut culpa heredis legatarii missi sint in possessionem: alioqui si post moram heredis missi sint in possessionem, sera est oblatio satisdationis legatorum, quam heres se daturum offert municipio, atque ideo postulat, ut legatarii discedant de possessione: *Discedite*, inquit, *de possessione, equidem paratus sum in municipio satisdare legatorum nomine*. Nam si ubi convenitur satisdationem offerat, postquam legatarii missi sunt in possessionem bonorum, ita sane impetrabit, ut legatarii de possessione discedant. Et sic est accipienda *l. si pecunia, §. ult. ut in possessionem legat.* in illo loco, *vel si eo nomine satisdatum sit*, circumscripta glossa in illo loco *§. plane, si misso*, quæ aliter explicat eam *legem si pecuniæ, §. 1.* Sed res clara est, si dicas, missos legatarios in possessionem vice satisdationis, cum dolo, vel culpa heres cessat satisdare legatorum nomine, discedere debere de possessione, si postea heres ibi, ubi convenitur offerat satisdationem, non etiam, si dicat, se in municipio satisdare paratum esse, neque enim poterit adversarium evocare in municipium, sed ibidem debet, si velit eum expellere de possessione, ei satisdare, ubi ille agit: Non aliter autem impetrat, qui superiores satisdationes præstare debet, ut exempli gratia, Roma in municipium suum remittatur satisdandi causa, nisi prius juraverit de calumnia. Jubetur, inquit in *§. jubetur*, de calumnia jurare: jubetur scilicet edicto Prætoris jurare, se vexandi adversarii (id est, calumniæ causa, calumnia est vexatio) in municipium adversarium non evocare, ut ibi satis accipiat, sed quod Romæ satisdationem præstare non possit: quod Romæ, ubi convenitur, non inveniat fidejussores, in municipio sit facile inventurus: non cogitur jurare alibi, quam in illo municipio satisdare non posse, ne pejeret, si forte pluribus aliis locis satisdare possit. Satis igitur est, si juret se ibi, ubi convenitur satisdare non posse. Sed ut solet semper, hoc jusjurandum calumniæ remittitur parentibus, & patronis, *l. licet, de obseq. par. l. 16. 34. §. qui jusjurandum, de jurejur.* Parentes, & patroni, quibuscum agitur petita edicti venia, si ab iis satisdatio desideretur, ab eo loco, ubi conveniuntur, remittuntur in municipium, ubi commodius satisdare possunt, etiamsi non juraverint de calumnia. Postremo notat Paulus in hac lege elegantissima, ita demum audiri eos, qui postulant se in municipium remitti satisdandi causa, si justa causa esse videatur. Hoc autem tunc impetrabitur, cum justa causa esse videbitur, quæ verba: *Cum justa causa esse videbitur:* profecto sunt verba edicti, quæ & in aliis locis edicti occurrunt sæpe. Ergo non temere hoc datur, ut alibi satisdent, quam quo loco conveniuntur, ut in alium locum perducant adversarium satis accipiendi causa, sed causa cognita, si justa causa esse videbitur, hoc postulandi: Nam exempli gratia, si per eum, qui hoc postulat, semel steterit, quo minus in municipio illo satisdaret, frustra iterum in illud municipium adversarium temere ire compellet satisdandi causa. Et hoc casu æquum est, ut omnimodo ibi, ubi convenitur satisdare compellatur.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XV. PAULI AD EDICTUM:

RECITATIONES SOLEMNES:

Ad L. II. de Public. Judiciis. *Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia sunt, ex quibus pœna mors, aut exilium est, hoc est, aquæ, & ignis interdictio. Per has enim pœnas eximitur caput de civitate: Nam cætera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim civitas retinetur. Non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria, aut in corpus aliqua coercitio pœna est.*

EX Libro XV. habemus etiam unam tantum legem, quæ est de publicis judiciis. Hæc lex judicia publica dividit in capitalia, & non capitalia, & definit, quæ hæc, & illa sint. Sed hoc in primis curæ non mediocris est, ut quæramus, quæ causa fuerit hic agendi de publ. judiciis, quorum tractatum rejectum esse videmus in lib. 48. Digest. in extremam scilicet partem Digestor. & qui factum quoque fuerit, ut ex illo lib. nobis relicta sit illa tantum *lex 2. de publ. judic.* & similiter ex lib. superiori, ut lex duntaxat 8. *qui satisd. cog.* & ex seq. lib. duæ tantum leges, & hæ pusillæ admodum, & parva de re, quæ labis, jacturæve tam magnæ causa sit, id ego hic, animos adhibete, docebo. Quem titulorum, & rerum ordinem in his Digestis servasse Tribon. videmus, is est ordo edicti perpetui à Julia. digesti, ut idem ipse Tribon. sub nomine Justinian. testatur in constit. de conceptione Digestorum, quæ præfixa est hisce Digestis, cum aliis duabus, atque etiam, ut opinor, sub nomine Hermogeniani, in *l. 2. de statu homin.* Et eundem ordinem nemo ambigit Paulum esse secutum in libris suis ad edictum, aut certe de eo non est, quod ambigat quisquam. Unde cum primo post tit. de arbitris, qui ex compromisso arbitrium receperunt, & de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii salva fore receperunt, cum videamus in his Digestis dari titul. de judiciis, non abs re adducimur, ut credamus, post edicta de receptis, Paul. dedisse edicta de judiciis, & quæcumque ad judicia in genere pertinerent, priusquam veniret ad species judiciorum singulas, & ea de judiciis dedisse, quod innumera essent, non uno tit. tantum, ut Tribon. fecit, sed pluribus, quia & de judiciis, vel edicta, vel leges fuisse quamplurimas credibile est. Nec ullo libro quoque ea dedisse, sed pluribus propter rei magnitudinem. Primum enim superiore lib. qui est 14. proposuit edicta de stipulationibus, & satisdationibus judiciariis, veluti jud. solvi, quæ modo voluntaria est, & diem, in quem sisti oporteat, accipit ex conventione litigantium, vel arbitrio stipulatoris, *d. l. 8. qui satisd. cog.* modo necessaria est prætore statuente diem, ut in *l. 2.* quam prætermisi nudiustertius, *§. sed si dubitetur, de jud.* quæ plurimum ad hanc rem facit, & item de satisdat. judicatum solvi, quæ similiter aut voluntaria, aut necessaria est, id est, aut conventionalis, aut prætoria est, & de satisd. rem ratam haberi, & de aliis innumeris, quarum tamen omnium memoriam Tribon. nobis relinquere noluit, quod pleræque desuetudine, sive in usu obsolevissent, & hodie moribus nostris omnes obsoleverunt. Et ut hoc obiter doceam, cur hodie omnes judiciales satisd. exoleverint, vastato orbe Romano quamplurimis, & calamitosissimis bellis cum domesticis, tum externis, cum ad exiguum numerum cives Romani redacti essent, nec fidejuss. facile invenirentur idonei, qui se pro aliis obligarent in tanta paucitate, & paupertate hominum, quam clades bellorum invexerat, & in tam rara inter homines humani officii colendi ratione, quod jam eos continua bella feros, & immanes reddidissent: Eo res deducta est, vel potius eo necessitas rerum res perduxit, ut in judiciis satisdationes, quæ fiunt datis fidejussorib. remitti necesse foret. Manserunt repromissiones, & cautiones nudæ judicio sisti, judicatum solvi, & similes, sed eæ, cum vulgares, & solemnes essent, & cum esset pronum cuique eas præstare, paulatim etiam omissæ sunt, & habitæ pro interpositis, pro non omissis. Et ideo nec ullæ hodie interponuntur, quia tacite interpositæ intelliguntur, ut in plerisque aliis causis, quod vulgo fieri olim solebat, hodie non fit, sed pro facto habetur, *l. ult. C. quæ res pign. oblig. poss. l. ult. C. de remiss. pign. l. ult. C. de fidejuss.* Hinc origo tot tacitarum stipulationum, & tacitarum hypotecarum in jure. Porro, ut dixi, ex lib. sup. qui fuit de satisd. judiciariis, de iis tam pauca restant, nempe illa duntaxat lex 8. quod earum magna pars obsolevisset ætate Justin. ut hodie omnes obsolevisse constat. At post satisdationes Paulum in his lib. ad edictum tractasse de judiciis, idem ipse argumentum præbet *lib. 1. sent.* in quo proponit tit. de judiciis omnibus, sed primum tit. de satisd. qui ordo titul. etiam servatur in Cod. Justin. ut præcedat titul. *de satisd.* sequatur titulus de judiciis.

ciis. Et placet valde, quod Paulus *lib.1. sent.* ita generaliter concipit tit. de judiciis. *De judiciis omnib.* inquit. Nam ex eo intelligimus sub eo titulo expositas fuisse varias divisiones, & varia genera judiciorum, & illam præcipue divisionem, quæ summa, & capitalis est, ut ita dicam, in judicia privata, & publica. Unde non mirum, si post traditas lib. 14. satisdationes judiciarias, quæ judiciales dicuntur (ut obiter moneam) non à judicibus, sed à judiciis, quia propter judicia interponuntur, ut irrita non sint, *l.1. de præt. stipul.* simul ac traditas cæteras prætorias, & necessarias satisdationes, hoc lib. 15. non mirum, inquam, si Paulus posita divisione judiciorum in privata, & publica, rursus subdividat publica in capitalia, & non capitalia, *l.2. de publ. judic.* Docens (ut eam breviter expediam) capitalia judicia publica, quæ omnibus patent esse ea, quorum pœna est mors, vel exilium, id est, peregrinitas, mors naturalis, vel civilis. Strictius aliquando judicia capitalia dicuntur ea tantum, quæ ultimam pœnam irrogant, ultimum supplicium, quod mortem naturalem interpretamur. Quæ irrogant pœnam sanguinis, ut loquuntur, sanguinem accipientes pro cæde vitæ, ut illo loco, *multo vitam cum sanguine fudit*: neque enim omnis ultima pœna sanguine persolvitur. Et sic in *l. transigere, C. de transact. l. ult. C. si reus, vel accusator mort.* capitalia crimina dicuntur ea tantum, ex quibus pœna mors est naturalis, non exilium. At frequentius etiam ea capitalia dicuntur, ex quibus pœna est exilium, id est, amissio civitatis, sive peregrinitas, quæ contingit per aquæ, & ignis, & tecti interdictionem, vel per deportationem in insulam cum publicatione omnium bonorum, quæ media est capitis deminutio. Et multo magis capitalia dicuntur etiam ea, ex quibus pœna est maxima capitis deminutio, id est, amissio civitatis, & libertatis, quæ contingit per damnationem in metallum, veluti ex l. Jul. Majest. & l. Cornel. de sicar. Non capitalia autem sunt, ex quibus pœna est relegatio in insulam, quæ & exilium dicitur improprie: exilium scilicet, quod salva civitate contingit, ut ait *l.4. §.1. si quis cantion.* ex qua nulla contingit capitis deminutio. Exemplo est crimen publicum ex leg. Julia de adult. cujus pœna, ut ex sententiis Pauli noviter repertis didicimus, in adultera est relegatio in insulam, & ademptio dimidiæ partis dotis, & tertiæ partis bonorum, ita ut in diversas insulas relegarentur, quod nondum cuiquam compertum erat certo. Non capitalia etiam sunt, quibus pœna pecuniaria imponitur, vel coercitio corporalis, veluti fustium admonitio, ut olim ex *l. Fabia, & ex lege Visellia*, de qua est titulus in *C. ad legem Viselliam*. Et hæc est divisio judiciorum publicorum, quæ proponitur in d. l. 2. Credibile autem est & hoc lib. 15. Paulum proposuisse alias judiciorum divisiones, & quidem plurimas, quæ prætermissæ sunt à Triboniano, forte an quod in usu ea judiciorum genera esse desiissent, ut & hoc lib. & seq. multa alia, quæ de judiciis Paulus scripserat, id est, de ordine omnium judiciorum, & modo exercendarum, & disceptandarum litium, de quo officio judicis in cognoscendo, & de formulis, quod jam tum omnia judicia facta essent extraordinaria, nec peragerentur ex legibus solemni more, solemni ordine, ritu, *l. ordo, de publ. jud. l. actio, de neg. gest. l.2. ex quib. caus. majores, §. ult. Inst. de interdict.* Prætermissa esse etiam pleraque eadem ratione de veteribus edictis, aut legib. judiciariis, veluti Sempronia, Servilia, Cornelia, Pompeja, Aurelia, quas fuisse judiciarias docet Philip. 1. M. Tullii. Ea, inquam, omnia, quod obsolevissent, Tribonianus noluit his libris inserere, neque etiam ea forte, quæ de foro competenti, & de loco, quo judicia exerceri solent Paulus scripserat, quod eorum ratio immutata esset: nec de tempore finiendarum litium, quod à Justiniano mutatum erat in *l. properandum, C. de jud. l. ult. C. ut intra certam temp.* Ex his etiam, quæ hodie usui esse poterant, quæ Paulus his libris insperserat, veluti de personis, quæ in judicio consistere, & quæ judicio præesse possunt, & de litigatoribus contumacibus, qui adesse jubentur, nec veniunt de frustratoribus, potuit Tribonianus prætermisisse quædam, quod ex aliis auctoribus ea satis exposuisset in titul. *de judic.* Hinc factum est, ut ex lib. seq. qui etiam erat de judiciis omnibus, duæ tantum supersint leges.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. VIII. de Petit. hered. *Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui cum ignorabat vires testamenti, judicium defuncti secutus est.*

IN hoc Libro duæ tantum sunt leges. Una est *l.8. de pet. heredit.* quæ hoc tantum docet, eum, qui per errorem judicio centumvirali ex testamento, quod jure non valet, hereditatem petiit, errore comperto non prohiberi postea emendato eodem judicio, hereditatem petere ab intestato. Quod confirmat *l. mater, de inoffic. testam. & l. illud dubitari, in fin. de acquir. hered. l.2. C. de success. ed.*

Ad L. CXXIV. de Regul. juris. *Ubi non voce, sed præsentia opus est, mutus si intellectum habet, potest videri respondere. Idem in surdo. Hic quidem & respondere potest.*

Ad §. Furiosus *absentis loco est. Et ita Pomponius libro primo epistolarum scribit.*

ALtera est *l.124. de reg. jur.* quæ lex quo pertineat, non animadvertunt: sane non pertinet etiam, nisi ad judicia: *ubi non voce, &c.* Respondere quid est? Respondere litigator videtur, qui præsens judicio adest, etiamsi nihil ipse loquatur. Præsentia utriusque adversarii opus est, non etiam voce, præsentia pro voce est, ut respondere intelligantur, ut in *l. & post edictum, de jud. l.1. & 2. C. de hered. vend.* Habent patronos, habent procuratores, sive cognitores, qui sunt procuratores præsentium, per quos intentionem suam judici exponere possunt. Illorum non vox, sed præsentia tantum requiritur. Et ob id recte dicitur mutus in judicio consistere posse, ut in *l. si quis eum, §. ult. comm. divid.* quia respondere videtur, si præsto sit, & intelligat quid agatur. Et multo magis surdus in judicio consistere potest, & litigare, quia & hic ore suo respondere potest. Furiosus autem in judicio consistere non potest, *l.49. de recept. qui arb. recep. l. furiosa, de re judic.* quia etsi corpore præsens sit, tamen absentis loco semper habetur, quia caret intellectu, *l.2. §. pen. de jure codicill. l. sed si unius, §. filiosamil. de injur.* Et sententia dici debet præsentibus ambobus, ut est in 12. tab. in omnibus judiciis, *l. de unoquoque, de re jud. l.19. C. ad leg. Juliam de adult.* Furiosus autem præsens esse nunquam intelligitur. Præsens est in judiciis, qui intellectu præsens est, non qui corpore solo. Quo fit, ut etiam furiosus, si furor ejus sit intervallatus, judex specialis dari possit, quia ejus, qui judex datur, præsentia, vel scientia non exigitur: etiam absens recte judex datur: ergo & furiosus, *l. cum furiosus, de judic.* ut scilicet furore finito tantum judicio operam det. Et tamen mutus judex dari non potest, quia voce opus est, nec præsentia judicis sufficit. Et similiter surdus judex dari non potest, *l. cum prætor, §. non autem, de judic.* quia & auditu opus est. Necesse scilicet est, ut judex audiat litigatores, alioqui finire inter eos litem non posset.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XII. de Judic. *Cum prætor unum ex pluribus judicare vetat, cæteris id committere videtur.*

Ad §. Judicem dare possunt, *quibus hoc lege, vel constitutione, vel*

vel SC. conceditur. Lege, sicut Proconsuli. Is quoque, cui A *mandata est jurisdictio, judicem dare potest: ut sunt legati proconsulum: item hi, quibus id more concessum est, propter vim imperii, sicut præfectus urbi, cæterique Romæ magistratus.*

Ad §. Non autem *omnes judices dari possunt ab his, qui judicis dandi jus habent: quidam enim lege impediuntur, ne judices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus, & perpetuo furiosus, & impubes: quia judicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus, fœminæ, & servi, non quia non habent judicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.*

Ad §. Qui possunt *esse judices, nihil interest, in potestate, an sui juris sint.*

LIBER hic XVII. fuit etiam de judiciis omnibus, B & convenienter ei initium dat etiam *l.12.de judic.* In unam rem sive litem à prætore non semper unus tantum datur judex specialis, sed nonnunquam plures, ut *l.proponebatur, inf.b.t. l.duo, de re judic.* Et si quidem prætor plures dederit, ac deinde omnes eos judicare vetet, judicium solvitur, *l.judicium, inf. b.t.* Sed si unum ex iis tantum judicare vetet, judicium non solvitur. Imo ut Paul. ait initio hujus l.unum vetando judicare, cæteris id injungere videtur, ut judicent. Deinde explicat Paul.io hac l.qui judices dare possint. Judices litigatoribus dare in urbe potest, non tantum prætor more majorum propter vim imperii sui, ut ait, id est, suo jure, magistratus jure, etiamsi id ei nulla lex specialiter permiserit, atque adeo mandata jurisdictione transfert etiam judicis dandi licentiam, quia ei competit jure magistratus. At non tantum prætor C judicem litigatoribus dare potest, sed etiam præfectus urbi, *l.ult.de of.præf.urb.* & consul, *l.1. §.1.de appell.* & præfectus prætorio, *l.1.quis, & à quo appell.* & omnes magistratus urbani cujuscunque ordinis, *l.ult.quis.& à quo appell.* Et inde *l.3. de jurisd.* quam inscriptio docet esse de magistratibus urbanis, jurisdictionem consistere ait, simulatque imperium mixtum, quod scilicet jurisdictioni immixtum est, consistere etiam ait in judicis dandi licentia. Provinciales autem magistratus, non quidem more majorum, aut jure suo judices dare possunt, sed alii ex lege speciali, quæ hoc eis nominatim dedit, ut Proconsules, ut legati Proconsulum, post mandatam sibi jurisdictionem à proconsulibus, *l.legatus, de off.procons.* legati Proconsulum post mandatam sibi jurisdictionem à Proconsulibus judices dare possunt, non ex mandata jurisdictione, sed ex lege speciali, quæ hoc eis dedit, ut D ubi eis mandata esset jurisdictio, & judicis dandi jus habeant. Alii vero SC. aut constitutione aliqua, ut procuratores Cæsaris, qui in causis fiscalibus judices dare possunt, *l.ex consensu, §.1.de appell.* Judex etiam specialis datus à principe, non etiam à magistratu, datus in eam causam, in quam judex datus à principe est, alium dare judicem, id est, subdelegare, ut loquuntur, potest, *l.5.C.de judic.l.ult.C.ubi, & apud quem cog.rest.* Et ii sunt, qui judices dare possunt. Alii more majorum, & suo jure, tacito jure, alii lege certa, aut SC. aut constitutione. Subjicit Paulus, qui judices dari possint: & non possunt quidem omnes judices dari, non sunt omnes idonei ad judicandum: Nam alii lege impediuntur, ne judicent, alii moribus, alii natura. Lege impediuntur senatores, qui senatu moti sunt, infamia notati ob crimen publicum: hi nempe judices dari prohibentur. lege public.judiciorum, E qua damnati sunt, *l.2. de Senatorib. l.1. ad leg. Juliam de vi priv.* Moribus autem impediuntur fœminæ, & servi, quia moribus receptum est, ut civilibus officiis non fungantur. Civilia officia sunt virilia, & liberalia officia, non servilia, non fœminea, *l.2. de reg. jur.* Natura autem impediuntur surdus, & mutus, quia in cognoscendo, auditu, & voce opus est, maxime aurium sensu, quod sup. attigimus in *l.124. de reg.jur.* Surdus, & mutus judices esse prohibentur natura, id est, naturali ratione, & manifestissima, *l.1.§.furiosi, & l.44.de oblig.& act. l.sicut, de usufr.* natura etiam judicare prohibentur perpetuo furiosus, & impubes, quia ut ait Paulus, judicio carent. Argumentatur à nomine, judicio carent, ergo judices esse non possunt, ut in Instit. impuberes testamentum facere non possunt; quia nullum animi judicium habent, & testamentum ultimum judicium est, *l.mater, de inoffic. testam.* Et recte ait, *perpetuo furiosus:* Nam is, cujus furor temporalis est, judex fieri potest, etiam dum furore corripitur, ut ubi ille furor recesserit, tum judicio operam det, *l.cum furiosus, inf.hoc tit.* Et quod ait, *impubes*, extendi velim ad eum, qui nondum attigit plenam pubertatem, id est, 18.annum ex *l.quidam, de re jud.* Postremo Paulus notat in hac l.12. qui judices dari possunt, eos, qui lege non impediuntur, vel moribus, vel natura, judices dari posse, sive patresfam.sint, sive filiifam. Nam judicare publicum, & civile munus est, *l.78.inf.hoc tit. l.pen.de vacat.muner. l.2.de regul.jur.* Et in publicis causis non spectatur jus patriæ potestatis, *l.14.in prin.ad Trebell.l.filiusfam.de his, qui sunt sui, vel alien. l.6. quod cujusque univers.*

Ad L.III. de Interrog. in jur. fac. *Quia plerumque difficilis probatio aditæ hereditatis est.*

PRoposuit etiam hoc libro Paulus edictum de interrog. in jure fac. Ex hoc edicto *de interrog.* qui conveniuntur in judiciis interrogati à prætore, vel ab adversario, ut *l.9. §.1.de interrog. in jur.fac.* respondere coguntur suo ore, & ex responso suo obligantur, sive verum confiteantur: interrogati scilicet in jure, vel in judicio, non si extra judicium, sive, inquam, verum confiteantur, sive mentiantur, ut si à creditore hereditario in judicio interrogati, an heredes sint, & quota ex parte heredes sint, responderint, se heredes esse ex semisse, licet mentiantur, obligantur tamen pro semisse. Et has sæpe interrogationes in judicio fieri à prætore, vel adversario in jure apud prætorem necesse est, quoties difficile est actori probare, heredem esse eum, cum quo agere constituit: quia ut ex hoc libro Pauli est proditum in *l.3. de interrog. in jure fac.* difficilis est sæpenumero probatio aditæ hereditatis: maxime hodie sublatis cretionibus hereditatum, quæ fiebant palam, & solemniter, adhibitis testibus quamplurimis. M. Tull. ad Atticum: *Cretionem hereditatis Plinii fuisse factam testibus præsentibus 62.* At hodie fit nemine adhibito, nuda voluntate aditio hereditatis. Idcirco difficilis ejus est probatio, & necesse est prius interrogari eum, cum quo acturus est creditor hereditarius, quasi cum herede, an heres sit, an adierit hereditatem, an pro herede se gesserit. Et secundum hæc eodem ipso libro Paulus.

D Ad L.XII. de Interrog.in jure fac. *Si filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in jure interrogatus responderit, se heredem esse, tenebitur. Nam ita respondendo pro herede gessisse videtur. Sin autem filius, qui se abstinuit, interrogatus tacuerit: succurrendum est ei, quia hunc qui abstinuit, prætor non habet heredis loco.*

Ad §.Exceptionibus, *quæ institutis in judicio contra reos actionibus opponuntur, etiam is uti potest, qui ex sua responsione convenitur, veluti pacti conventi, rei judicatæ, & cæteris.*

FIlius patri suus heres est ipso jure, & velit nolit: qui tamen beneficio prætoris se abstinuit hereditate paterna, si postea interrogatus apud prætorem, an heres sit defuncti, responderit, se heredem esse, ait, ex suo mendacio teneri in solidum, perinde ac si adiisset, vel pro herede gessisset, non abstinuisset se. Non hoc dicit *l.12.* eum, qui abstinuit E se, postea pro herede gerere posse: nam hæc variatio non admittitur, sed eum, qui post abstentionem respondit, se heredem esse, perinde teneri, ac si non abstinuisset, sed se pro herede gessisset, teneri ex suo mendacio: mendacium est, quia etsi jure civili maneat heres, qui abstinuit se, *l.cum quasi, §.sed etsi suus, de fideicommiss. libert. l.6. §.si filius, de bon.libert.l.2.§.sed si sint sui, ad Tertyll.* tamen heres est sine re, & prætor eum non habuit heredis loco, cui permisit, ut se abstineret bonis: prætori non est heres. Cum igitur apud prætorem dixit se heredem esse, mentitus est, quia prætori non est heres: an ergo idem dicemus, puta teneri eum in solidum, si interrogatus apud prætorem, an heres esset, tacuerit, nihil responderit? Et videtur idem esse dicendum,

ut in

Digitized by Google

ut in solidum teneatur, quia qui tacet apud prætorem, qui superbe se gerit apud prætorem, nec ei interroganti respondet, in ea causa est, ut negasse videatur, *l.* 11. *§. qui tacuit, & §. nihil, sup. hoc tit.* Cajus 2. Instit. apud Boetium in Top. Cicer. *Cessio in jure*, inquit. *fit hoc modo apud magistratum, is, cui res in jure ceditur, rem tenens ita vindicat: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo: deinde postquam hic vindicaverit, prætor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet: quo negante, aut tacente, prætor addicit ei, qui vindicavit eum.* Quo negante, & tacente, inquit. Ecce tacentem comparat neganti. Et eodem modo filius, qui se abstinuit hereditate paterna, si interrogatus apud prætorem, an heres sit, tacuerit, negasse videtur se heredem esse, quod quia falsum est, jure enim civili heres manet etiam qui abstinuit se, ideo ex suo mendacio in solidum teneri videri. At contra rectissime Paulus ait hoc loco, *ei succurrendum esse ne teneatur*: quia etsi ejus taciturnitas pro negatione habeatur, verum est eum apud prætorem heredem non esse, à prætore eum non haberi heredis loco. Prætori itaque non mentitur, qui apud prætorem interrogatus, postquam se abstinuit, an heres sit, tacet, quod est, negat. At idem, qui se abstinuit, quum apud prætorem affirmat, se heredem esse, ut in priori specie, sane mentitur prætori. Et ideo hic in solidum tenetur, ille non tenetur. Hæc est ratio hujus legis. Addit Paulus in fine legis, eum, qui ex suo mendacio, & ex sua responsione convenitur, puta quasi heres, qui se heredem respondet, quamvis revera non sit, adversus actorem tueri se posse exceptionibus, quæ vero heredi competunt ex persona defuncti, veluti exceptione pacti conventi, vel rei jud. vel doli mali, vel jurisjurandi. Cur ita? quia per omnia pro herede habetur, & pro se, & contra se, quod maxime notandum.

Ad L.IX. Depositi. *In depositi actione, si ex facto defuncti agatur adversus unum ex pluribus heredibus, pro parte hereditaria agere debeo. Si vero ex suo delicto, pro parte non ago. Merito: quia æstimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit.*

HÆc lex, quæ in Florentinis tribuitur *lib.* 17. proculdubio rectius in aliis libris redditur *lib.* 31. ad edictum, quia est de actione depositi tantum, non de judiciis omnibus. Sententia apertissima est: ut actione depositi ex dolo defuncti, si plures sint heredes, singuli teneantur pro parte hereditaria, etiamsi nihil ad eos pervenerit. Unus heres, vel unicus tenetur in solidum, si sunt plures, singuli tenentur pro portione hereditaria, *l. si hominem, §.* 1. *hoc tit. Lex depositi, de oblig. & activ. l. ad ea, §. ult. de reg. jur.* ex dolo, inquam, defuncti, nam ex dolo proprio singuli tenentur in solidum. Coheredes autem non tenentur, qui doli participes non sunt.

Ad L.III. de Re judicata. *Qui damnare potest, is absolvendi quoque potestatem habet.*

REstant ex lib. 17. de judiciis omnibus leges quinque; ac primum quidem *lex* 3. *de re judicata*, cujus verba hæc sunt: *qui damnare potest, absolvendi quoque potestatem habet.* Licet in formulis actionum nulla fiat mentio absolvendi, sed condemnandi tantum his verbis: *si pares eum dare oportere, condemna eum judex*, ut sæpe apud Theop. tamen qui condemnare potest, ut ait hoc loco, etiam absolvendi potestatem habet. Et in *l.* 37. *de reg. jur. Nemo*, inquit, *qui condemnare potest, absolvere non potest.* Et retro, qui absolvere potest, condemnare potest, aliud ex alio pendet. Tertullianus 4. adversus Marcionem, *an ejus sit absolvere*, inquit, *cujus non sit etiam damnare?* Et in *l. cum Papinianus, C. de sent. & interlocut. omn. judic. qui absolvere reum potest, non reum tantum, sed & actorem condemnare potest.* Idem, qui non potest condemnare, nec absolvere, & contra, *l.* 6. *§.* 1. *de offic. procons.* Quod tamen nonnunquam vitiatur. Nam certæ sunt dignitates, quibus qui præditi sunt, si rei postulentur à judicibus, etiam iis, qui vice principis judicant, absolvi quidem possunt, sed non etiam damnari inconsulto principe, *l.* 3. *§. adeo, C. ubi senat. vel*

clariss. Quod Accurs. notat recte, & est relatum in Digestis Alphonsi regis parte 7. *tit. ult. l.* 11.

Ad L.XXXVI. eod. *Pomponius libro trigesimoseptimo ad Edictum scribit, si uni ex pluribus judicibus de liberali causa cognoscenti, de re non liqueat, cæteri autem consentiant: si is juraverit, sibi non liquere: eo quiescente, cæteros, qui consentiant, sententiam proferre: quia, etsi dissentiret, plurium sententia obtineret.*

NOn dubito, quin hoc libro, & forte duobus superioribus multa ingesserit Paulus de recuperatoriis, & centumviralibus judiciis. Hæc sane *l.* 36. *&* 38. quæ est ex eodem libro videtur ad ea judicia referri, si plures sint recuperatores, qui cognoscant de liberali causa. Plures de ea re judicare indicat satis *lex divi, §. recte, & l. cum necessitas, de lib. causa.* Et eos fuisse recuperatores, & judicia liberalia fuisse judicia recuperatoria indicat Sueton. in Vespas. c. 3. & in Domit. c. 8. Ut autem ratum sit, quod de ea re decreverunt omnes judicare, qui sint in consilio, omnes sent. suam promere oportet. Nam si vel unus desit, irrita est sent. nisi quis eorum juret, *sibi non liquere*: nam si ex pluribus unus vel duo jurent sibi non liquere, quod cæteri judicaverint, ratum erit. Itemque si unus, vel duo à cæteris dissentiant, quorum est major numerus, quod cæteri judicaverint pro eo habetur, ac si ab omnibus judicatum esset, *l.* 39. *hoc tit. l. quod major pars, ad municip. l. sicuti, de recep. l.* 5. *in fin. C. de legationib. lib.* 10. Jusjurandum illud non liquere, judicandi necessitate absolvit, Gell. 14. c. 2. *juravi*, inquit, *mihi non liquere, atque ita judicato illo solutus sum.* Quod tamen ita procedit si absolute juarit, *non liquere*. At si juravit, *nondum liquere*, judicato non absolvitur ille, qui juravit, sed spatium ei datur ad deliberandum, *l.* 3. *§. ult. de recep.* Eaque dilatio appellatur ampliatio in iisdem causis liberalibus. Idem in l. 38. cujus verba hæc sunt.

Ad L.XXXVIII. eod. *Inter pares numero judices si dissonæ sententiæ proferantur: in de liberalibus quidem causis (secundum quod à Divo Pio constitutum est) pro libertate statutum obtinet. In aliis autem causis pro reo. Quod & in judiciis publicis obtinere oportet.*

Ad §. Si diversis summis *condemnent judices: minimam spectandam esse, Julianus scribit.*

DOcet inter pares numero recuperatores, si dissonæ sententiæ proferantur, puta si sint 20. recuperatores, & 10. pro libertate judicent, 10. contra libertatem, eam sententiam præferri, quæ pro libertate facit: favere nos in dubiis semper libertati, quod l. Junia cautum est, *l. lege, de manumissionib.* & ut ait, hoc loco, constitutio Divi Pii. At quid hac constitutione opus fuit, si hoc cautum jam fuit ante lege Junia Petronia? Videntur non eadem omnino de re fuisse l. Petronia, & constit. D. Pii. Lex Petronia fuit de probandis manumissionum causis apud consilium prætoris, vel præsidis, qua de re sunt multæ leges in illo *tit. de manumiss.* In illo consilio ex l. Petronia prævalet ea sent. quæ manumissionis causam probat, atque adeo, quæ pro libertate facit. Propensiores ex ea lege in libertatis partem esse debemus. Constitutio D. Pii fuit de litibus, & de causis liberalibus, in quibus disceptatur liber quis sit, an servus. Neque vero obstat huic definitioni, ut in libertatis partem, si utraque pars sit par, propensiores simus, *l. duobus, de liber. caus.* Nam nos loquimur de uno judicio, in quo dissonæ sunt pares judicum sententiæ. Ubi certum est, eam sententiam esse potiorem, quæ facit pro libertate. Lex *duobus* non loquitur de uno judicio, de una causa liberali, sed de duobus separatis judiciis duorum, eundem hominem in servitutem petentium, quorum uno judicio unus vicit, homine servo pronuntiato: alter ab altero victus est, homine judicato libero. Idcirco magna quæstio est in ea lege, an ab eo, qui vicit, is homo duci, quasi servus possit: & in eam rem proponuntur variæ opiniones in *d. l. duobus*, quæ tamen interim nihil ad rem propositam faciunt, quoniam non ibi fuit unum judicium liberale, sed duo separata judicia.

cia. In aliis menta causis, quam liberalibus, sive publicæ, si- A ve privatæ fuerint, prævalet ea sententia, quæ pro reo facit: vulgo existimant prævalere eam sententiam, quæ pro reo facit in causis criminalibus, non in civilibus. In civilibus dicunt, si pares sint dissonæ sententiæ, alios esse adjungendos judices, qui eam paritatem discriminent, dissseparentque, *quon appelle, despartissent:* in criminalibus autem dicunt, *le partage n'avoir lieu*, id est, eam partem esse sequendam, quæ pro reo facit. Verum hæc lex ostendit in omnibus judiciis sine distinctione, sive publicis, sive privatis, eam sententiam prævalere, quæ pro reo facit, quod ostendit *l. si pars, de inoffic. testam.* Quæ, si agatur contra heredem querela inoff. testamen. quod est centumvirale judicium, & pars judicum pronuntiet contra testamentum, contra heredem, contra reum, pars pro testamento, pro herede, pro reo, eam sententiam ait esse sequendam, B quæ pro testamento facit. Ergo quæ pro reo facit: & tamen causa est civilis, non criminalis. Rei ergo cujuscunque generis sint, paribus sententiis absolvuntur. Quod imputari publicæ misericordiæ, & humanitati Quintil. ait *declam.* 254. Seneca 1. Epistol. in fi. *reum paribus sententiis absolvi, ac semper quidquid dubium est, humanitatem in melius inclinare*. Et similiter *d. l. si pars*, quæ pertinet ad centumviralia judicia, nempe ad petitionem hereditatis *de inof. testam.* humanius esse sequi ejus partis sententiam, quæ pro testamento facit, ergo pro herede, pro reo, qui convenitur de inoffic. testamento. Pro reo facit, quæ pro testamento facit. Reus una sententia damnatur, id est, si vel una sententia superet pars, quæ condemnat: paritas absolvitur, id est, si non plures pro actore, quam pro reo fuerint, pares sententiæ reo prosunt, ut si sint judices 20. sententiis 10. reus absolvitur, sententiis C 11. condemnatur. Quod & in Areopago servatum fuisse perpetuo: & inde vulgo jactatum proverbium illud, *Minervæ suffragium*, Minervæ sententia, quasi reo absoluto paribus sententiis, pro eo, Minerva suffragium suum superadjiciat, ut suo suffragio pars absolventium exsuperet partem condemnantium, alii prodiderunt, & observ. 12. cap. 16. Quibus nunc suggero alium locum ex Electra Euripidis, ubi aperte ait, ὁ δὲ νόμος, &c. *Lex posita est semper reum vincere paribus sententiis:* & alium in Iphigenia Taurica, Νικᾶν, &c. *Vincere eum, qui pares tulit sententias absolutorias.* Et observandum valde ex hac lege, quod jam attigi, id observari in omnibus judiciis publicis, & privatis, quia ait, quod & in publicis judiciis, & criminalibus obtinere oportet, quasi dicat, non in privatis tantum, sed & in publicis: quo sermone etiam indicat, in privatis facilius nos incli- D nare in partem, quæ pro reo facit, quam in publicis, & criminalibus, in quibus versatur ratio severitatis publicæ, cujus interest, ne crimina maneant impunita: sed tamen hoc in publicis judiciis ait l. 38. obtinere. Et placet valde, in hanc rem, quod generaliter ait Paulus 4. *sent. tit. 12. inter pares sententias clementiorem severiori præferri, & certe*, inquit, *humanæ rationis est favere miserioribus, & prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possumus*. Verba digna, quæ memoriæ mandentur, hinc regula juris, favorabiliores esse reos, quam actores. Iis tantum, quæ retulimus ex hac l. 38. obiici potest *l. 28. hoc tit.* quæ si duo judices dati sint, qui diversas, & contrarias sententias dederint, non dicit absolutionem condemnationi præferri, non clementiorem severiori præferri, non eam, quæ absolvit, esse potiorem ea, quæ condemnat: sed dicit, utramque sen- E tentiam esse in pendenti, donec judex competens unam earum confirmarit. Sed ut breve faciam, dico in hac re separanda esse judicia recuperatoria, & judicia centumviralia à judiciis pedaneis, judiciis inferioribus, quibus pedanei judices addicuntur. Nos legem 36. & 38. accipere de judiciis recuperatoriis, & de centumviralibus quoque, quibus prætor, aut præses præsidebat. Illi adsidebant: pedanei non adsidebant: recuperatoriis, inquam, & centumviralibus judiciis Prætor, aut Præses præsidebat, Plinius 5. *Epistol. & Theophilus in §. eadem lege Instit. qui, & à quibus manum.* Et de centumviralibus absque dubio est *d. l. si pars, de inoffic. testam. & l. 37. hoc tit.* quæ est conjungenda cum *d. l. si pars*, utraque enim est ex Marcelli 3. Digestorum, & quibus intermedia est, ideo *l. 36. &* 38. etiam de centumviralibus, aut recuperatoriis judiciis accipi debent. In iis absolutio condemnationi præponitur omnimodo, in iis prætor, qui eis præsidet, absolutionem præfert semper condemnationi. *Il conclura pour eux*. De iis judiciis non loquitur l. 28. quam objicimus, sed de inferioribus judiciis pedaneorum judicum, qui duo si dati sint, qui sint dissona sententia, judex competens, id est, prætor, qui eos dedit, confirmat utram mavult, exequiturque. Ad prætorem pertinet executio sententiæ judicum à se datorum, *l. à divo Pio, hoc tit.* & confirmatio igitur, quia pedanei judices jurisdictionem non habent: recuperatores, & centumviri jurisdictionem habent. Additur ex Juliano in fine hujus legis 38. si recuperatores, vel centumviri reum diversis summis condemnent, quidam in 100. quidam in 80. quidam in 30. & sententiæ sint in æquo, in pari numero, minimam summam sequendam esse, quia in hanc scilicet omnes consenserunt, ut *l. diem, §. si plures, de recept.* Sed de his hactenus satis. Restant duæ leges.

Ad L. VI. de Vi & vi armata. *In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti interfuit possidere. Et hoc jure nos uti Pomponius scribit, id est, tanti rem videri, quanti actoris interfuit: quod alias minus esse, alias plus: nam sæpe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est, veluti cum quæstionis habendæ, aut rei probandæ gratia, aut hereditatis adeundæ, interfuit ejus, eum possideri.*

Restant duæ leges, *lex 6. de vi, & vi arm. l. 35. de verb. sign.* quas omni adseveratione confirmo non recte tribui huic libro 17. quia non sunt de judiciis omnibus, de ratione exercendorum judiciorum omnium, ut leges superiores: sed *l. 6. de vi, & vi armata*, est de interdicto unde vi, & rectius tribuitur *lib. 67.* in aliis codicibus, qui totus fuit de interdictis, ut est intelligere ex Indice legum, quem ego edendum curavi. Et hoc vult *d. l. 6.* in interdicto unde vi, tanti damnari eum, qui actorem vi dejecerit de possessione prædii, quanti ea res est, id est, quanti ejus interest possidere, quanti ejus interest se vi dejectum non esse, *l. 1. §. non solum, eod. tit.* ut scilicet reus actori restituat, quod habiturus, vel adsecuturus erat, si vi dejectus non fuisset, aut æstimationem litis. Qua de re tamen aliquando agi judicio recuperatorio indicat oratio pro Cæcinna, quæ est de hoc interdicto, & habita est ad recuperatores. Æstimationem autem ejus quod interest, Paulus in *d. l. 6.* varie fieri docet, modo pluris, quam res sit, quæ amissa est, modo minoris, quam res sit. Quod etiam ostendit *l. 1. de act. empt. & l. 9. ad exhib.* Et exemplum ponit Paulus in *d. l. 6.* in homine, qui in eo prædio erat, unde actor dejectus est, quem quandoque habere pluris actoris interest, quam is homo est, veluti quum quæstionis habendæ causa interest ejus eum servum possidere, ut eruat veritatem rei, de qua quæritur: vel quum interest ejus eum heredem habere rei probandæ causa, quam ille optime callebat: vel etiam hereditatis adeundæ gratia, quæ ei delata erat jussu suo. Et hæc est sententia hujus legis.

Ad L. XXXV. de Verb. signif. *Restituere autem is intelligitur, qui simul & causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est, & usucapionis causam, & fructuum.*

Lex 35. de *verb. signif.* male etiam tribuitur huic lib. 17. quæ tribuenda est 26. tit & ordo librorum ad edictum, qui in eo tit. servatur, evincit: & contextus ipse legis, qui plane respicit, non ad judicia omnia, sed ad rei vindicationem tantum, & actionem ad exhib. quæ propter vindicationem instituitur, quæ actiones sunt arbitrariæ: nimirum inest iis ea clausula, *nisi rei arbitrio judicis restituatur tempore litis contestatæ, quanti ea res erit, condemna eum judex*. In his actionib. *restituendi* verbum latissime accipitur, ita ut non videatur restituisse, qui non restituit omnem pristinam causam, quam actor habiturus erat, si arbitrio judicis

cis

Digitized by Google

cis res ei ab initio restituta fuisset. Ergo in has actiones, aut in condemnationem ultimam venire fructus,& partus, & usucapionis causam, ut si post litem contestatam rem possessor usuceperit (litis enim contestatione jam cœpta usucapio non interrumpitur) nihilominus eam rem reddat, quasi non usucaptam, ut in *l.si post accep. l.præterea, l.Julianus,§.item Julian. l.qui restituere,de rei vindic. l.9.§.quantum, ad exhibend.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

DE judiciis fuerunt tres, aut quatuor libri superiores, hic autem præcipue est de jurejurando, quod & in judiciis omnibus adhiberi solet, re deducta in judicium ante finem judicii, demissa ad jusjurandum, *l.3. §.quacunque, l.34. in princ. de jurejur.* Et ideo incipiam à legibus, quæ sunt ex hoc libro Pauli de jurejurando.

Ad L.II. de Jurejur. *Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem, quam res judicata.*

PRima est lex 2.in qua Paulus ait,jusjurandum obtinere speciem transactionis: quod de eo jurejur. proprie dicitur,quod pars parti defert:id loco transactionis,vel pacti conventi cedit,*l.31.& 35.§.1. hoc tit. l.21.de dolo.* Utroque remedio ex conventione partium lites deciduntur. Nec tamen per omnia jusjurandum obtinet speciem transactionis, vel pacti conventi. Nam qui transigit, vel paciscitur de actione famosa, notatur infamia, non etiam, qui delato jurejurando jurat se non deliquisse: nam quodammodo jurejurando innocentiam suam approbavit, *l.6. §. sed etsi jurejurando, de his, qui not.infam.* At qui paciscitur data pecunia, & se redimit ab actione famosa, ex diverso quodammodo confitetur, se reum delicti esse. Speciem etiam habet jusjurandum, aut vicem rei judicatæ: quia qui defert jusjurandum adversario, eum quodammodo judicem de sua causa facit,*l.1.in prin.quar.rer.actio non det.* Imo, ut ait Paulus in hac l.2. majorem auctoritatem habet jusjurandum, propterea scilicet, quod inseritur sacra testatio, propter religionem, quæ inseritur, & conventionem, quod duplex est vinculum. Majorem, inquam, auctoritatem habet, quam res judicata, nimirum (ut exemplis aliquot id demonstrem) quia à re judicata appellari potest: Ab eo, quod jurejurando semel decisum fuit ex conventione litigantium,appellari non potest:& retractari quoque facilius res judicata potest, quam jusjurandum, *d.l.31. hoc tit.* Et mulieri missæ in possessionem ventris nomine prodest jusjurandum, si juraverit se esse prægnantem, quamvis vere prægnans non fuerit, ne ex edicto prætoris, *si mulier vent. nom. in poss. cal. caus.fuer.* conveniatur quoque actione in factum, quasi calumniæ causa ventris nomine fuerit in possessione, *l.3. §.pen. hoc tit. l.1. in princ. si mulier vent. nomine calumniæ, &c.* Et tamen ad excusandam calumniam mulieris solum decretum prætoris, quo missa est in possess. ventris nomine, ei non prodest. Plus ergo tribuitur jurijurando, quam rei judicatæ. Neque tamen semper per omnia jusjurandum majorem, quam res judicata auctoritatem habet. Si juravero me esse patronum Mævii, jusjurandum me patronum non fecit: res judicata, id est, si judicatum sit, me patronum Mævii esse, me per omnia patronum Mævii facit: non semper jusjurandum pro veritate habetur, semper res judicata pro veritate habetur, *l.si juravero, de jure patron. & l.ingenuum, de stat. homin.*

Ad L.IV. eod. *Vel filiorum tuorum.*

HÆc lex ex eo pendet, quod est in *l.3. §.ult.* jurare oportere arbitrio ejus, qui defert jusjurandum:jurari oportere ut delatum est. Præire verba jurisjurandi solet is, qui defert jusjurandum, ea subsequi omnimodo necesse est, ut ratum sit jusjurandum. Cæterum si ego detuli, ut per Deum jurares, tu juraveris per caput tuum, vel, ut Paulus subiicit in *l.4.* per caput filiorum tuorum, quod fiebat olim manu capiti imposita, devoto capite, quod attrectabat, quia non jurasti, ut tibi delatum est, ratum jusjurandum non est. Et maxime hodie hoc jusjurandum per caput tuum, vel caput liberorum tuorum, etiamsi ita delatum sit, ratum habendum non est: Nam id nominatim dominus, & sospitator noster vetat in Evangelio.Cæterum frequens erat olim jurare per caput suum, aut liberorum suorum. Ovid.5.Trist.

Per caput ipse suum solitus jurare, tuumque.

Et Silius Italicus 8.

Juro caput Anna, tibique, Germanæque tuæ.

Servius in illum locum Virgilii:

*Per caput hoc juro,per quod pater ante solebat,*scribit.Pontificibus non licuisse jurare per liberos,sed per deos:jurare per caput suum,per liberos suos,quod frequens est Demostheni in Aphobum, *καθ' ὑμῶν ἢ κατ' παίδων ὀμνῦναι.*

Ad L.VI.eod. *Remittit jusjurandum,qui deferente se,cum paratus esset adversarius jurare,gratiam ei facit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi. Quod si non susceperit jusjurandum, licet postea parato jurare actor nolit deferre,non videbitur remissum: nam quod susceptum est, remitti debet.*

HÆc lex 6. huic libro recte tribuitur in Noricis, male in Florentinis 19. In quo de jurejurando nihil. Sed omnia Paulus in hunc de jurejurando cujuscunque generis contulerat.Et ait:Remissum jusjurandum pro præstito haberi, si modo susceptum fuerit: ut si mihi detulisti, ut jurarem, me tibi rem, quam petis dare non oportere, ego acceperim conditionem jurisjurandi, tu mihi parato jurare gratiam jurisjurandi feceris,pro præstito habetur,*l.9.§.1.hoc tit.*Paulus 2.sent.tit.1.*Si reus cum jurare vellet, actor ei necessitatem jurisjurandi remisit,& hoc liquido appareat, actio in eum non datur:*Sed si reus delatum sibi jusjurandum non susceperit, si non responderit, accipio conditionem, licet postea parato jurare, noluerit adversarius ut juraret, non videtur ei remisisse jusjurandum, quia id tantum remittitur, quod susceptum est semel.Quæ est sententia l.6.& ea remissio pro datione,sive præstatione jurisjurandi habetur.

Ad L.VIII. eod. *Etiamsi in rem successerint.*

HÆc lex pertinet ad verba edicti *de jurejurando*, ut si reus conditione delata juraverit, se dare non oportere eam rem, qua de agitur, ejus rei, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, ulla detur actio. Ubi his verbis, *neque in eum, ad quem ea res pertinet*, significatur non tantum successor juris, ut heres, aut bonorum possessor, sed & successor rei, ut is, qui ab eo, qui juravit, eam rem emit: nam & emptori actoris sui jusjurandum prodest, itemque donatario, & legatario. Itaque in hoc edicto ea verba, *is, ad quem ea res pertinet*, complectuntur omnem successorem, vel juris, vel corporis, *l.24. §.adjicitur,de dam.infect. l.si tibi, §.pactum, de pact.* Jusjurandum, quod quis juravit, prodest successori ejus, sive in jus universum, sive in eam rem, qua de juravit, successerit. Nec obstat, quod est in *l.2. hoc tit.* jusjurandum alterius alteri non prodesse, quia successor juris, vel rei, non intelligitur esse alter, sed quantum attinet ad eam rem, in quam succedit, idem videtur esse, qui fuit auctor ejus, eademve persona. Ut autem cuilibet successori jusjurandum auctoris sui prodest, ita & nocet. Eadem est ratio contrariorum: Nam exempli gratia: si in judicio in rem, in rei vindicatione possessore deferente actor juraverit, rem suam esse,

hoc jusjurandum nocet ei, qui detulit, atque etiam illi, qui in locum ejus succedit, non etiam extero, *l. 9. §. ult. inf. hoc tit.* quia ut subjicitur in *l.* 10. non debet alii nocere, quod inter alios actum est. Hoc nihil aliud est, quam quod dixit *l. 3. sup. & l. 1. si mulier vent. nomine, &c.* alterius jusjurandum alteri non nocere, id est, extero: & quod ait reg. juris: Non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri: Alteri scilicet, qui non in rem successerit, vel in jus universum.

Ad L. XVII. eod. *Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest.*

Ad §. Pupillus tutore *auctore jusjurandum deferre debet. Quod sine tutore auctore detulerit: exceptio quidem obstabit, sed replicabitur, quia rerum administrandarum jus ei non competit.*

Ad §. Si tutor, *qui tutelam gerit, aut curator furiosi, prodigive, jusjurandum detulerit, ratum id haberi debet: nam & alienare res, & solvi eis potest: & agendo rem in judicium deducunt.*

Ad §. Procurator *quoque quod detulit, ratum habendum est: scilicet: si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.*

SEquitur in *l.* 17. *Jusjurandum, quod ex conventione, &c.* In hoc libro 18. Paulus absque dubio proposuit varia jurisjurandi genera, & non solum id, quod de re est, qua de agitur, veluti de pecunia credita, de ære alieno, cujus eleganter Lucilius dixit plerumque jusjurandum emplastrum esse, *apud Gell.* sed etiam id jusjurandum, quod est de calumnia, de quo multæ leges extant in hoc tit. proposuit item aliud esse jusjurandum voluntarium, quod scilicet ex conventione partium extra judicium defertur, quod pars, cui delatum est, referre & rejicere in eum, qui detulit, non potest, quin faciat contra id, quod semel placitum est. Jusjurandum igitur voluntarium referri non potest, quod proponitur initio hujus legis. Aliud autem esse jusjurandum judiciale, quod in dubiis causis judex exigit ab uno ex litigatoribus in *l.* 13. *inf.* quod etiam non rejicitur in adversarium, quia neque defertur, sed exigitur. Eoque jurejurando à judice unus ex litigatoribus adigitur. (†) Aliud autem esse necessarium, quod scilicet (ut Græci rectius interpretantur, quam Latini) pars parti defert in judicio: quod & ex conventione, nimirum ex placito litigantium quodammodo proficisci videtur, maxime si suscipiatur ab eo, cui defertur, *l. 25. & 26. §. ult. hoc tit.* Et hoc quidem jusjurandum referri potest, ut is, quid id defert, juret. Et de eo idem Paulus dicit in *l.* 38. *hoc tit.* manifestæ turpitudinis, & confessionis esse, nolle nec jurare, ut defert adversarius, nec jusjurandum referre. Et hoc necessarium jusjurandum dicitur, quoniam prætor, ut edicto profitetur, eum, cui pars detulit jusjurandum, aut solvere, aut jurare cogit, videlicet, si nolit referre, *l. 34. §. ait prætor, hoc tit.* Prætoris est cogere, vel non cogere. Unde pars illa edicti apud Gel. 10. cap. 15. *Sacerdotem vestalem, & flaminem Dialem in omni mea jurisdic. jurare non cogam.* Quod & de flamine Diali refert Festus, & Livius 31. Et Plutarch. rationem reddit in problemat. Attamen flamines illos sub Tiberio & Cajo legimus apud Dionem 58. jurasse non quidem publice in curia, sed ἰδίᾳ, *privatim*. Et ideo videntur posse adjungi iis, ad quos *l. 15. hoc tit.* ait, *domum mitti oportere ad jurandum, nec in forum eos compelli debere jurandi causa.* Invenio similiter clericis nostris omne jusjurandum remitti, *l. cum clericis, C. de episcop. & cleric.* etiam jusjurandum de calumnia, quod tamen ibi negat Accursius ex constitutione Henrici 2. Imperatoris, quæ & illius *l. cum clericis* mentionem facit, *cap. 1. ext. de juramento calumniæ.*

AD §. *Pupillus.* Sequitur in hac l. 17. pupillum tutore auctore adversario jusjurandum in judicio deferre posse, non etiam sine tutoris auctoritate, quia solus ipse rerum suarum administrandarum jus non habet, & delatio jusjurandi pertinet ad administrationem rerum, sive negotiorum suorum. Et ideo, si solo pupillo deferente, adversarius juraris se dare non oportere, & ab eo pecunia petatur pupilli nomine, si utatur exceptione jurisjurandi, qua proculdubio uti potest, propter vim, & majestatem religionis, quæ interposita est huic negotio, eam exceptionem emendabit replicatio in factum, si non is detulit jusjurandum, qui jus deferendi non habuit. Hæc est formula replicationis. At si tutor ipse, vel, ut ostenditur hic, qui res pupilli administrat, quæ verba non sunt otiosa: Nam tutor honorarius, qui nihil administrat, idem non potest. Si tutor igitur, qui tutelam gerit, quæ dicit περὶ ἀντιδιοικήσεως honorarii tutoris, vel etiam si curator furiosi, aut prodigi, æque qui euram administrat, jusjurandum deferat, ratum habendum est, quia loco domini habetur. Nam & alienare res eorum mobiles potest, & rem in judicium deducere, id est, actiones, quæ eis competant intendere, dictare: & solvi quoque ei potest, si id fit è re pupilli, furiosi, vel prodigi, ut *l. 22. & 46. §. tut. & §. ult. de admin. tut. l. quod si forte, §. 1. quarum rerum actio non detur.* Sed addit hæc verba in judicio, ratum scilicet esse jusjurandum, quod tutor detulit in judicio, in re pupillari, non quod detulit extra judicium, nisi si id maxime exigat (hoc enim est addendum) utilitas negotiorum pupilli, cum & ea exigente transigere tutor extra judicium, & pacisci possit, *d. l. 46. §. ult. l. tut. de pact.* In fine hujus l. additur, procuratorem omnium negotiorum jusjurandum deferre posse, procuratorem, qui generale mandatum habet, & liberam administrationem omnium bonorum sive negotiorum, non etiam procuratorem litium. Quoniam id ei tantum mandatum est, ut peteret, ut litem ageret, vel, ut litem defenderet, non etiam ut jusjurandum deferret. Qui datur procurator ad litigandum, plenam potestatem non habet. Et ideo jusjurandum deferre adversario non potest, à quo petit nomine alieno, nisi scilicet id ei specialiter mandatum sit, ut etiam possit rem jurejurando dirimendam permittere, vel nisi in rem suam factus sit procurator, quoniam hic loco domini habetur, *l. 13. de pact.* Sicut fidejussor in rem suam loco domini habetur, *l. 24. de pact.* Eademque omnino servantur in transactione, vel pactione, cujus etiam, ut initio diximus, jusjurandum speciem obtinet, *l. 10. §. ult.* adhibitis tribus, quæ sequuntur *eod. tit. de pact.*

Ad L. XX. eod. *Servus quod detulit, vel juravit, servetur, si peculii administrationem habuit.*

Ad L. XXII. eod. *Quidam, & de peculio actionem dandam in dominum, si actori detulerit servus jusjurandum. Eadem de filiofamilias dicenda sunt.*

Ad L. XXXV. eod. *Tutor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est: quandoque enim pupillo denegabitur actio.*

Ad §. *Prodigus si deferat jusjurandum, audiendus non est. Idemque in cæteris similibus ei dicendum est. Nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive judicio, hoc jusjurandum cedit: non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad hæc habiles sunt.*

Ad §. Qui non compelluntur *Romæ judicium accipere, nec jurare compellendi sunt: ut legati provinciales.*

SIcut procurator, cui libera administratio omnium bonorum permissa est, jusjurandum deferre potest, ut dixit idem Paulus *sup. l. 17. §. ult.* Ita & nunc docet in *l. 20. hoc tit.* Servus, cui libera peculii administratio concessa est, in re aut causa peculiari, jusjurandum actori deferre, aut sibi delatum, jurare potest, & quod detulerit, quodve ipse juravit, servandum est. Nam, ut additur in *l. 21.* & debitor peculiaris recte solvit servo, qui liberam habet peculii administrationem, ut in *l. solutam, de solut.* Et idem servus, qui habet liberam peculii administrationem, novare peculiarem obligationem potest, videlicet si quod quis ei debet, id novandi causa ab alio quodam locupletiore stipuletur, ut conditionem suam faciat meliorem, vel etiam si alium stipulari jubeat, quod sibi debetur, ei delegato debitore peculiari, modo id faciat non donandi animo, sed ut ille, cui delegat debitorem peculiarem, suum negotium, id est, peculii negotium gerat: alii debitorem peculiarem delegare do-

(†) *Vide Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 18.*

donandi animo non potest, quia etiamsi liberam habeat peculii administrationem, donandi jus non habet, perdundi peculii jus non habet, donare est perdere, *l. contra, §. ult. de pact. l. 1. §. 1. quæ res pig. oblig.* Cæterum rei suæ gerendæ causa, si id exigat peculii utilitas, potest debitorem peculiarem delegare alii, alium à debitore peculiari jubendo stipulari. Quæ est sententia *legis ult. de novat.* Et in eo quidem servo, qui liberam habet peculii administrationem, verum est, quod ait *lex cui recte solvitur de novat.* cum, cui solvitur recte, etiam novare posse, videlicet, si liberam habeat peculii administrationem, & non donandi animo alium jubeat stipulari. Qui enim non habet liberam peculii administrationem, vel qui habet, sed donandi animo vult novare obligationem peculiarem, ad novationem faciendam non admittitur. Et ita est accipienda *l. 16. & 25. de novat. l. si unus, in prin. de pact. l. fugitivus, de solut.* Quod autem Paulus dixit in *l. 20.* à servo habente liberam peculii administrationem, delatum jusjurandum actori servandum esse, ratum habendum esse, ex eo infert idem Paulus in *l. 22.* ex quorundam sententia, si eo servo deferente juraverit actor sibi dari oportere, quasi ex contractu, & conventione servi, in dominum dandam esse ex jurejurando actionem in factum, de peculio videlicet, ut pro modo peculii præstet actori, quod is deferente servo juravit sibi dari oportere. Idemque servari in filiosfam. quod caret omni dubitatione. Verum *l. 5. §. 1. de pecul.* separat hac in re filiumfam. à servo, & ait, filiofam. deferente jusjurandum, si actor juraverit sibi deberi, patrem teneri de peculio. Servo autem deferente, si actor jurarit, dominum non teneri de peculio. Et tamen hæc lex 22. idem statuere videtur in utroque, ut & pater, & dominus de peculio teneantur, si servus, aut filiusfam. qui habebat liberam peculii administrationem jurisjurandi conditionem actori detulerit. Sed dici primum posset, à Paulo in *l. 22.* referri sententiam quorundam, qui Proculiani fuisse videntur, ut indicat, si attente legatur, *l. 3. de pecul.* à Paulo, inquam, in *l. 22.* his verbis, *Item quidam, & de peculio*, referri quorundam sententiam, non etiam probari, nisi in filiofam. Cæterum in servo non probari, quod ex ea causa servus non obligetur naturaliter, sicut si judicio condemnatus fuerit, cum constet cum servo nullum esse judicium, servum esse (ut loquuntur) [illegible]. Sicut, inquam, si per errorem, aut per obreptionem servus judicio condemnatus sit, non obligatur naturaliter, nec dominus tenetur de peculio judicati actione, *l. 3. §. si servus, de pecul.* Ita etiam, si servus in judicio detulerit jusjurandum actori, & actor jurarit sibi deberi, servus non obligatur naturaliter, nec dominus de peculio jure prætorio, vel potius, quod verius esse videtur, quodque Græci sequuntur, & refert Acc. hic agitur de servo, qui liberam habet peculii administrationem, quod est certum hac *l. 20.* Quo quidem servo deferente, si actor jurarit, dominus tenetur de peculio: sicut pater, si filiofam. deferente, qui liberam habet peculii administrationem, actor juraverit, pater tenetur de peculio. At de eodem servo, qui habet liberam peculii administrationem, non agitur in *d. l. 5. §. 1.* quæ pugnare videtur. Ideoque si servus in judicio, cum non haberet liberam peculii administrationem, jusjurandum detulerit actori, nihil agit, quia nec servus ipse obligatur naturaliter, nec dominus de peculio. Et longe alia est ratio filiif. quod paulo infra indicabo. Porro, quod idem Paulus dixit in *l. 20.* jusjurandum, quod servus juravit deferente adversario, cum is servus haberet liberam peculii administrationem, esse servandum, id verum esse confirmat lex 23. *h. t.* quoniam ait, si servus deferente adversario juravit, dominum dare non oportere, domino si conveniatur, prodest exceptio jurisjurandi à servo interpositi, domino prodest religio servi. Et similiter in *l. 25.* si jurarit servus domino dari oportere, domino adquirit actionem in factum ex jurejurando, vel si juravit rem domini esse, de qua agebatur, actionem domino adquirit rei persequendæ gratia, si rem non possideat, vel exceptionem, si possideat. Hæc est sententia legis 25. Et subjicit Paulus in *l. 24.* quæ est ex eodem libro, quæ lib. 18. vindicanda est, male Florentinis vindicatur 28. qui error etiam est in inscriptione legis 35. ut ibi demonstrabo.

Ad L. XXIV. eod. *Multo magis proderit patri religio filii, cum quo etiam judicium consistere potest. Ipsi autem referentes conditionem eorum, quibus subjecti sunt, non faciunt deteriorem.*

SUbjicit Paulus in *l. 24.* idem multo magis servari, si filius deferente adversario juraverit, patrem dare non oportere, nempe patri adquiri exceptionem jurisjurandi, *l. ult. de excep. l. udr. quarum rerum actio non detur.* Cui autem ait, multo magis hoc servari in filiofam. quia, inquit, cum filiofam. judicium consistere potest. In judicio ergo recte defert jusjurandum, aut recte ei defertur jusjurandum. Cum servo autem judicium consistere non potest, quia nulla ejus persona esse intelligitur, *l. 6. & 7. C. de judic.* Ex quo intelligimus (quod maxime notandum est) superiores leges, videlicet *l. 20. & seq.* accipi etiam de jurejurando, quod in judicio servus, aut filiusfa. detulit, quodve ei servo, aut filiofam. delatum est, quoniam ait, quæ dicta sunt, multo magis obtinere in filiofam. quia judicium cum eo consistere potest: difficilius obtinere in servo, cum quo judicium consistere non potest; Idemque mentio relati jurisjurandi à servo, vel filiofam. indicat in hac ipsa *l. 24.* & in *l. seq.* nam id tantum jusjurandum referri potest, quod adversarius defert in judicio, ut habetur in principio legis 17. *sup.* Dices, qui fieri potest igitur, ut hæc disputatio locum habeat in servo? Dico ponendum esse judicium non cepisse à servo, sed à domino: ac deinde eo servo deferente jusjurandum, qui habuit liberam peculii administrationem, quum ea res, de qua judicium erat, peculiaris esset, adversarium jurasse sibi dari oportere: aut (quod tamen non est necesse: nam alia prior interpretatio vera est) extra ordinem (ut quandoque fit ab initio) in ipsum servum institutum fuisse judicium, ut *l. 7. de jurisdict. l. 4. §. pen. vi bon. rapt. l. 1. §. 1. de incend. ruina, & naufr.* Additur in *d. l. 24. in fin.* Servum, aut filiumfam. cui in judicio delatum est jusjurandum, id referre, aut reddere delatori non posse. Cur ita? quia faceret, ut significat, domini, aut patris deteriorem conditionem, quam jurisjurandi sibi delati conditionem accipiendo, & jurando potest facere meliorem. Qui potest facere ejus, in cujus potestate est, meliorem conditionem, sane deteriorem facere non potest, omissa quæ aufertur meliori conditione, *l. melior, de reg. jur. l. 7. §. ult. de pact. dotal. l. 3. §. si filius, quod quisque juris.* Referre igitur jusjurandum servus, aut filiusfam. non potest, & tamen id deferre potest, ut jam ante dictum est in *l. 20.* si modo liberam peculii administrationem habeat. Cur deferre potest, non referre? nimirum quia quum ipse defert jusjurandum in judicio, nondum apparet quicquam, quo in ea re domini, aut patris conditionem deteriorem facere possit, & possit justa causa intervenire deferendi jurisjurandi, quæ patri, vel domino non noceat, sicut & paciscendi de non petenda pecunia, *l. contra, in fine, de pactis.* Referendi autem nulla potest esse causa, nulla excusatio, quin domini deterior conditio fiat: quia cum conditione jurisjurandi sibi delata non utitur in rem domini, sed eam conditionem ad adversarium refert, ut pila, qui datatim ludunt, manifestum est, eum perdere rem domini, & omnino eam relationem vergere in domini, vel patris detrimentum. Et observandum in *d. l. 24.* Florentinos, atque Noricos rectius habere: *Ipsi autem referentes conditionem eorum*, recte habere *referentes*. Vulgares male, *deferentes*, quia pugnaret *l. 20.* quæ *deferentes* admittit.

Ad L. XXVI. eod. *Qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus ætatisve sit. Omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit, quamvis pupillus non videatur pejerare: quia sciens fallere non videatur.*

Ad §. Si pater *filium dare non oportere juraverit: Cassius respondit & patri, & filio dandam exceptionem jurisjurandi. Si pater juraverit, in peculio nihil esse; filius conveniri poterit: sed & pater ita convenietur, ut post adquisiti peculii ratio habeatur.*

Ad

Ad §.Jurisjurandi *conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive: quia proficiscitur ex conventione: quamvis habeat & instar judicii.*

IN hac lege hoc proponitur, quod mulier vel pupillus juravit deferente adversario, ratum habendum esse, quia id sibi adversarius imputare debet, qui mulieri, vel pupillo detulit jusjurandum, ut in *l.23. sup. l. 7. §.1. sup. de instit. actione.* Ergo ei, qui detulit jusjurandum mulieri, vel pupillo, si juratum sit, si mulier, vel pupillus juratit, jusjurandum nocet: quanquam pupillus videatur non posse jurare, aut pejerare, quia nonnisi sciente animo suo, vel dejerat, vel pejerat: quia, inquit, pupillus sciens fallere non videtur: quæ verba jampridem ostendi ex Polybio pertinere ad veterem illam formulam jurisjurandi: *si sciens fallo, tum me Deispiter urbe salva, arceque bonis ejiciat, uti ego hunc lapidem*, apud Festum. B Cujus etiam meminit Mar. Tullius 7. Epist. *Cum cœpisset*, inquit, *jurare, vox defecit, quum dixit, si sciens fallo*. Et in Academicis: *majores nostri voluerunt quemque teneri jurejurando, si sciens falleret, quod inscitia multa versaretur in vita*. Idemq; Polybius lib. 3. Ad illam formulam respiciens, P. *non videtur*, inquit, *pupillus dejerare, aut pejerare, quia nihil scire intelligitur, vel quia sciens fallere non videtur*. Et tamen si quis stultus ei detulerit jusjurandum, non potest iis, qui detulit, ei jurijurando non stare. Est autem quod hic ait Paulus, intelligendum de jurejurando voluntario, quod adversarius extra judicium detulit mulieri, vel pupillo, non de necessario, quod defertur in judicio: nam hoc pupillo defertur inutiliter, *d. l.34.§.pupillo, inf.* non etiam de judiciali, non de jurejurando in litem, *l. 3. in prin. tit. seq.* C Additur in hac lege 26. si pater juraverit filiumfam. dare non oportere, deferente adversario, utrique prodesse exceptionem jurisjurandi: patri si conveniatur de peculio, aut de in rem verso filii nomine: & filio, si conveniatur in solidum, quia tenetur in solidum ex suo contractu. Et tamen, si pater pactus sit de non petenda pecunia, quam filius debet, patri quidem prodest exceptio pacti, si & hoc agebatur, ut prodesset, filio tamen non prodest exceptio pacti, sed doli mali subsidiaria, *l. & heredi, §.Julianus, de pact.* Sed & in causa proposita tentari potest, filio non prodesse exceptionem jurisjurandi, nisi utilem & in factum, quia jusjurandum pactionem imitatur, aut certe, quod magis est directam exceptionem jurisjurandi prodesse filio, si pater de re ipsa, & de contractu jurarit, puta solutam esse pecuniam, quam filius debet, ut in *l.28.§.1.* ubi id fusius explicabitur. D Quod si pater hoc tantum juret, non filium dare non oportere, non se aut filium solvisse, sed juret tantum in peculio filii nihil esse, patris religio non prodest filio, quia non juravit filium non debere: filius igitur debitor manet in solidum. Non prodest etiam patri, quia etsi tunc nihil si in peculio, tamen poterit esse rei judicatæ tempore, poterit scilicet interim filius adquirere peculium. Actio de peculio recte intenditur, etiamsi nullum sit peculium, quia potest interim adquiri ante rem judicatam, & agitur non de præsenti tantum peculio, sed de futuro, *l. quæsitum, de pecul. l. Fulcinius, §. si qui actione, quib. ex caus. in pos. eat.* In extremo hujus legis ait Paulus: voluntarium jusjurandum aliquando cedere loco novationis, voluntariæ scilicet, aut loco delegationis, subdita ratione, quia ut novatio ex obligatione, & delegatio ex conventione proficiscitur, ita & jusjurandum E voluntarium. Et novationis quidem loco jusjurandum cedit, ut si quod mihi Titius debet, juravero, te mihi debere, aut loco delegationis, ut si quod Titio debes juraro te mihi debere. Addit & jusjurandum habere locum, & vicem, vel instar novationis necessariæ, id est, judicii accepti, sive litis contestatæ, ut *l. 35. §.1. & §.ult. inf.* Vis videre quam hoc sit verum? Litis contestatio perpetuat actionem temporariam, & jusjurandum similiter, *l.9. §. si is cui, sup. h. tit.* Et similiter deferri ab eo potest jusjurandum, qui & rem in judicium deducit, *l.17. §.1. hoc tit.* Denique jusjurandum est instar judicii accepti, id est, litis contestatæ, sed ut Græci annotarunt recte, hæc est *ὁμοιότης*, non *ταυτότης*. Est similitudo quædam, quæ omnis claudicare

A dicitur, non est *ταυτότης identitas*; novatione enim pristina actio tollitur, jurejurando non tollitur, *l.30. in prin. hoc tit.* Non est igitur jusjurandum per omnia novationi compar, nec item delegationi, aut judicio. Idemque dici de solutione potest, cujus vicem etiam jusjurandum obtinere ait lex, quæ sequitur 27. & comprobat *l.28.§.1.* & *lex 35.§.1. hoc tit.* & *lex 95.§.naturalis, de solut.* Et quod etiam dicitur jusjurandum acceptilationi esse simile, *l. 40. hoc tit.* esse simile in quibusdam, *ὁμοιότητα* esse hoc loco, non *ταυτότητα*.

Ad L.XXVIII. eod. *In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit.*

Ad §.Quod reus juravit, *etiam fidejussori proficit. A fidejussore exactum jusjurandum, prodesse etiam reo, Cassius & Julianus ajunt: Nam quia in locum solutionis succedit,* B *hic quoque eodem loco habendus est: si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu, & de re, non de persona jurantis ageretur.*

Ad §. Si ei, *qui debitorem meum in judicium exhibere promisit, jusjurandum detulerim. isque juraverit, se omnino exhibitionem ejus non promisisse, prodesse debitori meo id non debet: si vero juraverit, se nihil mihi præstare oportere: distinguendum sit, & replicatione emendandum, utrum ideo juraverit, an quia post promissionem exhibuerit, an vero quia solverit. Quod & in fidejussore debiti distinguendum est.*

Ad §. Ex duobus reis *promittendi ejusdem pecuniæ alter juravit: alteri quoque prodesse debebit.*

Reliqua legis descripta sont singulis paragraphis.

C INitio hujus legis proponitur, *in duob. reis stipulandi, &c.* Ergo ab uno ex duob. stipulatorib. ejusdem pecuniæ, vel rei communi debitore delatum in judicio jusjurandum, si juraverit, se dare non oportere, etiam alteri stipulatori nocet perinde atque si ab ipso delatum jusjurandum fuisset. Prodesse igitur debitori adversus utrumque. Idque indistincte, sive duo rei stipulandi socii fuerint, sive non fuerint. Male enim Accursius hoc admittit tantum in sociis, cum initio hujus legis, tum etiam in *§. ex duobus*, qui ob eam rem merito ab aliis interpretibus reprehenditur. Eodem vero modo acceptilatio facta ab uno stipulatore, debitori prodest etiam adversus alterum, qui acceptilationem non fecit, *l.13. §. ult. de acceptil.* Itemque petitio unius stipulatoris, sive litis contestatio, *l.2. & 16. de duobus reis stipul.* Itemque novatio ex sententia Venuleii, *l. si rem,* D *§. si duo, de novat.* Quod latius exposui lib. 3. *ad l. si unus, de pact.* At videamus, cur sicut jusjurandum, & acceptilatio, & petitio, solutio, novatio, ita & pactum, quod debitor fecit cum uno ex stipulatoribus, & in rem concepit de non petenda pecunia, cur debitori non prosit etiam adversus alterum? Negatur prodesse in *d.l. si unus*. An major est vis jurisjurandi, quam pacti? Non utique major, quam cæterorum, puta acceptilationis, petitionis, novationis, solutionis, non etiam major, quam pacti. Sed animadvertendum est, uno stipulatore deferente jusjurandum debitori, debitorem jurare se solvisse, aut se nihil amplius debere, & ideo quasi solverit, vel quasi acceptilatione, vel novatione, quæ solutioni similis est, liberatus fuerit, tota solvitur obligatio. Pacto autem habito cum uno ex stipulatoribus de non petenda pecunia, debitor non dicit se solvisse, E aut se non amplius debere, sed quod inter eum & stipulatorem deberi constat, id ei stipulator remittit, & condonat, quæ ejus liberalitas, alteri conreo stipulandi nocere non debet, de suo enim quemque largiri oportet, non de alieno, *l. 6. §. ult. de leg. 3.* Eademque ratione ut Paulus subjicit in §.1. hujus legis.

AD §.*Quod reus*. Sive debitor juraverit, *se dare non oportere*, jusjurandum, quod in locum solutionis succedit, fidejussori proficit, ut *l. ult. in fi. h. t. l.7. §.1. de except.* sive ex diverso fidejussor juraverit, se dare non oportere, non quia non fidejussit, sed quia solvit debitori principali jusjurandum ut liberetur, proficit per exceptionem jurisjurandi à fidejussore dati, perinde atque si fidejussor solvisset, ut *d. l.*

ult.

ult. §. pen. inf. hoc tit. At, ut significat, accurate videndum est, utrum fidejussor, qui juravit se dare non oportere, de sua persona tantum senserit, puta se non fidejussisse, an de ipso contractu, de re ipsa, puta nullam subesse obligationem. Qua mente autem id juraverit, *se dare non oportere*, an quia non fidejussit, an quia sublata est obligatio solutione, vel alio modo? Id Græci hoc loco notant deprehendi, *ἐκ τῶν πρὸ τῆς ἐπαγωγῆς φιλονεικηθέντων*. *Ex iis, quæ ante delationem jurisjurandi in controversia erant*, aut certe in obscuro semper videri fidejussorem jurasse de re ipsa, ut *l. ult. inf. hoc tit.* Et priore quidem casu jusjurandum fidejussoris reo non proficit, si ideo juravit, se non debere, quod non fidejusserit. Posteriore casu, etsi sensit de contractu, & de re ipsa, jusjurandum fidejussoris reo principali prodest. Quod & argumento ducto à fidejussore judicio sisti, ad fidejussorem pecuniæ debitæ comprobat Paulus. Nam si is, qui promisit reum in judicio exhibere, qui est fidejussor judicio sisti, ut *l. 4. qui satisd. cog.* deferente actore juraverit, se non fidejussisse, id est, non promisisse rei exhibitionem, tale jusjurandum non exonerat debitorem, non prodest debitori. Quod si juraverit fidejussor judicio sisti, se nihil præstare oportere, rursus videndum est, utrum hoc juraverit, quia rem jam exhibuerat in judicio, & promissioni satisfecerat. Et hoc quoque jusjurandum debitori non prodest, quia exceptioni jurisjurandi, si ea debitor utatur, obstat replicatio, si non de ea re juravit fidejussor, quæ in judicium venit, vel quæ petitur, sed de facto suo tantum. Et eleganter ait, per replicationem emendari exceptionem jurisjurandi: exceptio enim emendatio est actionis: replicatio exceptionis: Multum, inquam, interest, utrum fidejussor juravit, *se nihil præstare oportere*, quia jam rem exhibuerat, quo casu jusjurandum reo non prodest: an vero, quia solverit, quanti ea res est: quod in satisdatione judicio sisti, ad id quod revera interest, redigitur, *l. 3. §. ult. qui satisd. cog.* Et hoc sane jusjurandum, quod plane est de re ipsa, quæ in judicium venit, debitori prodest, nec si utatur exceptione hujus jurisjurandi, per replicationem ullam repelli potest. Et inde infert Paulus, eandem distinctionem esse servandam in debiti fidejussore. Denique argumentatur à fidejussore judicio sisti ad fidejussorem debiti, quod notandum. Eademque distinctione utitur infra in *§. pen.* Et hæc de jurejurando. Pactum autem fidejussoris, nunquam reo prodesse constat, *l. 23. de pact.* quia pactum donationis causa fit, nec solutioni ullo modo comparari potest, & ideo soli fidejussori prodest, reo non prodest, sed ex æquo & bono tamen plerumque ei accommodatur exceptio doli: atque ita prodest ei pactum fidejussoris, non quidem directo per exceptionem pacti, sed per exceptionem doli mali, si ea mens fuerit paciscentium, ut & fidejussor, & reus absolverentur, *l. 25. eod. tit. de pact.* Eadem vero inter pactum, & jusjurandum differentia servatur, si unus ex reis promittendi juraris, *se dare non oportere*, vel si in rem, & generaliter pepigerit de non petenda pecunia. Jusjurandum enim alteri prodest omnimodo, sine ulla distinctione. Pactum non aliter prodest alteri, quam si ejusdem obligationis socii fuerint, vel ejusdem rei, *d. l. 25. l. 1. & 14. rem rat. hab. l. eandem, §. 1. de duob. reis, l. qui solutionem, §. ult. de solut.* Quod & Iulius explicatum fuit in *l. si unus, de pact.*

Ad §. Exceptio jurisjurandi *non tantum, si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet: sed etiam si alia, si modo eadem quæstio in hoc judicium deducatur: forte si ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, cæterasque similes jusjurandum exactum sit: deinde ex iisdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur.*

Ad §. Si quis juraverit, *se non rapuisse, non debet adjuvari hoc jurejurando in actione furti, aut condictione: quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest.*

IN hoc §. ostenditur, exceptionem jurisjurandi non tantum ei actioni obstare, cujus nomine delatum, vel exactum est jusjurandum, sed etiam alii cuicunque actioni, eadem de re competenti. Et ut ait in *§. quæ juravit*, hoc omnino observandum est, licet per aliam actionem eadem quæstio moveatur, exceptionem jurisjurandi locum habere. Mutatio actionis nihil facit, si eadem res in judicium deducatur, & eadem quæstio. Et ideo si egeris mandati actione mecum, & delato, vel exacto jurejurando juravero, *nihil me dare oportere*, non tantum si iterato agas mandati, sed & si negotiorum gestorum, vel certi condictione generali eadem de re, tibi obstabit exceptio jurisjurandi. Quod & eodem modo servari in exceptione rei judicatæ docet *l. 5. de excep. rei judic.* apposito eodem exemplo, quod & apponitur in *§. exceptio*, ut scilicet obstet exceptio rei judicatæ, non tantum si iteres eandem actionem, sed etiam si alia actione agas, eadem de re tamen, de qua judicatum est. Unde illa formularum verba, quæ refert M. Tullius 13. Epist. ad Servium Sulpitium, & 5. de finib. *De eadem re agit alio modo*, & ideo repellitur, vel exceptione rei judicatæ, vel exceptione jurisjurandi, quod vicem judicati obtinet. Et ex hoc loco intelligimus cum actione mandati, vel negotiorum gestorum, vel etiam cum actione pro socio, cujus mentio fit in hoc §. vel cum actione pro socio concurrere certi condictionem generalem ex *l. certi condictio, de reb. cred.* Nam vel superioribus actionibus, quæ sunt bonæ fidei, mandati, negot. gestorum, pro socio, petitur quod ex bona fide mihi dari fierive oportet: non petitur ergo certa pecunia, sed incerta. Ideoque in oratione pro Roscio Comœdo, actiones bonæ fidei dicuntur esse arbitrariæ, pecuniæ incertæ: Vel igitur agitur actione bonæ fidei incertæ pecuniæ, puta, *quod dari oportet ex bona fide*, vel etiam si malit hoc actor, agitur certi condictione de certa pecunia, puta de centum, quæ impendisse in negotia aliena se dicit. Et plerumque tutius est certum petere, quam actione bonæ fidei agere, quia periculosa sunt arbitria judicum. Ex eadem quoque causa nonnunquam agi potest hypothecaria actione, si pignus intervenerit, vel actione ex stipulatu ad pœnam, quæ in stipulatum deducta est. Sed si una actione semel actum sit, eaque jurejurando consumpta sit, cæteræ quoque actiones, quæ sunt eadem de re, quotcunque fuerint, consumuntur, *l. 40. inf. hoc tit.* Et ut hoc cum Paulo planum faciam, & aliis exemplis, si prius egeris actione pro socio fundi cujusdam nomine, & ita re deferente reus juraverit, cum fundum non esse communem, sed suum esse in solidum, suum esse *μονομερῶς*: non tantum actio pro socio consumitur, sed & actio communi dividundo, quæ ejusdem rei nomine competit, & certi condictio ex eadem causa. Et similiter ut ostenditur in *§. colonus*.

Ad §. Colonus, *cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato; si juraverit se non succidisse: sive e lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive è lege Aquilia damni injuria, sive interdicto, quod vi, aut clam postea conveniretur, per exceptionem jurisjurandi defendi poterit.*

Ad §. Quæ juravit *divortii causa rem se non amovisse, non debet defendi per exceptionem, si cum ea in rem agatur. Et si contendas suam esse, alio jurejurando opus est. Contra si juraverit suam esse, debet in actione rerum amotarum defendi. Et omnino hoc observandum est, licet per aliam actionem eadem quæstio moveatur, ut exceptio jurisjurandi locum habeat.*

Ad §. Igitur, *si quis juravit, se non esse condemnatum, etiamsi ex stipulatu judicatum solvi, ob rem judicatam conveniatur: defendetur per exceptionem. Contra, si cum ex stipulatu judicatum solvi conveniretur, juravit se dare non oportere: agenti judicati non utique obstabit exceptio. Potest enim fieri, ut non sit commissa stipulatio, licet res judicata sit: nisi ideo jurasset, quod nec damnatum se esse diceret.*

SI colonus succiderit arbores, quæ erant in fundo conducto, quo nomine tenetur pluribus actionibus, nimirum actione ex locato, & actione arborum furtim cæsarum ex 12. tab. & actione legis Aquiliæ de damno injuria dato, & interdicto quod vi, aut clam, *l. cum ex uno, de oblig. & action. l. 1. & 9. & l. pen. arbor. furt. cæsar.* & conventus

ventus en nomine colonus actione ex locato juraverit deferente actore, se non succidisse arbores, & actio ex locato, & cæteræ omnes actiones consumuntur. Item, ut ostenditur in §. pen.

AD §. pen. Si quis conventus judicati actione juraverit, se non esse judicatum, se non esse condemnatum, non tantum actio judicati, sed & actio ex stipulatione judicatum solvi consumitur, quia eadem de re est: actio, inquam, ex stipulatu, ex clausula de re judicata, sive de judicato solvendo. Nam stipulatio judicatum solvi, tres habet clausulas, de judicato solvendo: hæc perimitur, si juraverit se non esse judicatum. Aliæ duæ clausulæ, quæ sunt de dolo malo, vel de re defendenda non perimuntur. Et ideo Paulus caute ait in §. pen. *Si ex stipulatu judicatum solvi, ob rem judicatam*, superscribe, *non etiam ob rem non defensam, vel ob dolum malum*. Breviter, si conventus judicati juraverit se non fuisse judicatum, nec conveniri potest ex stipulatione judicatum solvi, ob rem judicatam. At contra (quod notandum) non idem est ex diverso, si conventus primum ex stipulatione judicatum solvi, juraverit, se dare non oportere. Nam distinguendum est. Aut ideo juravit se dare non oportere, quod condemnatus non esset, & tunc consumitur etiam actio judicati per exceptionem jurisjurandi. Aut juravit, se dare non oportere ex stipulatione, quod non esset commissa stipulatio judicatum solvi, & hoc casu actioni judicati non obstat exceptio jurisjurandi, quia est alia de re, & potest fieri, ut non sit commissa stipulatio, licet res judicata sit. Fac non fuisse interpositam stipulationem, aut non fuisse jure interpositam. Et potest addi aliud exemplum ex §. *quæ divortii*, in hac ipsa lege. Si mulier divortio facto à marito conveniatur actione in rem, & juraverit *rem suam esse*, nec de ea re postea conveniri potest actione rerum amotarum: quia obstat exceptio jurisjurandi, quia juravit *rem suam esse*, & nemo rem suam amovere, aut furari intelligitur. Quia igitur agit rerum amotarum, de eadem re agit, & ideo repellitur exceptione jurisjurandi. Non idem erit è contrario, si mulier conventa actione rerum amotarum juraverit, *se rem non amovisse*, quia non ideo minus conveniri potest actione in rem, neque ideo minus peti ab eo potest res eadem actione in rem, ut *l. si quis uxori, §. si quis juraverit. de furt.* quia etsi eadem res sit, non tamen eadem est quæstio, non eadem lis: non tantum eandem esse rem oportet, sed etiam eandem quæstionem. Non est eadem quæstio, quia quæstio, quæ per actionem in rem inducitur, est quæstio de proprietate, quæstio, quæ inducitur per actionem rerum amotarum, est quæstio de furto. In actione igitur in rem opus est novo jurejurando, quia alia quæstio in eam venit. Postremo, quod etiam Paulus ostendit in hac *l.* in §. *si quis juraverit*, si conventus vi bonorum raptorum juraverit, se non rapuisse, postea sine metu exceptionis jurisjurandi, recte convenietur actione furti, vel condictione furtiva, & in ea opus est novo jurejurando, quasi superiore jurejurando non pertinente ad quæstionem, seu actionem furti: quia etsi omnis raptor sit fur, & quidem improbior, ut Julianus dicebat, & atrocior, *l. si cum exceptione 14. §. qui vim, de eo, quod met. cau. l. 2. §. etiam, vi bon. rapt. & l. 1. de effractorib. & exp.* & si omnis rapina furtum sit, diversa tamen sunt genera furtorum, ut ostenditur in *d. §. si quis juraverit*. Unum fit vi aperta, alterum clam & obscure: unum est leonis: alterum vulpeculæ. Unde & *κλέπτης* nomen *ἀπὸ τοῦ καλύπτειν*. Et ait *l. 1.* furti nomen à *furvo*, id est, nigro, & Harpyarum una Celeno dicitur, quo verbo Fulgentius primo mythologiarum ait, nigrum significari. Possis etiam addere ex *l. si actor, inf. h. t.* si quis conventus actione de constituta pecunia juraverit, se non constituisse, ac deinde conveniatur actione personali de credita pecunia, quia constitutum non novat principalem obligationem, *l. item Mela, §. ult. de const. pec.* non potest se tueri exceptione jurisjurandi dati in judicio de constituta pecunia, quoniam alia quæstio est, quæ vertitur in actione creditæ pecuniæ, alia vertitur in actionem de constituta pecunia. Et ideo ita concludamus, ut agenti alia actione obstet exceptio jurisjurandi, quod etiam dici potest de exceptione rei judicatæ, non tantum necesse est eadem de re alia actione agi, sed etiam eandem quæstionem, eandem controversiam, & litem in judicium deduci.

Ad §. Item Pomponius ait, *eum, qui furtum sibi factum alicujus rei juravit, non statim etiam condictionis causam nancisci*.

SPecies hujus §. hæc est. Is, qui furtum fecisse dicebatur, jusjurandum in judicio, vel extra judicium, nihil refert, detulit actori, qui sibi ab eo alicujus rei furtum factum esse dicebat: Si is sua sponte oblatam conditionem jurisjurandi acceperit, & juraverit sibi ejus rei furtum factum esse, nanciscitur quidem statim actionem furti, vel actionem in factum ex jurejurando, utra maluerit experiri, ut demonstrabitur initio *l. 30. inf.* sed non etiam statim adquirit condictionem furtivam, nisi dominus sit rei furtivæ. Actio enim furti etiam non domino competit, cujus interfuit ex honesta causa rem non subripi: condictio autem furtiva soli domino competit, *l. 1. de condict. furt.* condictio, inquam, furtiva certi, qua actor intendit, sibi eam rem dari oportere. Nam condictio incerti furtiva, quæ intenditur ratione possessionis, qua scilicet intendit possessionem ejus rei sibi restitui oportere, si fur rem possideat, vel dolo malo desierit possidere, etiam non domino, cui res subrepta fuit, competit, si ea res in ejus potestatem non redierit, *l. 2. de condict. tritic. l. 25. de furt. l. 12. §. ult. de condict. furt.* Ergo ut ei, qui juravit, sibi furtum factum esse, competat etiam condictio furtiva, vel necesse est, ut probet se esse dominum, ut agat condictione certi furtiva, vel furem possidere eam rem, aut dolo malo desiisse possidere, ut agat condictione incerti furtiva. At si in judicio ei, qui furti agit, jusjurandum deferatur, jurare quidem sua sponte potest, ut posui initio, eum, quo cum agit, ejus rei furtum fecisse. Cæterum invitus jurare non cogitur, invitus oblatam jurisjurandi conditionem accipere non cogitur, *l. 12. rerum amot.* Cur ita? ne anceps perjurium subeat, qui certo nescit sciente animo suo, an is, cum quo agit furti, furtum fecerit, sed suspicatur tantum: nemo cogitur anceps perjurium subire, quia scientem, nonnisi sciente animo suo jurare oportet, vel jurare compellitur. Qua ratione nec si is, qui agit furti jusjurandum reo detulerit, id ei referri potest, *l. 11. §. ult. l. 13. eod. tit. rer. amot.* Ipse quoque, qui agit furti, si delatum ei sit jusjurandum, nec velit jurare, quia invitus non cogitur, ut dixi, non cogitur etiam id referre reo, & ejus religionem sequi, cui ut arguitur, non fuit religio furtum admittere: & *l. 38. hoc tit. & l. 34. §. datur. eod.* & aliæ innumeræ, quæ dicunt eum, cui delatum est jusjurandum, aut solvere, aut jurare, aut referre jusjurandum debere ei, qui detulit. Hæ omnes leges de reo loquuntur, cui delatum est jusjurandum, non de actore, quia ait *l. 38. manifestæ turpitudinis, & confessionis est nolle, nec jurare, nec jusjurandum referre*. Ait igitur, eum manifesto confiteri. Reum igitur confiteri, à quo petitur, qui neque jurat, neque refert jusjurandum, ubi scilicet id referre potest. Nam ubi id referre non potest, veluti in judiciis, quæ ex dolo malo, & facto rei proficiscuntur, cujus facti actor plane certus non est, ubi, inquam, referre non potest, omnimodo cogitur, aut jurare, aut solvere, reus scilicet, cui delata est conditio jurisjurandi, aut sane pro confesso, & consequenter pro judicato habetur. Et ita est explicanda *l. 38.*

Ad §. ultim. Item *cum ex hac parte jusjurandum, & actionem, & exceptionem inducat: si forte reus extra judicium actore inferente juraverit, se dare non oportere, & actore deferente dari sibi oportere: vel contra: posterior causa jurisjurandi potior habebitur, nec tamen præjudicium perjurio alterius fiet: quia non quæretur, an dare eum oporteat, sed an actor juraverit*.

SEquitur in §. ult. si reus extra judicium actore jusjurandum deferente juraverit, *se dare non oportere*, deinde

Digitized by Google

de contraria conventione actor reo deferente juraverit *sibi dari oportere:* vel ex diverso, si prius actor juraverit, deinde reus extra judicium, non abs re ait, posteriori jurijurando standum esse, quasi posteriori conventioni, posteriori pacto, ut pactum prius per posterius elidatur, *l. si unus, §. pactus, de pact.* Ita scilicet etiam jusjurandum prius eliditur & dissolvitur per posterius. Actio in factum ex priori jurejurando, quod actor juravit, eliditur per exceptionem posterioris jurisjurandi, quod reus juravit. Et ex diverso exceptio prioris jurisjurandi, quod reus juravit, eliditur per replicationem posterioris jurisjurandi, quod actor juravit. Certum est ex hac parte, ut ait in hoc *§. ult.* id est, hoc edicto, sicut initio *l. 30.* & actionem induci, & exceptionem, & replicationem jurisjurandi, *l. 9. §. 1. sup.* Neque huic sententiæ quicquam obstat, si dicas, per minorem causam majori præjudicium fieri non oportere, *l. per minorem, de judic.* causam perjurii esse majorem, & tamen admissa causa posterioris jurisjurandi, quæ minor est, præjudicium fieri perjurio, priori, id est, priorem quodammodo perjurum judicari. Verum hoc nihil obstare docet Paulus, quia in exceptione, vel replicatione posterioris jurisjurandi non quæritur, an prior pejeraverit, puta, an dari oporteat, vel non: sed hoc tantum quæritur, an & juratum sit, & quid juratum sit, ut *l. 5. §. dato, & l. 9. §. 1. hoc tit. l. adversus, de except.* Sicut in actione judicati non quæritur, an debeatur quod judicatum est, vel non debeatur, id est, res judicata non retractatur, sed tantum quæritur, an judicatum sit, *l. si prætor, in princ. de judic. l. 1. §. pari, de lib. exhib.* alioqui nullus esset litium finis, eadem lis subinde retractaretur, lis litem gigneret, non interimeret. Denique non quæritur in exceptione, aut replicatione posterioris jurisjurandi, uter pejeraverit, sed uter posterior juraverit: non quæritur de perjurio, vel ut veteres loquebantur *de injurio:* nam perjurium vocabant injurium, apud Festum: non quæritur de perjurio igitur, sed de jurejurando posteriore. Nec quod potior sit causa posterioris jurisjurandi, ideo arguitur, prius fuisse perjurium, quia & forte in veritate posterius est perjurium, non prius: hæc Paulus scripsit in *§. ult.* de jurejurando voluntario, quod defertur extra judicium: Nam in necessario, quod defertur in judicio, hæc inconstantia, hæc variatio non admittitur, ut posteaquam actor juraverit, diversum juret reus, & contra: Nam etsi necessarium jusjurandum etiam ex conventione veniat, tamen judicii, in quo defertur, majestas non patitur variationem istam. Conventio, qua sola nititur voluntarium, facile eam admittit. Conventio conventione eliditur, jusjurandum jurejurando, quod ex sola conventione proficiscitur.

Ad Legem XXX. de Jurejur. *Eum, qui juravit, ex ea actione, quæ inficiando crescit, aliquid sibi deberi: simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere. Pedius ait: abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate: cum, omissa hac parte edicti, dupli actio integra maneat: & potest dici, hoc judicio non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari.*

Ad §. Si juravero te *Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura; nec æstimationem mihi præstare reus debet, nisi ex causa furtiva, vel propter moras. Tunc enim etiam post mortem servi æstimatio præstatur.*

Ad §. Si mulier juraverit *decem dotis sibi deberi: tota ea summa præstanda est: sed si juravit, decem se dedisse in dotem: hoc solum non erit quærendum, an data sint: sed, quasi data sint, quod ex eo reddi oportet.*

Ad §. In popularibus *actionibus jusjurandum exactum, ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam & si quis egerit, ita demum consumi publicam actionem, si non per collusionem actum sit.*

Ad §. Si libertus *deferente patrono juravit se libertum non esse, ratum habendum est jusjurandum, ut nec operarum petitio, nec bonorum possessio contra tabulas dari debeat.*

Ad §. Si juravero *usumfructum mihi dari oportere: non aliter dari debet, quam si caveam boni viri arbitratu me usurum, & finito usufructu restituturum.*

Quædam sunt actiones, quæ inficiatione rei, vel negatione rei crescunt in duplum, ut actio legis Aquiliæ de damno injuria dato, quæ adversus confitentem datur in simplum, adversus negantem in duplum, *l. inde Neratius, §. pen. ad l. Aquil. l. 4. C. eod. tit.* At si quis agat actione legis Aquiliæ adversus inficiatorem, & exacto jurejurando juret sibi ex hac causa aliquid deberi, quæritur, utrum ex hoc edicto habeat actionem in factum ex jurejurando in simplum, an in duplum? Et ostendit Paulus initio hujus legis, eum habiturum actionem ex hoc edicto, id est, actionem in factum ex jurejurando in simplum tantum, quia satis abundeque (est optima ratio) esse debet, quod simplum consequitur, nulla alia præstita probatione damni dati: abunde ei sufficere, quod exoneratur probandi necessitate, & tamen simplum consequitur actione in factum ex jurejurando. Itemque ei sufficere debet, quod si velit potest duplum persequi ex l. Aquilia, potest omissa actione in factum ex jurejurando agere actione legis Aquil. adversus inficiatorem in duplum. Et hoc est, quod ait, omissa hac parte edicti, id est, omissa actione in factum ex jurejurando, dupli actionem, id est, actionem leg. Aquil. integram, & incolumen manere, ut in specie *legis si à domino, §. si poss. de petit. hered.* omissa petitione hereditatis integram esse actionem leg. Aquiliæ, sed una actione actorem contentum esse debere. Ergo & in hac specie una contentus esse debet actor, vel actione in factum simplaria, vel actione legis Aquil. in duplum. Actio legis Aquil. est pœnalis in inficiatorem. Actio in factum ex jurejurando non est pœnalis, sed rei persecutoria, quia ut eleganter ait, in actione in factum ex jurejurando non exercetur sive agitatur principalis quæstio damni injuria dati, sed jusjurandum tantum actoris conservatur, non quæritur, an damnum datum sit, sed an juraverit, & quid sibi deberi juraverit. Nihil præterea de quæstionis summa quæritur. Ideoque nec pœna in eam litem venit, quæ sequitur quæstionem summam de damno injuria dato. Et hoc notandum. Idem omnino dici potest de specie *legis 28. §. idem Pomponius*, si is, qui agit furti, juraverit *reum sibi furtum fecisse*, electionem scilicet eum habere (quod & attigi initio ejus §.) ut vel agat in factum ad simplum ex jurejurando, vel ad duplum actione furti, condictione furtiva, non temere, non passim. Et similiter si juraverit, *sibi deberi ex actione aliqua famosa*, electionem habet, ut vel actione in factum ex jurejurando, quæ actio non est famosa, vel agat famosa actione. Et is est sensus *legis 9. §. si damnetur, sup.* si quis damnetur, inquit, post jusjurandum, actoris scil. quia juravit sibi dari oportere, si damnetur ex famoso judicio, cujus nomine juravit actor, famosus efficitur: recte *ex famoso judicio:* nam si damnetur actione in factum ex jurejurando, famosus non efficitur.

AD *§. Si juravero.* Is, qui juravit, sibi Stichum deberi, qui tum forte non erat in rerum natura, quod nondum erat compertum litigatori, nec æstimationem Stichi præstare debet reus, quem ille juravit sibi Stichum debere, videlicet, si Stichus decesserit ante moram debitoris, *l. venditor, de her. vend. l. cum res, §. ult. de leg. 1.* Post moram obligatio perpetuatur, & mortuo Sticho æstimatio debetur, *l. si servum, §. sequitur, de verb. obl.* Et ideo, si Stichus debitus fuerit ex causa furtiva, æstimatio ejus præstanda est, quia fur semper moram facere intelligitur, *l. ult. de cond. furt.* Et ideo, qui in judicio confitetur se hominem debere, si is homo tunc temporis in rerum natura non fuerit, non tenetur, ne in æstimationem quidem, nisi post moram decesserit, nisi quod moram fecerit, *l. 5. & ult. de confess.* Additur in *§. seq.* multum interesse, utrum mulier juraverit sibi 10. deberi dotis nomine, an se dedisse 10. in dotem: in priore casu, si juraverit 10. sibi deberi dotis nomine, soluto matrimonio data 10. præstanda sunt, nec amplius quæritur, an debeantur, quia satis jurejurando approbatum est ea deberi, *l. 5. §. datum, hoc tit.* Posteriore casu si juraverit se decem dedisse in dotem, non tota decem præstanda sunt, nisi & tota debeantur: namque hoc jurejurando remittitur tantum, aut finitur hæc quæstio, an 10. data sint, non etiam illa, an debeantur. Superest igitur illa inspectio, an debeantur, quæ dedit mulier:

forte enim non tota 10. debentur, quæ dedit, propter retentiones, puta, quæ marito competunt ob impensas, vel ob liberos, vel ob mores, vel ob res amotas.

AD §. *In popularibus.* Ostenditur eum, qui egit populari actione, & litem contestatus est, quia litis contestatione efficitur litis dominus recte deferre reo jusjurandum, si modo id bona fide faciat ἀσυμπαίκτως, *citra collusionem*, ut Basilica habent, *citra colludium*. At si reus conventus populari actione, veluti sep. viol. aut albi corrupti juraverit, se dare non oportere, cæteris de populo agere volentibus eadem de re obstat exceptio jurisjurandi, sicut & exceptio rei judicatæ, si reus absolutus sit, *l.3.de pop. action.l.6. de sepul.viol.* Si modo, ut ait, is, qui occupavit agere, bona fide egerit, non lusorie, non perfunctorie, & dicis causa, ut *l.3.§. si tamen postea, de lib.homine exhib.* vel etiam si quis ex populo populari actione agere occupaverit, post litem contestatam, cæteri, qui agere volunt eadem de re, repelluntur exceptione doli mali, *l.45.§. qui ita, de procurat.l.3.§.si is, cujus, de sepul. viol.* Ne scilicet sæpius de ejusdem hominis admisso quæratur, *l. pen.§. ult. naut. caup. stabul.*

AD §. *Si libertus*. In hoc §. ostenditur, si in actione præjudiciali, qua quæritur, quis sit libertus, necne, vel an is, qui agit præjudicio, sit patronus, necne: si quis juraverit *se libertum non esse*, actori nullum jus patronatus debetur, neque operæ etiam officiales debentur, & defuncti non competit bonorum possessio contra tabulas, quamvis in eis silentio præteritus sit, ut *l.8. §. patronum, de in jus voc.* quæ est sententia aperta *§. pen.* Et tamen, quod est mirum, si Titius juraverit, *se esse patronum*, ei non competit bonorum possessio contra tabulas, *l. si juravero, de jure patronat.* Cur tam varie? Quia plus favemus ingenuitati, qua repleri civitatem publice interest, quam patronatui. Qui jurat se esse ingenuum, per omnia habetur pro ingenuo. Qui jurat *se esse patronum*, per omnia non habetur pro patrono.

AD §. *Ult.* Quod est in *§. ult.* est apertissimum. Si quis juraverit usumfructum illius fundi suum esse, forte in actione confessoria, sic interpretabimur, ejus usumfructum esse licuti juravit, ut tamen præstet cautionem solitam, se boni viri arbitratu usurum fruiturum, & finito usufructu restituturum, quod inde extabit. Hæc stipulatio fructuaria dicitur, *l.4. §. ult. de verb. obl.* ulitata stipulatio, *l. inter fructuarium, de dam. infec.* de qua est titulus proprius, *usufruct. quemadm. cav.* Qui jurat igitur usumfruct. suum esse, subire debet onus cautionis, nec enim eo quod juraverit, exoneratur præstatione cautionis fructuariæ.

Ad L. XXXV. eod. *Tutor pupilli omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est: quandoque enim pupillo denegabitur actio.*
Ad §. Prodigus *si deferat jusjurandum, audiendus non est. Idemque in cæteris similibus ei dicendum est: Nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive pro judicio hoc jusjurandum cedit: non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad hæc habiles sunt.*
Ad §. Qui non compelluntur *Romæ judicium accipere, nec jurare compellendi sunt: ut legati provinciales.*

HUic etiam lib.8.vindicanda est lex 35.h.t. non lib.28. ut habent Florent. rectius alii lib.18. Hoc autem initio hujus legis proponitur, ratum haberi debere jusjurand. quod tutor detulit, in causa pupillari videlicet: hoc enim supplendum est, si tutelam gerat, si tutelam administret ex *l.17.§.si tutor, sup.h.t.* non si sit honorarius tutor, qui & res pupilli, quas non administrat, alienare non potest, *l.4.de auct.tut.* Tutor, qui tutelam gerit, res pupilli mobiles alienare potest, *d.§.si tutor:* Ergo nec mirum, si & jusjurandum deferre possit de re pupillari. Neque vero utique passim, & temere tutor, qui tutelam gerit, jusjurand. deferre potest, sed ita demum, ut hæc lex significat, si omnes aliæ probationes deficiant. Ac si quidem deferente tutore pupilli no-

A mine, reus, quo cum agitur, juraverit, se dare non oportere, cum tutori deficerent omnes probationes, postea quandoque agenti pupillo denegatur actio ex his verbis edicti, *actionem non dabo, l.7.& 9. supra, in prin.h.t.* Hoc sane casu, quum omnes probationes deficiunt, justa est tutori causa deferendi jurisjurandi, ut vel metu divini numinis extorqueat veritatem ab adversario, qui alioquin in eo est, ut absolvatur juxta id, quod dicitur: actore non probante, reum absolvi, etiamsi nihil ipse reus præstet, nihil impleat, *l.4.C.de edend.* etiamsi non probet exceptionem, quam contestatus est, *l.si quidem, C.de except.* Idemque licet hodie cuilibet agenti suo nomine, & defecto probationibus omnibus, puta, licet ei ad extremum adversario deferre jusjurandum, & postulare à judice, ne ante absolvatur, quam juraverit. Donatus in Hecyra: *ubi*, inquit, *argumenta, & testimonia*
B *deficiunt, ibi jurejurando opus est*. Itaque actor, qui præter opinionem deficitur omnibus probationibus, non ante sinet reum absolvi, quam reus juraverit, se non debere, nisi scil. in casu legis 22.*in fine, de noxal. action.* In cujus specie, ut mox ibi demonstrabitur, actor habuit optionem ex edicto prætoris, vel adversario deferendi jurisjurandi, vel agendi districto judicio. Et cum haberet hanc optionem, si agere præoptaverit, & in eo judicio probationibus omnibus lapsus fuerit, sive defectus: non potest postea redire ad conditionem jurisjurandi, quam contempsit semel ab initio, sed omnino causa cadit, quia non probat, nec auditur, si nunc velit reo deferre jusjurandum, quod in extremo dictæ *l.22.* etiam quodammodo Græci adnotarunt, ἐκ νομοφύλακος. Is videtur esse Harmenopulus. Cæterum non est audiendus tutor, qui in causa pupillari defert jusjurandum, si non
C habeat justam causam deferendi, si non possit alia esse causa, quam defectus omnium probationum, ut hæc lex ostendit initio. De judice aliquid dicamus, an possit exigere jusjurandum ab uno ex litigatoribus, & quando judex etiam in omnibus causis hoc observare debet, ne temere exigat jusjurandum, ne temere rem committat religioni cujusquam litigatorum, sed causa cognita, ac neque deficientibus omnibus probationibus, sed ex inopia probationum tantum, ut ait *d. l. 3.* Aliud est inopia, aliud defectus probationum. Defectus est si nullæ suppetant probationes: & tum judex reum protinus absolvere debet, non jusjurandum exigere. Inopia est, si quædam probationes suppetant, sicut inops est, non qui nihil habet, quo se alat, & tueatur, hic pauper dicitur, & egenus, inops qui habeat, quod sufficit victui, & indutui. Inopia igitur
D probationum est, si quædam probationes suppetant, sed ancipites, aut parum idoneæ, ac tum judex jusjurandum exigere potest, in dubiis causis scilicet, ut ait *lex 31.hoc tit.* forte, quia argumentorum, vel testium, qui ex utraque parte producuntur, anceps, & dubia probatio est, aut certe ipse jurare potest sibi non liquere.

AD §. *Prodigus*. Sequitur in *§.1.* prodigum, & cæteros similes, qui scil. rerum suarum administrandarum jus non habent, veluti furiosum, aut mente captum, aut fatuum, aut pupillum per se jusjurandum deferentes non audiri, quia sive jusjurandum comparemus, quod fit nonnunquam, pacto, sive solutioni, sive judicio, neque cum his personis judicium consistit sine tutorum, aut curatorum auctoritate, neque cum his paciscimur recte, nec solvi iis potest, *l. quod si forte, §.ult.& l.seq.de solut.* Et quod
E ait jusjurandum judicio posse comparari, id est, liti contestatæ, judicio accepto, quod etiam dixit in *l.26.§.ult.* idem mox probat in hac ipsa lege in fine, eo quod ait legatos provinciales Romam missos publici negotii causa, vel quos alios, qui freti privilegio fori Romæ judicium accipere non coguntur, nec ibi jurare compelli se dare non oportere, à judice scilicet, vel ab adversario, quoties referri jusjurandum non potest. Cur ita? quia ut idem ait in *l.28. §. ex quibus, de judic.* jusjurandum in locum judicii accepti succedit. Et hæc sunt omnia, quæ in titulo de jurejurando ex hoc libro decimo octavo habentur.

Ad L. XXII. de Noxal. action. *Si servus depositus, vel*

com-

commodatus sit, cum domino agi potest noxali actione: ei enim servire intelligitur: & quod ad hoc edictum attinet, in potestate ejus est: maxime si copiam habeat recuperandi hominis.

Ad §. Is, qui pignori accepit, *vel qui precario rogavit, non tenetur noxali actione: licet enim juste possideant, non tamen opinione domini possident: sed hos quoque in potestate domini intelligi, si facultatem repetendi eos dominus habeat.*

Ad §. Quid est habere facultatem *repetendi? habeat pecuniam, ex qua liberari potest: nam non debet cogi vendere res suas, ut solvat pecuniam, & repetat servum.*

Ad §. Dominus, *qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet, aut absentem defendere: quod nisi faciat, punitur, atque si præsentem non noxæ dederit.*

Ad §. Si negavit *dominus in sua potestate esse servum, permittit prætor actori arbitrium, utrum jurejurando id decidere, an judicium dictare sine noxæ deditione velit, per quod vincet, si probaverit, eum in potestate esse, vel dolo ejus factum, quo minus esset. Qui autem non probaverit in potestate adversarii esse servum, rem amittit.*

In titulo de noxalibus act. ex eodem libro sunt *l.22.* 24. & 26. & pertinent ad causam jurisjurandi. Ex his tribus nunc explicabo tantum 22. Edicti de jurejurando sunt partes multæ, & variæ. Alia parte denegatur actio in eum, qui delata conditione jurisjurandi juravit, se dare non oportere, vel rem actoris non esse, *l.7. de jurejur.* Alia parte datur actio in factum, & exceptio de jurejurando, *l.28. §. ult. l.30. eod. in princ.* Alia parte prætor pollicetur, se coacturum jurare, vel solvere eum, cui jusjurandum delatum est, si id non referat, *l.34. §. ait prætor, eod.* Alia parte is, qui jusjurandum defert, jubetur prius jurare de calumnia, *d. leg. 34. §. qui jusjurandum.* Alia parte quibusdam casibus non permittit prætor delatum jusjurandum referri, *l.11. §. ult. & l.13. rer. amot.* Alia vero parte, quæ præcipue pertinet ad titulum de noxalibus actionibus, domino, qui servi nomine noxali judicio convenitur, negante se eum servum habere in potestate, prætor actori permittit arbitrium, sive optionem, id est, electionem, utrum velit dominum dejerare servum in sua potestate non esse, aut se dolo malo non fecisse, quo minus esset, an statim in eum agere in solidum detracta noxæ deditione, *l.25. §. prætor, de noxal. actionib.* Quam edicti sententiam Paulus proposuit in hac *l.22. §. ult.* Et docet, omissa conditione jurisjurandi eligentem actionem detracta noxæ deditione, id est, in solidum vincere, & dominum condemnare in solidum, si probaverit servum, quem dominus negat in sua potestate esse, ne conveniatur noxali actione, si probaverit, inquam, in domini potestate esse, aut dolo malo ejus in potestate esse desisse, aut si id non probaverit, causa cadere, nec scilicet posse regredi ad jurisjurandi conditionem semel omissam, quasi ex inopia probationis aut penuria. Simul & hoc docet Paulus in hac l.22. quid in edicti parte sit servum habere in potestate, nec enim est dominium servi habere, quoniam hoc non est satis, ut dominus teneatur in solidum suo nomine ex servi noxa, vel ut teneatur noxali actione, sed habere servum in potestate, est copiam, & facultatem habere exhibendi ejus, ut *l.25. §. in potestate, h.s. l. potestatis, de verb. signif.* Et servum à domino depositum apud alium, vel alii commodatum, dominum habere in potestate, si habet copiam, & facultatem recuperandi ejus actione depositi, vel commodati: habere eum in potestate, non quia dominus ejus est, non quia eum possidere intelligitur per depositarium, aut commodatarium, ut *l. 8. commod. l. licet, depos.* quod hæc lex significat, quum ait, servum depositum, vel commodatum domino servire, quamvis apud dominum non sit, quia eum possidere intelligitur per depositarium, aut commodatarium, qui eum non sibi habet, sed depositori, vel commodatori, id est, domino. Non igitur, quia dominus est, non quia eum possidet, aut possidere intelligitur, sed quia copiam habet quandoque recuperandi ejus. Et ideo cum eo agi potest nox. actione, vel si falso negaverit, se eum habere in potestate, nec id actor ejus jurejurando decidi velit, sed probet eum falso negasse servum esse in sua potestate, agi cum eo potest in solidum sine noxæ deditione propter mendacium, id est, ulciscendi mendacii gratia. Eademque est ratio, ut subjicit, ejus, qui servum suum pignori dedit creditori suo, aut qui servum suum precario concessit, si modo facultatem habeat eum repetendi quandocunque voluerit ab eo, qui precario rogavit, qui scilicet non latitat, quique eum servum non abalienavit, etsi facultatem habeat repetendi servi pignorati, id est, ut subtiliter interpretatur, si habeat paratam pecuniam, qua reluat pignus, id est, servum pignoratum: nam si pecuniam non habeat in manu, tametsi res habeat, ex quarum venditione pecuniam conficere possit, non intelligitur habere facultatem repetendi servi pignorati, ne cogatur ob noxam servi res suas vendere, quod perdurum esset. Alias tamen, quis tantum pecuniæ habere videtur, quantum ex venditione rerum suarum redigere potest, *l.88. de verb. sign.* Is autem, qui pignori servum accepit, vel qui precario servum rogavit, non tenetur noxali actione, quia etsi servum juste possidet, puta jure pignoris, aut jure precarii, non tamen possideat animo domini: & actio noxalis cum effectu datur tantum in dominum, vel in eum, qui servum possidet animo & opinione domini, id est, qui credit se esse dominum servi, quem possidet, quæ possessio civilis dicitur. Et ita quoque semper definitur à Theophilo, & omnibus Græcis interpretibus, ut sit possessio, quæ possidetur animo domini, opinione domini, ut ait hic Paulus, cogitatione domini, ut ait *l. pen. C. de furt.* ψυχῇ δεσπόζοντος. Creditor autem pignoratitius, & is, qui precario rogavit servum utendum, juste possidet, quia voluntate domini possidet, sed possidet naturaliter, *l.3. §. ult. ad exhib. l. debitor, §. ult. de pign. act.* non civiliter, quia non eo animo, ut credat se esse dominum, *l. quæcunque, §. 5. de Public. in rem act.* & ideo non tenetur noxali actione, quia nec noxæ dedendo, quod tamen desideratur, faceret hominem accipientis, *l.27. inf.* Sed tamen creditor, quive precario rogavit, aut eum servum defendere debet, aut amittet jus, quod in eo habet, amittet jus pignoris, cessante in dominum noxali actione, & ab eo servus avocabitur, & ducetur ab illo, cui servus noxam nocuit, à quo, si postea dominus vindicet servum, repellitur exceptione doli, quod ad eum servus pervenerit ex causa noxali, *d.l.27.* in summa, ut Paulus definit in *§. pen. hujus l.22.*

Ad *§. Pen.* Dominus, qui servum confitetur esse in sua potestate, sive vero, sive falso, aut exhibere eum debet, ut ducatur in noxam, aut ut supplicium de eo sumatur, aut absentem defendere, nisi paratus sit cavere, se cum primum poterit eum exhibiturum, quod si non fecerit, id est, neque exhibuerit, neque absentem defenderit, neque caverit, ut dixi, damnatur in solidum sine noxæ deditione, ut *l.2. §.1. si ex noxali caus. agat.* Damnatur, ut Basilica habent, quod idem est, *εἰς τὸ διαφέρον, in id omne quod interest.* Ergo in solidum. Qui autem negat, se servum in sua potestate habere, si delato jurejur. nolit jurare, æque damnatur in solidum, quasi contumax, *l. prox. §. quod si reus, sup.* Idemque erit, si non delato jurejurando probetur, servum habere in potestate, vel dolo malo fecisse, quo minus haberet. Sed si hoc non probetur cum omissa conditione deferendi jurisjurandi, actor eligit potius districto judicio agere in dominum, si non probetur servum in potestate habere, quem negavit se habere, immunis est, & liber ab omni actione, & noxali & pura, id est, in solidum: ut puta, si servus sit in fuga sine mandato ejus, licet eum possideat (quod notandum) nam servum, qui est in fuga, dominus possidet, quamdiu non apprehenditur ab alio, vel quamdiu non gerit se pro libero. His duobus casibus exceptis, servum, qui est in fuga, sane dominus possidet, sed ut in eum competat actio noxalis, vel pura in solidum: non est satis, si servum possideat, sed necesse est, ut eum habeat in potestate, id est, exhibendi ejus copiam *l.5. §. ult. ad exhib. l.1. §. per servum, de adquir. poss. l. servi, §. ult. de furtis.* Non quidquid possidemus, etiam id habemus in potestate, in mundo, ut veteres loquebantur, in manu, in promptu, quia possessio retinetur solo animo. Immunis etiam erit dominus, & liber ab omni actione, si electo ab actore jurejurando, dominoque delato ju-

raverit servum non esse in potestate sua, neque se dolo A
malo fecisse, quo minus esset.

Ad L.XXIV. de Noxal. act. *De illo videndum, utrum adversus eum tantum, qui dolo facit, quo minus in potestate haberet, actio locum habeat noxalis, si ex dolo ejus acciderit, ut cesset noxalis actio: forte si servo suo fugam mandavit: an & si possit, nihilominus cum alio agi, quod accidit cum alienatus manumissusve est. Quod est verius: in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Julianus autem ait de eo, qui manumisit, si paratus sit defendere se manumissum. exceptionem dandam ei, qui manumisit. Hoc & Labeo.*

DOmino negante se servum habere in potestate, de quo noxalis actio est, prætoris edicto duplex electio defertur, & injungitur actori. Primum, ut vel domino inferat jusjurandum, quo is dejeret, se servum non habere in B
potestate, nec dolo malo fecisse, quo minus haberet, vel omissa conditione jurisjurandi, quasi in mentientem dominum agat in solidum, detracta noxæ deditione: deinde, ut si rem jurejurando domini decidi nolit, vel agat in dominum, ut dixi, in solidum detracta noxæ deditione, qui dolo malo fecit, quo minus servum haberet in potestate, ne secum ageretur noxali actione, vel adversus alium quemcunque cui dominus dolo malo eum servum alienavit, puta vendidit, aut donavit, vel in servum ipsum, si à domino manumissus sit. Hæc est altera electio, quæ datur actori, ut vel agat in dominum, qui dolo malo desiit servum possidere, detracta noxæ deditione, vel agat in eum, cui dominus servum alienavit, aut in servum ipsum, si à domino manumissus sit. Cæterum exceptio doli danda est domino, qui servum alienavit, vel manumisit, si novus dominus, vel C
novus homo, id est, manumissus paratus sit judicium pati, & rei defensionem suscipere: novus dominus noxale judicium, novus homo judicium in solidum, in quo veniat integra æstimatio litis, sive noxæ, quam fecit servus, cum esset in servitute, quæ proculdubio manumissum sequitur, juxta id, quod dicitur, *noxa caput sequitur*. Ergo sive novus dominus, sive manumissus paratus sit judicium excipere, & defensionem rei, qua de agitur, dominus non tenetur, quamvis dolo desierit servum possidere, id est, quamvis eum dolo malo alienaverit, vel manumiserit, sed se tueri potest exceptione doli mali, quod dolo malo faciat, qui parato, & existente idoneo defensore rei, secum experiatur, qui desiit servum possidere, & ut videtur, absque dolo malo: quia defensor servi certus, & idoneus existit, non videtur dominus dolo malo alienasse servum, si in suum locum, quasi D
substituerit idoneum defensorem, qui sit paratus servum defendere, aut suscipere defensionem rei. Et hoc est, quod proponitur ex Paulo in hac *l.24.* sed in initio legis id corrupte proponitur de actione noxali, cum quæstio sit de actione, qua dominum teneri constat, qui dolo malo fecit, quo minus servus in ejus potestate esset, quæ actio est in solidum sine noxæ deditione, non noxalis, *l. si heres, h. tit. l.2.§.1.si ex noxali causa, l.si servus non sit, de interrog. in jur. fac.* Et præterea non est hæc actio, quæ in dominum datur in solidum, qui servum desiit dolo possidere, de quo noxalis actio erat, non est, inquam, actio civilis, & directa, ut actio noxalis, sed prætoria, *l.26.§.item si ex pluribus, & l.39. hoc tit.* Et prætoria quoque hæc actio aperte separatur à noxali in *d.§. item si ex plur. & §. si is, quem, & d. l.39.* Ac præterea, ut hoc sit manifestius noxalis actio datur heredi, E
& in heredem, *l.pen. §.pen. inf. hoc tit. l.1. §.ult. si quadrupes, &c.* non etiam illa actio prætoria, quæ nec heredi, neque in heredem datur, *d.l.26. §. neque*, & profecto manifestum est etiam in hac l. 24. ut scripta est inepte, quæri, an adversus eum tantum actio noxalis locum habeat, cujus dolo accidit, ut cesset actio noxalis: Nam si cesset actio noxalis, frustra quæritur an locum habeat actio noxalis. Itaque ut & lib.6. memini me docere in hac l. 24. ita legendum est: *De illo videndum, utrum adversus eum tantum, qui dolo fecit, quo minus servum in potestate haberet: actio locum habeat*, circumscripto illo verbo, quod subjicitur, *noxalis*. Et actio ibi accipienda est pro actione prætoria, quæ in dominum, vel in possessorem datur in solidum, qui dolo malo fecit, quo minus servum haberet in potestate, ut *l.12. & 21. sup. h. t.* Et hoc quæritur, an adversus eum tantum detur hæc actio prætoria, an etiam adversus alium, an ex noxa servi alia actio competat? Et quidem, ut respondet, si dominus servo mandavit fugam, ipse solus actione prætoria tenetur in solidum, quia non est alius, qui conveniri possit: sed si servum dolo malo alienaverit, ut cessaret actio noxalis in se, vel si servum manumisit, electio est actoris, cum quo velit agere, cum novo domino, vel cum manumisso, an cum veteri domino, qui servum dolo malo alienavit, aut manumisit: sed si, ut ait, novus dominus, vel si manumissus ultro se offerat defensioni litis, dominus opposita exceptione doli mali absolvitur, quia, ut jam attigi, & Græci adnotant subtiliter hoc loco, quum rei, sive litis defensor aliquis idoneus existit, dominus, qui desiit servum possidere, dolo carere præsumitur, si modo sit defensor idoneus. Hoc enim exigit *lex si plurium, §.ult. inf.* Puta ut sit defensor cum satisdatione judicatum solvi. Et hoc quoque servatur eodem modo in omnibus actionibus in rem, sive sint speciales, sive universales, puta de hereditate, nempe, ut quamvis regulariter, qui dolo desiit possidere, pro possessore habeatur, & possit conveniri actione in rem, quamvis regulariter dolus sit pro possessione, tamen non teneatur dominus actione in rem, qui dolo desiit possidere, si alius idoneus defensor, & locuples paratus sit judicium pati, quia tunc nihil dominus videtur fecisse dolo malo, cum servo non desit defensor justus, & idoneus, ut etiam ostenditur in *l.13. §.pen. de petit. hered.*

Ad L.XXVI. eod. *Electio vero alterum liberabit: id enim prætor introduxit, ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret: ideoque exceptione à sequenti summovebitur.*

Ad §. His consequens est, *ut si plures dolo fecerint, quo minus in potestate haberent, eligere debeat actor, quem velit convenire.*

Ad §. Item si ex pluribus *dominis quidam dolo malo partes suas desierint possidere: electio erit actoris, utrum directo velit agere cum eo, qui possidet, an prætoria cum eo, qui desiit possidere.*

Ad §. Si servum alienum *alius in jure suum esse responderit: altero solvente alter liberatur.*

Ad §. Si is, quem desieris *dolo possidere, decesserit prius, quam hac actione convenieris, liberaris: quia hæc actio in locum directæ actionis succedit. Diversum dicemus, si moram feceris in judicio accipiendo.*

Ad §. Neque heredi, *neque in heredem, quod defunctus mentitus est, actio danda est, nec in ipsum quolibet tempore: Nam liberum esse debet defendenti absentem servum, hujus edicti pœnam evitare: id est, ut sine noxæ deditione conveniatur: & ideo si negaveris servum in tua potestate esse, postea fateri poteris: nisi jam lis adversus te contestata est: nam tunc audiri non debebis, ut Labeo ait. Octavenus, ex causa etiam lite contestata tibi succurrendum: utique si ætas tua ea sit, ut ignosci tibi debeat.*

Ad §. Si absente domino *ductus sit servus, vel etiam præsente, & in eadem causa sit, ut in integrum restitui possit, defensio permittitur ejus nomine, qui ductus est: postulantibus enim exhiberi eum ad defendendum, indulgere prætor debet. Idem concedendum est fructuario, vel cui pignoris nomine obligatus est, si præsens dominus defendere noluerit: ne alterius dolus, aut desidia illis noceat. Idem præstandum est in servo communi, quem alter ex dominis præsens noluit defendere. Sed & actori his casibus succurrendum est: quia placet dominii adquisitione extingui actionem: Jussu enim prætoris ductus, in bonis fiet ejus, qui duxit.*

PRæterea, ut idem Paulus ostendit in *l.26.* etiam si ultro novus dominus, vel manumissus se non offerat defensioni litis, si eligatur, & conveniatur ab actore, omisso veteri domino, qui dolo desiit possidere, si eligatur, inquam, & conveniatur ab actore, & exigatur litis æstimatio, id est, & actor ab eo exigat æstimationem litis, quod necesse est, ut inf. dicetur, & in hac ipsa *l.* indicat verbum *solvente*. Igitur si actor elegerit novum dominum, vel manumissum, eique novus dominus, aut manumissus solverit, æsti-

æstimationem litis, dominus, qui alienavit, vel manumisit servum, opposita exceptione doli mali liberatur. Et contra electo veteri domino, beneficio ejusdem exceptionis, vel etiam, quod notandum, ipso jure in actione furti, quasi decisum, & transactum sit cum novo domino, vel manumisso, ut ait *l. si servus navem, in fin. de furt.* quia decisione, vel pactione actio furti etiam noxalis ipso jure tollitur, *l. si cum pro jure, de cond. furt. l. 13. C. de furt.* Electo igitur veteri domino beneficio exceptionis doli, vel etiam ipso jure in actione furti, quæ decisione ipso jure perimitur, & electo domino veteri, decisum videtur cum novo, vel cum manumisso, ne cum eo ageretur ex causa noxali, tum novus dominus, aut manumissus liberatur. Denique uno electo, & solvente alter liberatur: electio enim, ut ait, à prætore datur, ne eludatur actor, non ut lucrum faciat, bis agendo de ejusdem servi admisso, de ejusdem servi delicto. Eluderetur actor si haberet tantum actionem in veterem dominum & non esset solvendo, vel si haberet actionem in novum dominum, aut in manumissum, & non esset solvendo. Itaque datur ei optio, vel ut agat in hunc, vel in eum, quem senserit esse locupletiorem: in veterem dominum, qui dolo desiit possidere, in novum dominum, vel in manumissum. Valde notanda est hæc ratio, quæ proponitur initio hujus l. quia electionem prætor introduxit, ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret, id est, non ut utrumque conveniret, & exigeret, quæ ratio cessat in specie *l. 13. §. pen. in fi. de petit. heredit. & l. Stichum, §. dolo, de solut.* ubi dicitur, non liberari novum possessorem hereditatis, si vetus possessor, qui dolo malo hereditatis possessionem in eum transtulit, ipse desiit possidere, prius conventus, & exactus fuerit. Utrumque ergo teneri, & novum possessorem hereditatis, petitione hereditatis, & veterem, qui dolo desiit possidere: quia scil. prætor in ea specie non injunxit actori electionem. Idcirco utrumque convenire potest, veterem dominum ex præterito dolo: novum dominum, ex præsenti possessione: & vel prius veterem dominum sive possessorem, deinde novum: aut ex diverso prius novum possessorem, deinde veterem, nisi ab initio novus possessor paratus sit judicium pati, judicium excipere: quia tunc, cum se offert liti, vetus possessor, ut modo dictum, dolo carere præsumitur. Et ideo non tenetur, sed solus is tenetur, qui nunc possidet, & se liti statim offert. Hoc est summe notandum. Eadem vero ratio electionis hoc edicto introducta facit, ut quod proponit Paulus in §. 1. & *l. si plurium, hoc tit.* si plures sint domini, qui dolo malo desierint servum possidere, uno electo, & solvente, cæteri liberentur. Item si ex duobus dominis, vel pluribus, alius partem suam dolo malo desierit possidere, ne secum ageretur noxali judicio, alius vero partem suam possideat, ut electio sit actoris, utrum cum eo, qui possidet, agat directa actione, id est, civili, quæ est noxalis furti, vel damni injuria dati, & est actio directa civilis, quæ proficiscitur ex *l. 12. tab.* vel ex *l. Aquilia*, an vero agat cum eo, qui dolo desiit possidere prætoria actione in solidum suo nomine ex hoc edicto, ut & altero solvente litis æstimationem, qui prior conventus fuerit, alter etiam liberetur, quia electio datur actori, ergo non permittitur ut utrumque conveniat. Et similiter, ut si unus sit dominus servi, qui noxam nocuit, alter in jure interrogatus mentiatur se esse dominum servi, uterque conveniri potest noxali actione, sed uno electo, uno convento, & solvente, ut ait in *§. si servum*, alter liberatur. Quod etiam ostendit lex 8. & 21. *de interrog. in jure fac.*

AD *§. Si is, quem.* His additur in *§. si is, quem*, eum, qui dolo malo desiit servum possidere, ne secum ageretur noxali actione, non teneri ex hoc edicto prætoria actione in solidum, si ante litem contestatam servus vita decesserit, & antequam dominus, qui desiit possidere, in judicio accipiendo fecisset moram. Cur vero hoc casu dominus, qui dolo desiit possidere, non tenetur actione prætoria in solidum? Cur liberatur morte servi, quæ contigit ante moram, & ante litem contestatam? quia, inquit, hæc actio, prætoria scil. succedit in locum directæ, id est, in locum noxalis, quæ civilis est actio, non prætoria, eamque imitatur *d. l. si plurium, inf.* Mortuo autem servo, qui noxam nocuit, ante moram domini, & ante litem contestatam, noxalis actio perimitur, quia non est propter quem intelligi possit, dominum dare oportere, quod exprimebatur in formula actionis noxalis: *Ajo te mihi propter servum illum tuum dare oportere, damnum præstare, quod ille mihi dedit, l. pen. §. 1. hoc tit. l. 1. §. plane si ante, si quadrupes paup. fec. dic.* mortuo, inquam, servo, qui noxam admisit, ante moram, ante litem contestatam, perimitur actio noxalis, ergo & prætoria, quæ in ejus locum succedit, *d. l. si plurium in fi.* At post moram mortuo servo, neutra actio perimitur, *l. si heres, sup. hoc tit.*

AD *§. neque.* Sequitur in hoc §. neque hanc actionem prætoriam heredi dari, neque in heredem, de qua multa diximus, aut certe præcipua, quæ sine noxæ deditione nihilominus in dominum datur, qui mentitus est servum, pro quo noxalis actio alicui competebat, non esse in sua potestate, aut dolo malo fecit, quo minus esset, ait, *neque heredi ejus, cui servus noxam nocuit, neque in heredem domini dari*, quod quidem ait ad discretionem civilis actionis, id est, noxalis actionis, quæ & heredi, & in heredem datur, *l. pen. §. ult. hoc tit.* Illa autem actio prætoria heredi non datur, quia dominus mentitus est defuncto, non heredi, & mendacium fit in personam, non in rem: in heredem vero non datur, quia pœnalis actio est, ut paulo infra hæc verba significant, *hujus edicti pœna*, ea est mendacii pœna. Est & alia differentia inter actionem civilem, id est, noxalem, & prætoriam, sive honorariam, quia noxalis actio in dominum datur perpetuo, quandiu servi noxæ dedendi facultatem habet, & copiam, *d. l. pen. §. ult.* Prætoria autem actio in eum perpetuo non datur, ut ostendit in eod. *§. neque heredi*. Si enim dominus, posteaquam mentitus est, servum non esse in sua potestate, aut posteaquam dolo malo fecit, quo minus esset in sua potestate, si fateatur mutato consilio, servum esse in sua potestate, & paratus sit judicio noxali absentem servum defendere, hujus edicti pœna, id est, actione prætoria liberatur: actione prætoria non tenetur, sed noxali tantum, cui se offert subeundæ, fatendo verum. Namque licet ei pœnitere, & mendacium suum emendare atque corrigere re integra, id est, ante litem contestatam, ex causa mendacii, ex causa prætoriæ actionis, quod facile videtur excusato. Quid enim si justo errore ductus mendacium dixerit? *l. de ætate, §. pen. & ult. de interrog. in jur. fac. l. is, qui se obtulit, de rei vindic.* Cur non liceat ei re integra, nec dum læso actore ulla in re, errorem suum, & mendacium corrigere? Post litem contestatam ei non licet, quin lædatur actor, qui jam in litem impensas fecit: Denique post litem contestatam ei non licet pœnitere, nisi ex justa causa: veluti si minor sit 25. annis, cui ignosci æquum sit, quocunque tempore data restitutione in integrum. Et in hoc §. minorem tantum ætatem excipit, sexum non excipit, minoribus succurritur, mulieribus autem non succurritur, ne facilius calumnientur spe restitutionis in integrum, *l. 110. §. ult. de reg. jur.* Calumniantur autem mulieres, quæ mentiuntur servum non esse in sua potestate, ne actione noxali conveniantur. Excepto igitur minore 25. annis, cui ex causa subveniri potest, qui quæve post litem contestatam ex actione prætoria hujus edicti verum fatetur, puta servum esse in sua potestate, venia dignus non est, quia (qua ratione Græci utuntur) non videtur conscientia bona id facere, sed metu judicii pœnalis, quod accepit: metu pœnæ & damnationis imminentis. Et hoc est, quod habetur in *§. neque*.

AD *§. ult.* In §. ult. docet quod & docuit lib. 6. in *l. 2. §. ult. si ex nox. causa ag.* si servus, de quo noxalis actio erat, cum nemo eum defenderet, & dominus peregre abesset, jussu prætoris ductus sit, ut sit, ab eo, cui furtuum fecerat, noxamve nocuerat, servum ejus fieri, qui duxit, quod est certissimum, in dominium transire ejus, qui duxit, & consequenter dominii adquisitione perimi actionem noxalem, quia nemo secum agere potest. Actio locum non habet inter unum, sed inter duos: sed neque cum servo suo agere potest. Denique servi proprii nomine nulla est actio noxalis. At postquam

ita ductus est servus, & transit in dominium actoris, cui A furtum fecerat, aut damnum dederat, atque adeo perempta est actio noxalis, domino reverso causa cognita, restituitur defensio servi si bona fide abfuerit, ne ei noceat absentia sua, aut peregrinatio justa ratione suscepta, nimirum servo exhibito ad defensionem: & vicissim quoque actori, qui servum duxit, restituitur actio noxalis, quæ perempta fuerat adquisitione dominii. Omnis restitutio in integrum debet esse reciproca, debet fieri ex utraque parte, *l. quod si minor, §. restitutio, de minorib. l. 1. & 2. C. si advers. transact.* Idemque dicendum est, si præsente domino (dixi jam de absente) servum noxium non defendente, servus jussu prætoris ductus sit, & subsit causa magna domino, quamvis præsens fuerit ductionis tempore, restituendæ defensionis: ut puta, si propter inopiam antea implere defensionem non potuit, *l. 2. de cust. reor.* nam & hoc casu domino B restituta defensione, & ei, qui duxit servum, etiam restituitur noxalis actio. Rursus idem dicemus, si præsente domino, nec servum defendente, absente autem, vel ignorante fructuario, qui in eo servo usumfructum habet, vel in creditore, cui is servus pignoratus sit, servus ductus sit jussu prætoris, & postea reversus fructuarius, vel creditor, velit servum defendere, eumque ad defendendum exhiberi postulet: est enim audiendus, ne ei dolus, culpa, vel negligentia domini noceat, qui servum duci passus est, & indefensum reliquit: non debet alterius dolus, vel desidia alteri nocere. Et hoc quoque casu ei, qui duxit servum, restituenda est actio noxalis adversus fructuarium, vel creditorem, *l. 27. l. 30. hoc tit.* Ac postremo idem dicemus in servo communi duorum, quorum unus absens fuit, alter præsens, si præsente non defendente servum jussu prætoris servus C ductus sit; namque reverso absenti domino restituenda est defensio servi, si hoc desideret, & vicissim ei, qui servum duxit, actio noxslis: quæ est sententia *§. ult.* Ex quo intelligitur omnem restitutionem in integrum fieri ex utroque latere, & vicissim commeare.

Ad L. CXXXVI. de Reg. jur. *Bona fides tantundem possidenti præstat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.*

POrro ad hanc quæstionem noxalis actionis etiam puto esse referendam, *l. 136. de regulis jur.* quæ huic libro 18. fertur accepta: *bona fides*, inquit, *tantundem possidenti præstat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.* Is, cui servus noxæ deditus est à non domino, qui eum possidebat, puta à bonæf. vel malæf. possessore, ut *l. bona fide, &* D *l. non solum. sup. de noxal. act.* Is, cui ab eo noxæ deditus est, non est quidem dominus, quia nemo potest plus juris in alium transferre, quam ipse habet. Non est igitur dominus, sed est bonæ fidei possessor, eumque servum usucapere potest. Ideoque amissa possessione servi, etiam adversus dominum, si servi possessionem nactus sit habet actionem in rem Publicianam. Cui si dominus opponat exceptionem justi domini, quæ causa cognita sæpe admittitur in actione Publiciana, *l. pen. de publ. in rem actione*, ea exceptio justi domini emendabitur per replicationem doli mali, nisi dominus ei paratus sit præstare æstimationem litis, id est, æstimationem noxæ, *l. & generaliter, de nox. actio.* Bona fides tantundem possidenti præstat, quantum veritas, id est, justum dominium. Domino datur rei vindicatio, & bonæ fidei possessori quoque, nempe Publiciana, E quæ est species rei vindicationis, in his scilicet rebus, quæ usucapi, & alienari possunt. In his autem rebus, quæ usucapi, vel longo tempore adquiri, vel alienari non possunt, Publiciana locum non habet, ut in rebus furtivis, quia lex 12. tabularum impedimento est, quæ vetat usucapi res furtivas, *l. sive autem, §. pen. l. cum sponsus, §. si res, de Publ. in rem act.* Et ideo huic regulæ adjicitur hic modus, *quotiens lex impedimento non est*, quia neminem prætor tuetur contra leges, ut ait *d. §. si res.*

Ad L. VII. de Aqua, & aq. pl. *Is, cum quo aquæ pluviæ arcendæ agitur, quod opus fecit, licet cedere loco paratus sit, cogetur accipere judicium, quoniam & suo nomine convenitur, ut opus tollat.*

Ad §. Aliud est; *in bonæ fidei emptore: hic enim tantum patientiam præstat. Igitur si & fundo cedat, audiendus est: Plus enim præstat.*

ET hinc rapta occasione, puto Paulum iis applicuisse alia quædam, quæ sunt communia domino, & bonæ fidei possessori, & non communia tantum, sed etiam discrepantia, in quibus scilicet distat dominus à bonæ fidei possessore. Ut quod ex hoc libro proponitur *l. 7. de aqua, & aqua pl.* multum interesse docet, utrum cum domino agatur aquæ pluviæ arcendæ, quæ actio est ex 12. tab. de eo opere, quod in suo fundo habet, quo aqua pluvia vicino nocet, an cum bonæ fidei possessore. Nam hac actione omnimodo dominus tenetur, etiamsi fundo, vel loco, in quo opus fecit, vicinus cedere paratus sit, omnimodo tenetur, videlicet, ut opus, quod fecit suis sumptibus, restituat, tollat. Bonæ fidei possessor, si fundo cedere paratus sit, & patiatur ab actore opus tolli, quod non ipse fecit, sed dominus, absolvitur. Bonæ fidei possessor patientiam tantum operis tollendi præstare debet, sive restituendi, & utique hoc præstat. Imo & plus, qui fundo etiam, in quo opus factum est, actori cedere paratus est. Igitur absolvendus est. Et hæc differentia inter dominum, & bonæ fidei pulsessorem proponitur in *d. l. 7.*

Ad L. XIV. Rerum amotarum. *Non magis, quam si quis ei, qui furti agat, jusjurandum deferat, an ipse fur sit.*

AB hoc vero quasi diverticulo Paulus mox redit ad C quæstionem jurisjurandi, de qua hoc libro tractare potissimum instituerat, docens in *l. 14. rer. amot.* & in judicio rerum amotarum rem decidi posse in judicio delato jurejurando, videlicet si vir, aut uxor, qui quæve agit in conjugem ob res, quas dicit eum amovisse divortii causa, jusjurandum ei deferat, quo delato sane compellitur jurare, *nihil se divortii causa amovisse*, aut solvere, quia referre hoc casu jusjurandum non potest, *l. 11. §. ult. eod. tit.* vel jurare debet se eam rem non amovisse, de qua jusjurandum defertur; nam & de una re tantum jusjurandum deferri potest, non de cæteris, *l. 7. de jurejur.* Quo loco ait verba hujus edicti, *ejus rei, de qua jusjurandum delatum est, sic esse accipienda, sive de tota re, sive de parte juratum sit*: & similiter sane de omnibus rebus, quæ in judicium sunt deductæ, sive de D quibusdam. Potest enim actor de quibusdam rebus probare, eas conjugem amovisse: de quibusdam vero si in eis rebus omnes ei probationes deficiant, jusjurandum deferre. Quidni? Et hoc est, quod ait l. 12. posse actorem de quibusdam probare, de quibusdam jusjurandum deferre, quod & fit hodie: simuitet scribit Paulus in *l. 5. de exception.*

Ad L. V. de Exception. *Is, qui dicit se jurasse, potest & aliis exceptionibus uti cum exceptione jurisjurandi, vel aliis solis: Pluribus enim defensionibus uti permittitur.*

EUm, qui habet exceptionem jurisjurandi, posse etiam simul aliis exceptionibus uti, si & alias habeat, veluti pacti conventi, vel rei judicatæ, vel doli mali. Exceptio est defensio rei, *l. sufficit, de cond. indeb. l. 17. §. error, ad munic.* Et reus E non prohibetur plures defensiones conjungere etiam diversas: non prohibetur pluribus defensionibus uti, quamvis diversæ sint, *l. plura, de oblig. & act. l. 8. h. t.* Plus tribuitur reo, quam actori: nam pluribus actionibus ejusdem rei nomine uti non licet, maxime si diversæ sint, *l. plura, de oblig. & actio.* Uno tantum telo petendus est reus. Omnis sagitta, etiam multiplex, utilis reo est, neque coarctandus est reus ad certum defensionis genus, si ei suppetant plures: actio est telum, exceptio clypeus. Potest etiam reus, si velit omittere exceptionem jurisjurandi, qoam habet, & aliis exceptionibus uti. Quo tamen casu electis aliis exceptionibus omissa exceptione jurisjurandi, postea non potest reverti ad exceptionem jurisjurandi semel omissam, *l. sed etsi suscep. de iudic.* & argum. *l. 22. in fi. de nox. act. & l. 12. C. de reb. cred.*

Ad

Ad L.XX. Depositi. *Si sine dolo malo rem depositam tibi amiseris, nec depositi teneris, nec cavere debes, si deprehenderis, eam reddi. Si tamen ad te iterum pervenerit, depositi teneris.*

Lex 20. depositi, in Florentinis tribuitur huic libro. In aliis lib.31. quod verius esse videtur, quia quod in ea proponitur nihil pertinet ad quæstionem jurisjurandi, ad quam omnes hujus libri superiores leges respiciunt, aut facile revocari possunt: qua ratione etiam aliarum duarum legum, quæ restant, inscriptio mihi suspecta est. Lex autem 20. *depositi* non est profecto cujusvis hominis, nec tam facilis, quam esse videtur. Depositario sine dolo malo amittente rem apud se depositam, etiam si qua culpa ejus argui possit, ait non teneri actione depositi, nimirum, quia dolus solus in depositum venit, non culpa, *l.5. nunc videndum, commod.* Et multo ergo minus teneri depositi, si sine dolo, & culpa sua rem apud se depositam amiserit, ut si servus depositus, qui vinciri, qui diligentius custodiri non solebat, se in fugam dederit, fuga enim servorum, qui custodiri non solent casui fortuito, non culpæ adnumeratur, *l.21. de rei vindic. l.in rebus, commod. l.contractus, de reg.jur.* Adeo autem depositi non tenetur depositarius, qui sine dolo malo rem sibi depositam amisit, ut nec cavere debeat de reddenda ea re, si eam postea nactus fuerit, & multo minus de ea re postea persequenda: quia nullam actionem habet, qua eam rem persequatur: sed si ad eum res iterum pervenerit, tum depositi tenetur. Cur cavere non debeat eam reddi, si eam postea deprehenderit, si quæratur, ne dicas: quia cautionis præstatio est molesta, & onerosa, bene merenti depositario non debet esse oneri beneficium, quod deponenti benefacit, rem ejus servandam suscipiendo. Ne hoc dicas: nam hoc genus cautionis rem reddi, vel restitui, si eam deprehenderit, nuda repromissio est, non cautio cum fidejussore, id est, satisdatio, *l.si pecuniam, §.item si quis, de cond. ob caus.* Cautio cum fidejussore est oneri. & molestiæ ei, qui eam præstare debet, quia fidejussores inventu difficiles sunt, *l.6. si cui plus, quam per leg. Falcid. l.omnes, §. præterea, C. de episc. & cler.* Nuda autem repromissio non est oneri. Verum dicas, hanc esse rationem non præstandæ cautionis, id est, repromissionis de restitutione rei depositæ, si ad depositarium iterum pervenerit, quia ea cautio supervacue præstaretur: non solent injungi supervacuæ cautiones, neque debent. Ea, inquam, cautio à depositario supervacue præstaretur: cum si res iterum ad eum quacunque ex causa pervenerit, promptum, & proclive sit in eum agere actione depositi, ut Paulus ait hoc loco. Et hoc sane est speciale, & singulare, ut & multa alia in causa depositi, videlicet, ut etiamsi deposita re amissa, deinde recuperata, denuo ejusdem rei repetitum, aut redintegratum depositum non sit, ex pristina causa agatur, quasi per se tacito intellectu renovato deposito, quod finierat amissione depositi: nam ex cæteris causis, quam depositi, re semel amissa sine dolo, & culpa rei ante litem contestatam, non potest denuo in eundem agi ex pristina causa, quæ jam finita, & extincta est, quamvis eadem res ad eundem redierit. Ideoque cautione opus est de restitutione rei: exempli gratia, mandavi tibi ut mihi servum emeres, emisti, deinde priusquam eum mihi restitueres, & traderes, servus fugit sine dolo, & culpa tua: non teneris mihi mandati, nisi in hoc tantum, ut caveas te mihi servum restituturum, si quandoque in tuam potestatem pervenerit: cautionem hanc interponi necesse est: quia etsi servum postea deprehenderis, ex pristina causa actio mandati non est, *l.si procuratorem, §.ult. mand.* Idemque dicendum est, si tibi decem dederim, ut Stichum emeres, & manumitteres, qui contractus est do ut facias, cui nomen proprium non est: si Stichum emeris, nec dum manumiseris, & is fugerit sine dolo, & culpa tua, cum jam amplius nollem eum manumitti, non teneris mihi condictione ob rem datam re non secuta, nisi in hoc tantum, ut caveas 10. restituiri, si servus in tuam potestatem redierit. Cautione opus est, quia agi non potest ex pristina causa, quæ semel finita est servi potestate amissa sine dolo, & culpa tua, *l.si pecunia, §.item si quis, de cond. ob turp. caus.* Quod ergo ait in hac l.20. ex pristina causa agi posse depositi, si depositarius rem amissam reciperaverit, speciale est in causa depositi. Et maxime observandum hoc loco, quasi conjuncta scriptura, ex eodem auctore duo proponi, quæ sunt specialia in deposito: unum in *l.seq.* ut quamvis servus ex cæteris contractibus non obligetur civiliter, nec possit conveniri post manumissionem, *l.14. de obl. & act. l.tutorem, qui tutelam, de admin. tut. l.si puere, de fideicommiss. libertat. l.1. & 2. C. an servus ex suo facto,* ut tamen possit etiam post manumissionem depositi conveniri, si rem teneat, quæ apud eum cum servitutem serviret deposita fuit, & ut possit ipse conveniri solus, non etiam dominus ejus, actione de peculio intra annum: nam hæc actio annalis de peculio in dominum ex edicto prætoris non datur, nisi quum in manumissum agi non potest ex ante gesto. Et hoc esse speciale in deposito satis aperte demonstrat lex 21. dum ait, *licet in cæteris causis servus post manumissionem non teneatur.* Alterum quod in deposito speciale est, hæc lex 20. proponit, atque etiam unum speciale conjungitur alteri fere uno contextu ex eodem auctore. Alterum quod proponitur in hac l.20. hoc est, ut depositi teneatur, qui rem depositam sine dolo malo amisit, si eam postea aliqua ex causa, nihil refert qua ex causa, reciperavit, atque igitur interim esset obligatio depositi potius, quam extincta sit, ut loquitur *lex qui res, §.aream, de solut.* Quod tamen non est omittendum ita procedere, si rem depositarius amiserit ante litem contestatam, id est, antequam cum eo depositi ageretur: Nam si post litem contestatam eam amiserit, etiamsi sine dolo malo, proculdubio omne periculum ad eum pertinet, *l.12. §. ult. hoc tit.* Excepto duntaxat naturali interitu, naturali morte servi depositi, vel animalis, quum ex tes erat interitura, etiamsi statim restituta fuisset actori, *l.14. §.ult. hoc tit.* Et hac in re juvat considerare, quam differt actio depositi ab actione in rem ex *l.21. §.1. de rei vindicat.* Si post litem contestatam judicio in rem, servus, de quo actum est cum bonæ fidei possessore, aufugerit sine dolo, aut culpa possessoris, bonæ fidei possessor non tenetur actori, nisi ad hoc solum, ut caveat de eo homine restituendo, si eum forte deprehenderit: Nec enim præstat omne periculum propter bonam fidem. At depositarius post litem contestatam omne periculum præstat propter malam fidem, quia judicii accipiendi tempore non reddidit, quod reddere potuit. Quod si bonæ fidei possessor ante litem contestatam rem amisisset sine dolo, aut culpa sua, proculdubio non esset in eum actio in rem, quia actio in rem ex præsenti possessione est, *l.non alias, §. ult. de jud.* Et illam rem non possidet, neque dolo desiit possidere. Cæterum in eum esse poterit actio in rem ex nova possessione, sicut & actio noxalis, *l.23. de noxal.act. l.si rem, & l.seq. de except. rei jud.* Quod exemplo actionis in rem locum habet etiam in actione ad exhibendum, quæ propter actionem in rem inducta est, ut ait *lex 1. ad exhib.* Quia scilicet non nisi si post litem contestatam is, cum quo actum est ad exhib. sine dolo, & culpa exhibendæ, & restituendæ rei facultatem habere desierit, ad hoc tenetur, ut caveat, se eam rem exhibiturum, si rursus in suam potestatem venerit, non etiam, si ante litem contestatam eam rem amiserit, quam scilicet possidebat bona fide. Cæterum ex nova causa, id est, si postea res ad eum redierit, agi cum eo potest ad exhibendum. Et ita est accipienda *lex Celsus, §.ult. ad exhib.* Et breviter inter actionem in rem, & actionem depositi est differentia, re amissa post litem contestatam: re autem amissa, ante litem contestatam, idem juris est in actione depositi & actione in rem, & actione noxali, & actione ad exhibendum: quia scilicet statim, ut res amissa est, agi non potest: postea ex nova possessione, novave rei restituendæ facultate agi potest.

Ad L.LXXVI. de Verb.oblig. *Si stipulatus fuerim illud, aut illud, quod ego voluero: hæc electio personalis est: & ideo servo, vel filio talis electio cohæret. In heredes tamen transit obligatio, & ante electionem mortuo stipulatore.*

Ad §.

Digitized by Google

Ad §. Cum stipulamur; *quidquid te dare facere oportet: id quod præsenti die duntaxat debetur, in stipulationem deducitur, non ut in judiciis, etiam futurum: & ideo in stipulatione adjicitur verbum* oportebit: *vel ita*, præsens, in diemve. *Hoc ideo fit, quia qui stipulatur*, quidquid te dare oportet, *demonstrat eam pecuniam, quæ jam debetur. Quod si totam demonstrare vult: dicit*, oportebitve: ita, præsens, in diemve.

INitio hujus legis proponitur, si stipuler *illud, aut illud dari, utrum ego voluero*, reservata mihi electione, electionem mihi heredive meo esse petendi, utrum maluero, vel utrum heres meus maluerit. Quod etiam aperte est proditum in *l. si sit legatum, §. ult. de leg.* 1. Sed si cum essem filiusfam. aut servus idem stipuler, puta, *illud, aut illud dari*, utrum ego voluero, aut quod ego voluero, electio mihi soli permittitur, non etiam patri, vel domino meo, quia personæ meæ cohæret, quatenus facti est, non juris. Quæ juris sunt, ad patrem, vel dominum transeunt. Quæ facti me vivo, non item, *l. quod dicitur patrem, l. ult. inf. hoc tit.* Et transit tamen, ut ante dictum est, electio, quæ facti est, ad heredem, sed nnn directo (quod notandum) sed per consequentiam, quia obligatio in heredem transit. Et illa obligatio, sive stipulatio, *illud, aut illud*, quod ego voluero, est pura: ut recte Albericus notat, cujus scil. dies statim cedit, sed moram recipit ex destinatione, vel optione stipulatoris, aut heredis ejus. Hæc sententia est verissima, quam etiam confirmabo fortiter ex *l. illud, de opt. leg.* ut satisfaciam ingeniosis quibusdam, qui dicunt obligationem quidem hanc, *illud, aut illud, quod ego voluero*, in heredem transire, cæterum electionem non transire, & qui aliud plane demonstrant, verba cavillantur hujus *l. & leg. si sic legatum, §. ult.* Quod tamen genus calumniæ non admittet unquam *lex illud, aut illud, de opt. leg.* in qua proponitur testator Titio legasse, *illud, aut illud, quod legatarius elegerit*, & post diem legati cedentem, id est, post mortem testatoris, legatarium vita decessisse, nulla re electa: & ait legatum ad heredem transmitti: ergo & electionem necessario, quam nullam legatarius defunctus fecit ante, & transmitti in heredem, quia non est legatum optionis, quod olim sane non transmittebatur in heredem: si legatum esset hoc modo, *optato unum ex servis meis, quem voluerit*, sed duæ res certæ legatæ sunt sub alternatione. Ex quo intelligitur, & obligationem, & electionem transire in heredem, nec posse etiam unum transire absque altero. Qui dicunt obligationem transire, electionem non transire, dividunt quæ sunt individua: & contra verba legum comminiscuntur obligationem ita demum transire in heredem si vivus stipulator qualem qualem electionem fecerit. Sequitur in hac *l. 76.* differentia una inter formulas stipulationum conventionalium, & formulas actionum, sive judiciorum, quæ à prætore dantur. In formulis actionum: *Quod te mihi dare facere oportet*: hæc verba trahuntur etiam ad futurum tempus, id est, ad id, quod jam debetur judicii accipiendi tempore, quodve post debebitur ante rem judicatam, vel actionis jure, vel officio judicis. Et ut judicia, ita etiam stipulationes prætoriæ, quia actionum instar obtinent, veluti stipulatio legatorum, vel damni infecti, eandem interpretationem, vel ampliationem recipiunt, *l. 1. §. bellissime, ut legat. nom. cav.* In formulis autem stipulationum conventionalium hæc verba: *quod te mihi dare facere oportet*, strictius accipiuntur, ita ut, si quis velit, non tantum præsens, sed & futurum tempus complecti, ita debeat stipulari, *quidquid te mihi dare facere oportet, oportebitve*. Nam verbum, *oportet*, si solum appositum sit, non porrigitur ad futurum tempus, sed ad suum tempus tantum, & suo solo tempore coercetur, & continetur: vel etiam ita debet stipulari, *præsens, in diemve*, ut *l. 89. & 125. inf. hoc tit.* vel ita, *oportet, oportebitve præsens in diemve*, ut in stipulatione Aquiliana, *l. & uno, de accept.* Et ratio differentiæ inter has stipulationes, & actiones, sive judicia, hæc est, quia judicium habet tractum temporis antequam peractum sit, nec enim peragitur momento: & merito totus ille tractus comprehenditur in formula judiciorum. Stipulatio momento perficitur. Id ergo momentum solum in ea inspicitur, nempe, quod jam eo momento stipulatori debetur, non quod postea eidem debitum iri certum est, vel incertum, nisi quoque id nominatim expressum sit.

Ad L. XXIX. de Fidejussoribus. *Si sub impossibili conditione stipulatus sim, fidejussor adhiberi non potest.*

IN hac l. hoc tantum ostenditur, stipulationi factæ sub conditione impossibili, frustra fidejussorem adhiberi, quia scilicet ex ea stipulatione ne naturalis quidem obligatio nascitur: natura enim ei repugnat: si vel naturalis tantum obligatio ex ea nasceretur, recte fidejussor ei adhiberetur: at neque civilis, neque naturalis ex ea nascitur. Hic est finis libri 18.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. de Public. in rem actione. *Vel mortis causa donationes factæ: nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad rxemplum legatorum capiuntur.*

Ad LL. IV. VI. & X. eod.

MAGNA pars legum, quæ huic libro in Pandectis Florentinis adscribuntur, sunt de actione Public. in rem. Quæ tamen leges omnes in aliis exemplaribus lib. 21. adscriptæ leguntur, quod rectius esse videtur. Nam totus liber 21. est de actionibus in rem tam utilibus, quam directis, quibus singulæ res petuntur. Liber scilicet 20. est de actionibus in rem, quas de universitate proposuit prætor: & liber 21. de action. in rem, quibus singulæ res vindicantur. Liber autem decimus nonus est de quibusdam action. noxalibus, veluti servi corrupti, & de dejectis, & de effusis, quarum de genere jam ante libro superiore 18. Paulus dicere instituerat: sed tamen sequamur Pandectas Florentinas, & prius expediamus omnes leges, quæ sunt de actione Publiciana. Quid est actio Publiciana? Rei vindicatio utilis, quæ amissa possessione, tanquam domino datur ei, qui rem alienam nactus ex justa causa adquirendi dominii ab eo, qui ejus rei dominus non erat, eam rem bona fide possedit, nec dum usucepit adversus novum possessorem extraneum, & quandoque etiam causa cognita adversus verum dominum, sic appellata, ut est in *Instit.* à Publicio auctore ejus actionis, à Quinto Publicio scilicet, qui prætor fuit cum M. Junio, ut est in *Cluentiana M. Tullii*. Dixi esse utilem rei vindicationem ex *l. nec utilem, ex quibus caus. major.* Et quia jure prætorio Publiciana actio introducta est ad instar, & exemplum directæ, & civilis actionis, sive vindicationis, quæ competit ei, qui usucepit, quive alio justo, & legitimo modo dominium adquisivit, *l. in honorariis, de obl. & action.* Et ut eleganter ait *lex 7. §. Publiciana, de Public. in rem act.* Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. Publiciana autem actio, ut dixi, est utilis actio in rem. Omnis autem actio utilis respicit ad exemplum, & instar cujusdam alterius actionis, & Publiciana actio respicit ad instar proprietatis, id est, ad instar actionis in rem civilis, qua de proprietate, id est, de dominio agitur: non ad instar possessionis, id est, non ad instar actionis in rem, quæ nudam possessionem avocat, non proprietatem, quo ex genere est actio in rem prætoria, quæ hypothecaria dicitur, vel utilis Serviana, *l. si cum vendit. de evictionib. l. si quis servum, de noxal. act.* Igitur actio Publiciana habet instar actionis in rem civilis, & directæ, per quam introducitur lis dominii, & proprietatis, ut ait *l. r victis, de usur.* Nam in actione Publiciana etiam de proprietate, & dominio agitur, non autem habet instar actionis in rem prætoriæ, quæ hypothecaria dicitur, &

nudam

nudam possessionem avocat. Denique actio Publiciana A continet non nudæ possessionis, sed proprietatis causam. Et is igitur, qui agit publiciana, non persequitur possessionem nudam, sed proprietatem, quandoquidem prætor eum tuetur vice domini, ad quem bona fide à non domino res transiit ex justa causa adquirendi dominii. Et valde placet, quod ab Harmenopulo 2. ἐπιτομῆς, non longe à line titul. 1. additur in *d. §. Publiciana*, verbum, *nudæ*, hoc sensu, Publiciana, μίμησιν, sive instar habere proprietatis, *καὶ οὐ ψιλῆς νομῆς, & non possessionis nudæ*: nam revocat quidem actio Publiciana possessionem, ut non male ab Harmenopulo eodem definiatur paucis, esse actio, qua bonæ fidei possessor nondum usucapione dominus effectus amissam possessionem revocat: sed non revocat possessionem solam, possessionem nudam, quandoquidem in eo judicio, non tantum jubet arbiter possessionem actori B restitui, sed etiam pronuntiat, *rem actoris propriam esse videri*: nempe, quia prætor, qui eam actionem dat, fingit eum, qui nondum est dominus, esse dominum: eum, qui nondum usucepit, usucepisse, id est, usucapionem implevisse. Et pro formula quoque datæ actionis, actor dicit, se eam rem usucepisse, *§. namque si cui, Instit. de actionibus*. Denique Publiciana actio, fictitia est actio. Et sicut actio, quæ datur bonorum possessori, vel in bonorum possessorem, in qua heres esse fingitur, dicitur esse fictitia actio ab Ulpiano *lib. sing. regul. tit. de bon. poss.* Ita recte dicimus actionem Publicianam, quam bonæ fidei possessori, qui rem à non domino accepit ex justa causa adquirendi dominii, amissa possessione, prætor accommodat, in qua rei, qua de agitur, fingitur esse dominus, licet eam nondum usuceperit, recte, inquam, dicemus eam actionem esse C fictitiam. Et ut Theop. scribit in *d. §. namque si cui*, actorem *πλάττειν*, id est, fingere se usucepisse, quod nondum usucepit. Atque ita per hanc actionem rem suam esse petere, nec de possessione tantum certare, quæ migravit ad alium, sed etiam de proprietate, instar directæ, & civilis actionis in rem. Justa autem causa (id est, justus titulus adquirendi dominii) qua exigimus, ut res pervenerit ad eum, qui agit Publiciana, est veluti traditio facta ex justa causa, non traditio nuda, *l. nunquam, de adq. rer. dom.* Item justa est causa adquirendi dominii, & citra traditionem legatum, ut ait *l. 1 in fi. hoc tit.* Nam ex legati causa ipso jure dominium adquiritur sine traditione, maxime si legatum fuerit relictum per vindicationem. Et hodie ex constitut. Justiniani, quoquo modo fuerit relictum legatum, dominum rei legatæ adquiritur ipso jure, sine facto, sine traditione, sine præsta- D tione heredis, à quo legatum testator reliquit, *l. quotiens, §. ult. de pecul. l. 3. §. si rem, de leg. 3.* Et ideo si res aliena legata fuerit, & legatarius eam forte nanciscatur sine facto heredis, amissa possessione ante impletam usucapionem, quia non adquisivit dominium rei legatæ, & necessaria igitur ei est usucapio, ut dominus fiat: Amissa, inquam, possessione ante impletam usucapionem hæc actio ei competit ex legato. Ex hoc Pauli libro additur in *l. 2. hoc tit.* donatio causa mortis, quia scilicet & hoc genere dominium adquiritur ipso jure sine traditione, etiamsi donator rem nondum tradiderit. Et est profecto in hanc rem lex 2. valde singularis, quia, inquit, *donationes causa mortis ad exemplum legatorum capiuntur*, id est, *adquiruntur*. Et quod satis constat, in omnibus fere aliis causis, donationes causa mortis exemplum legatorum sequuntur. Et ad has quoque causas adquirendi E dominii dicimus actionem Publicianam pertinere. Prætor quidem in edicto fecit tantum mentionem traditionis factæ à non domino ex causa emptionis, quæ una est species adquirendi dominii, si fiat à domino ex juxta causa: hoc indicat aperte *lex 3. & 7. §. prætor, &* lex 8. *hoc tit.* Verumtamen non ex hac tantum causa, id est, ex causa emptionis venditionis per traditionem dominium adquiritur, sed ex pluribus aliis causis, ut si res tradatur ex causa dotis, vel causa judicati, vel ex causa donationis, vel ex causa permutationis, vel ex causa solutionis, *l. 3. & 4.* quæ est ex eo. lib. Pauli, *& l. 7. §. sed & si quis, & §. sed etsi permutatio, h. t.* Et ad has omnes causas pertinet actio Publiciana, si ex his causis traditio facta sit, non quidem à domino, sed à non

A domino: nec dum ab eo, qui rem accepit, res usucapta sit, quoniam si usucapta sit, supervacua est Publiciana actio: cum suppetat civilis, & directa vindicatio, dominio adquisito jure civili per usucapionem. Solutio, de qua proprie Paulus agit in *l. 4.* est justa causa adquirendi dominii. Dominium enim rei traditæ solutionis causa adquiritur creditori, si dominus eam tradiderit: si non dominus, creditori bona fide accipienti præbetur occasio eam rem usucapiendi, & amissa possess. hæc actio ei accommodatur. Denique justus possessor, & petitor est, qui ex solutionis causa rem bona fide accepit. Sed, ut dixi, & citra traditionem plerisque aliis modis à domino dominium ipso jure ad alium transferri potest, & transire, & consequenter à non domino occasio usucapiendi alii præberi, puta legato, aut donatione causa mortis, adde & hereditate, aut here- B ditatis aditione, *l. si ager, sup. tit. prox.* Et ex jure veteri, mancipatione, & cessione in jure: quæ dominii adquirendi rationes traditionem corporalem non desiderabant. Itemque restitutione fideicommissi, quæ non corpore, sed nudo verbo fiebat. Restitutio quæcunque recte fit nudo verbo, nuda oratione. Itemque si servus ex causa noxali, quia non defendebatur, jussu prætoris ductus sit, ubi nullius traditio intervenit, & tamen ei, qui duxit servum jussu prætoris, dominium ipso jure adquiritur, si domino servum abduxerit, vel si non domino, eum usucapere, & nondum impleta usucapione, si ejus possessionem amiserit, cum actione Publiciana persequi poterit, *l. 2. in fine, si ex nox. causa agat. l. electio, §. ult.* adhibitis duabus sequentibus, *de noxal. act.* Quod & ex hoc libro Pauli proponitur in l. 6. *hoc tit.* Et similiter ex eodem de restitutione fideicommissi, C quod dixi ante in *l. 12. §. 1. hoc tit.* Itaque ad omnes istas causas citra traditionem adquirendi dominii hoc edictum porrigitur, & generaliter, ut ait *l. 13. in prin. hoc tit.* quæcunque sunt justæ causæ adquirendarum rerum, si ex eis causis nacti res, bona fide scilicet, nec dum domini effecti amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia hæc actio. Denique hoc edictum pertinet ad traditionem, quacunque ex justa causa factam à non domino, & ad omnem aliam speciem legitimam citra traditionem adquirendi dominii, quod summe notandum. Et ad hæc notandum, amissa possessione mihi actionem Publicianam dari, non tantum, si quid ego emero à non domino bona fide, & traditum accepero, nec dum usucepero, sed etsi servus meus, *l. 7. §. si ego non emero, hoc tit.* Quod & in servo municipii, in servo civitatis obtinere ostendit *l. 9. §. ult. hoc* D *tit.* & confirmat *lex tigni, §. item municipes, ad exhib. &* l. 1. *§. ult. de adquir. possess.* nempe ut municipes per servum publicum possideant, & usucapiant, & habeant actionem Public. si servo eorum res à non domino vendita, & tradita sit bona fide accipienti, & nondum usucapta: & nihil interest, ut in *l. 10. h. t.* subjicitur ex eod. lib. Pauli, *Peculiari nomine, suo nomine*, idem est, an nomine ejus, cui serviebat servus rem emerit, & acceperit: quia quodcumque servus quocumque nomine bona fide possidet, & dominus æque possidere intelligitur. Ergo & usucapere, & amissa possessione, de ejus rei quasi proprietate agere hac actione Publiciana. Retro quoque, quod servi non possunt possidere, nec dominus per eos possidere potest. Item ex diverso, quod domini possidere, & usucapere suo nomine non possunt, nec per servum quidem possunt, *l. 3. de usurp. & usuc.* Qua E tamen in re separanda est causa peculiaris à non peculiari: nam ex re peculiari, ex causa peculiari, quæ est in peculio, veluti in patrimonio servi, servus ejus, qui captus est ab hostibus, necdum rediit postliminio, possidere, & usucapere potest. Hoc enim receptum jure singulari, & reversus dominus per eum possedisse intelligitur, & usucepisse, eique reverso, si nondum sit à servo impleta usucapio, amissa possessione Publiciana competit, *d. l. 8. l. si is, qui, pro empt. l. justo, §. ult. de usucap.* Ex causa autem non peculiari, neque servus, neque per servum dominus, qui est apud hostes possidere, & usucapere potest, *l. 11. eod. tit.* quæ est etiam ex hoc libro Pauli. Et ita omnino est accommodanda ad actionem Public. ut neque servus, neque per servum dominus, qui est apud hostes, ullam rem possidere, & usuca-

pere possit. Et consequenter, ut dominus reversus postliminio, si alius ejus rei possessionem apprehenderit, quam servus, post captivitatem domini, extra causam peculiarem emerat, & acceperat, non possit eam persequi actione Publ. quia nunquam intelligitur eam possedisse. Recte autem addit Accursius in *d. l. 10. sive peculiari nomine servus emerit, sive non*. Recte ait, *dummodo nomine municipum, id est, dominorum*, quia de servo municipum loquitur, in quo tamen idem servatur, quod in servo privatorum, quatenus & hodie municipia loco privatorum habentur, *l. eum, qui, de verbor. signif.* Recte, inquam, Accursius, *dummodo nomine dominorum*, quia si servus, neque suo nomine, id est, peculiari nomine, neque domini nomine rem emerit, & acceperit, sed nomine alieno, puta Titii, possessio Titio adquiritur, non domino. Ac proinde dominus eam rem actione Public. persequi non potest. Actio Publ. non datur nisi ei, qui eam rem qoandoque possederit, quique usucapere eam potuit, & vero cœpit, sed perficere usucapionem non potuit.

Ad L.XII. eod. *Cum sponsus sponsæ servum donasset, eumque in dotem accepisset ante usucapionem: rescriptum est à Divo Pio, divortio facto restituendum esse servum: nam valuisse donationem inter sponsum, & sponsam. Dabitur ergo & possidenti exceptio: & amissa possessione, Publiciana: sive extraneus, sive donator possideat.*

Ad §. Is, cui ex Trebelliano *hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.*

Ad §. In vectigalibus, *& in aliis prædiis, quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.*

Ad §. Idem est, *& si superficiariam insulam à non domino bona fide emero.*

Ad §. Si res talis sit, *ut eam lex, aut constitutio alienari prohibeat: eo casu Publiciana non competit: quia his casibus neminem prætor tuetur, ne contra leges faciat.*

Ad §. Publiciana actione *etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus.*

Ad §. Si pro parte *quis rem petere vult, Publiciana actione uti potest.*

Ad §. Sed etiam is, *qui momento possedit, recte hac actione experiretur.*

QUi ex causa donationis bona fide accepit rem à non domino, nec dum usucepit, amissa possessione habet actionem Publicianam, non tantum adversus extraneum possessorem, sed etiam adversus donatorem ipsum, si ad eum casu quodam ejus rei possessio redierit. Hoc ostenditur initio h. legis 12. & in *l. 7. §. sed & si quis, hoc tit.* Et ita procedit, si donatio utilis, & legitima fuerit. Nam donatio inutilis, vel illicita, non est justa causa adquirendi dominii. Unde si maritus rem alienam, quam possidebat, uxori donavit, quæ donatio non valet, si ob id pauperior maritus effectus sit, ut puta, si rem, quam emerat à non domino, donaverit, quia pretium ei abest, & quatenus emit, eatenus pauperior factus videtur, ea re uxori donata, quamvis res aliena fuerit. Et ideo donatio non valet, quod pronum est colligere ex *l. sed & si constante, de donat. inter vir. & uxor. & l. si vir uxori, pro don.* Ideo amissa possessione ejus rei ante usucapionem, uxori non dabitur actio Publ. quod etiam hæc lex innuit, quum loquitur de donatione facta inter sponsos, quasi aliud sit in donatione facta inter maritos, hæc enim est inutilis, illa utilis. Et hæc est species, quæ proponitur initio hujus legis. Sponsus servum alienum, quem forte bona fide possidebat, sponsæ donavit bona fide accipienti: donatio valet, & justa est causa adquirendi dominii, justa causa alienationis. Mox vero eundem servum sponsa sponso dedit in dotem, antequam eum usucepisset, atque adeo antequam ejus servi dominium adquisivisset, servum, inquam, alienum sibi à sponso donatum, sponsa ante usucapionem redegit in dotem, & convertit, quod sæpe fieri ait *l. generalem, §. hoc observari, C. de secund. nupt.* ut scil. mulieres, quæ sibi sponsi in sponsalibus ante nuptias contractas donaverint, post marito dent in dotem, quod jure fit. In hac autem specie Paulus ait, secutis nuptiis, ac deinde divortio facto, ex rescripto Divi Pii, mulierem eum servum repetere posse, quasi dotalem, actione de dote, scilicet, ut ait *l. 1. C. de donat. ante nup.* Certe si servum alienum, quem mulier nacta fuerat justa ex causa ab alio, quam à marito, marito dederit in dotem, sciens vel ignorans esse alienum, nihil refert, divortio facto eum repetere potest, quasi rem suam, quasi rem uxoriam, quasi rem dotalem actione de dote, *l. si alienam, sol. matrim.* Sed etsi eum à marito bona fide acceperit ante nuptias ex donationis causa, ut hic proponitur, & mox ei dederit in dotem, divortio facto eum repetere potest actione de dote ex supradicto rescripto, etiamsi ante usucapionem eum dederit in dotem, quia justa est causa ad adquirendum dominium causa donationis factæ inter sponsum, & sponsam: & ideo quasi rem suam eum hominem soluto matrimonio repetere potest actione de dote, in qua fingit, eum hominem fuisse suum: actione de dote, inquam, non ut Accursius, actione Publiciana: quia actio Publiciana datur ei, qui casu aliquo sine facto suo possessionem amisit, non ei, qui facto suo possessionem amisit, non ei, cujus facto possessio in alium translata est, ut si ego tibi rem, quam possidebam, tradidero, certe non agam Publ. adversus te. Et ita, si mulier servum, quem ei sponsus donaverat, eidem dederit in dotem, soluto matrimonio, eum non petit actione Publiciana, sed repetit actione de dote. Et ex his infert Paulus hoc loco, si post donationem à se factam maritus ejusdem hominis possessionem nactus sit sine facto mulieris, antequam usucapionem mulier implesset, tunc eum hominem, mulierem constante, vel soluto matrimonio petere posse actione Publiciana instituta adversus maritum, eundemque donatorem, ut initio dixi. Idemque erit, si possessio ejus hominis, quem sponsus sponsæ donaverat ad extraneum pervenerit sine facto mulieris. Nam in extraneum mulieri competit actio Publiciana, quia eum hominem nacta est ex justa causa alienationis, id est, quia valet donatio facta inter sponsos: vel si ejus hominis possessionem mulier non amiserit, si adhuc mulier eum hominem possideat, alio agente, quam vero domino; sive marito, sive extraneo, & eum hominem vindicante, potest se mulier tueri exceptione donati hominis, vel exceptione doli mali, vel in factum, quia in pari causa melior est conditio possessoris. Quod & ex hoc lib. Pauli est relatum in *l. 128. de regul. jur. in pari causa potiorem esse possessorem*: à possessore exceptione excludi actorem, cujus jus amplius non est, sive pinguius: cujus causa omnino par est. Idque potest omnino accommodari ad hanc speciem, & illum locum, quo ait, *mulieri dari possidenti exceptionem*, quia scilicet in pari causa potior est possessor: puta dum non agit dominus: nam dominus potior esset possessore, sed quum extraneus agit, qui non plus juris habet quam possessor: in pari causa, judicatur pro possessore. Itaque regula illa commodè potest accommodari ad hunc locum, & ad *l. 9. §. si duob. h. t.* Quod additur in *d. l. 128. de regul. jur. eos, qui in universum jus succedunt, heredis loco haberi*, accommodandum est ad id, quod sequitur in §. 1. hujus legis, fideicommissarium, cui ex Senatusconsul. Trebell. restituta est hereditas, etiamsi non fuerit nactus possessionem (ut quia verbo restituta sit hereditas, non re ipsa, herede dicente in jure, vel in judicio, *restituo tibi hereditatem*) eum, inquam, uti posse Publiciana adversus possessorem ex persona defuncti, quasi heredem scilicet, quia & actio hæc heredi competit, *l. 7. §. hæc actio, hoc tit.* Et fideicommissarius Trebellianus, qui in universum jus succedit, loco heredis habetur, *l. postulante, §. ult. l. servo invito, ad Trebell.* Ponendum tamen est in §. 1. hujus legis, hanc actionem defuncto competiisse, defunctum scilicet amisisse possessionem, & à defuncto hanc actionem transire, non tantum ad heredem, sed & ad fideicommissarium Trebellianum, quia heredis loco est. Et interea nota, restitutionem fideicommissi verbo tenus recte fieri, nec necesse esse, ut fiat reipsa, ut *l. restituta, l. postulante, §. sed & in hujusmodi, l. facta, in prin. ad Trebell. l. tutores, §. heres, de admin. tut.* Imo vero, & restitutio omnis cujuscunque rei potest

fieri

fieri verbo solo. Quidni? Sed non semper sufficit eam verbo fieri, quamvis possis verbo fieri: quoniam & sæpe rem tradi oportet, id est, non restitui tantum, quod & verbo fit, sed & tradi, ut in *l.8. & ult. mand.*

AD *§.in vectigalibus*. Sequitur in *§.in vectigalibus*, etiam in prædiis vectigalibus, quæ usucapi non possunt, Publicianam actionem locum habere, si quis ea sibi tradita ex justa causa adquirendi dominii bona fide acceperit, & postea eorum possessionem amiserit sine facto suo. Vectigalia prædia, sunt prædia civitatis data in *ἐμφύτευσιν, in insitionem*, quod vel sequens titulus demonstrat, qui ita concipitur, *si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur*. Prædia igitur vectigalia sunt, quæ civitates dant possidenda, & fruenda privatis in perpetuum, vel in longum tempus, ut ea meliora faciant diligentia sua, atque cultura, insitionibus, implantationibus, & alio quocunque genere culturæ, constituto certo vectigali annuo, qui & canon dicitur, quod civitatibus dependatur. Hæc prædia usucapi non possunt, quia prædia sunt civitatum, sed data in *ἐμφύτευσιν*, quæ datio non mutat dominium, quia prædia sunt civitatum, ideo usucapi non possunt, *l.9. de usurp. & usuc.* Et tamen ad ea pertinet actio Publiciana. Sunt & alia prædia, ut ait, quæ usucapi non possunt, ad quæ etiam pertinet actio Publiciana, prædia scilicet stipendiaria, & tributaria, quæ sunt in provinciis: hæc non possunt usucapi, vel alio quocunque legitimo modo, vel nexu, & mancipio adquiri ex jure Quiritium. Provincialibus, inquam, legitimo jure nullo prædia, quæ possident, quæ omnia sunt in provinciis, vel stipendiaria, vel tributaria, nullo, inquam, legitimo modo eis adquiri possunt. Ergo nec usucapi, quia prædia stipendiaria sunt populi Rom. tributaria autem sunt principis. Quod optime Theop. tradit in *§.per traditionem, de rerum divis.* Aggenus Urbicus 2. de limitibus agrorum: *provinciales prædiorum suorum possessores sunt, sub onere præstandi stipendii populo Romano, vel sub onere præstandi tributi Imperatori: domini autem suorum prædiorum non sunt, nec fieri possunt*. Sola Italia hoc privilegium habuit ante Justinianum, ut in ea, qui possiderent prædia, ea libera, & optimo jure possiderent, & ut eorum domini essent ex jure Quiritium. Hoc est certissimum. Ejusdem vero generis prædia superficiaria sunt, quia & hæc ut superficiaria usucapi non possunt, quandoquidem qui ea possident ut superficiaria, non ignorant dominium superficii ad illum pertinere, cujus est solum, quoniam & naturæ, & juris civilis regula est, superficiem solo cedere, cui imposita est, quo nomine etiam superficiarii dependunt domino vectigal, quod dicitur solarium, quod pro solo pendatur, cui imposita est superficies, *l.etiam, qui potior. in pign. hab.* Atque ita superficies, sive jus superficii est velut servitus quædam inædificatum habendi in alieno fundo, seu solo, *l.si tibi, §.ult. de leg.1.* Servitutes autem non possunt usucapi, *l.4. §.ult. de usurp. & usucap.* & tamen ad superficiaria prædia actio Public. pertinet, ut Paulus ait hoc loco, & ad omnes quoque servitutes prædiorum, *l.11. §.1. hoc tit.* Hæc vero est sent. *§.s.* Cui mirum in modum obstare videtur edictum illud prætoris, quo actio Public. proponitur, & nominatim datur de ea re, quæ nondum usucapta est, usucapi tamen potuit, non de ea re, quæ usucapi non potuit. Et in ea actione fingitur res nondum usucapta, quod stulte fingeretur, si non posset usucapi, neque fictio juris debet abhorrere à natura, ita scilicet, ut quæ res non potuit usucapi, fingatur usucapta. Et aperte quoque proditur in *l.9. §. hæc actio, hoc tit.* in his rebus, quæ usucapi non possunt, Publicianam locum non habere. Quid dicemus? Nihil est, quod tam facile expediri possit. Dicemus Publicianam actionem habere locum in iis, quæ usucapi quidem non possunt, sed longo tamen tempore, puta 10. annis inter præsentes, & 20. inter absentes adquiri possunt. Usucapio anno comprehenditur in rebus mobilibus, & biennio in rebus immobilibus secundum jus, quod semper obtinuit ante transformatam usucapionem: ante transformationem usucapionis, ut ipse Justinian. loquitur, usucapio non comprehendebatur longo tempore, sed anno tantum, vel ad

A summum biennio. Et res quidem, quæ usucapi non possunt, longo tamen tempore adquiri possunt, ut prædia vectigalia, *l.si finita, §.si de vectig. de dam. infec.* & cætera prædia, quæ ante retuli, stipendiaria, & tributaria, & superficiaria: itemque servitutes prædiorum, licet non possint usucapi, adquiri tamen possunt longo tempore. Idque sufficit, ut de iis actio Publ. competat, si longo tempore adquiri possunt. Præscriptio longi temporis finitima est usucapioni. Idcirco, & ad eam quoque hoc edictum porrigitur, licet de usucapione tantum loquatur. Ad eas vero res, quæ neque usucapi, neque longo tempore adquiri possunt, quales sunt res, quæ exprimuntur diserte in *l.9. §. hæc actio, h.t.* nempe res furtivæ, & servi fugitivi, id est, qui sui furtum fecisse intelliguntur, neque usucapi, neque longo tempore adquiri possunt, *l.1. C. de servis fugit.* Ad eas,
B inquam, res actio Publ. non pertinet. Et hanc rerum distinctionem confirmat, quod sequitur in hac lege in *§.si res.*

AD *§. Si res*. Si modo in eo uti oportet, utque exigit *l.28.de verb.signif.* alienationis verbo comprehendatur etiam usucapio, & præscriptio longi temporis: *si res*, inquit, *talis sit, ut eam lex, aut constitutio alienari prohibeat, &c.* Quæso, cur his casibus neminem prætor tuetur? nempe quia defuit justa causa alienationis, quæ omnino exigitur, ut actioni Publ. locus sit. Igitur (hoc enim exemplis demonstrandum est) si maritus fundum dotalem alienaverit, cujus alienatio prohibetur l. Julia, & consequenter etiam usucapio, & præscriptio longi temporis, *l.si fundum, de fun. dot.* vel si quis post contractum crimen perduellionis fundum suum alienaverit, quæ alienatio prohibetur constitutione
C Severi, *l.ex judiciorum, de accus.* adde vel etiam, si is, cui prætor interdixit bonis, eique vetuit alienare, ea alienaverit, *l.12. de usurp.* quia tantum potest prohibitio prætoris, quantum legis, vel constitutionis. Iis, inquam, casibus non habet locum actio Publ. quia & usucapio, & longi temporis præscriptio prohibita intelligitur, & omnino deficit justa causa adquirendi dominii. *Iis casibus*, inquit, ut sup. in *l.11. §.4. ex omnibus casibus Publicianam habebo*, id est, ex omnibus causis justis, ut est expressum in edicto, non injustis, aut jure prohibitis. Ad hæc subjungit Paulus, etiam de infante servo, necdum anniculo Publician. actionem competere in *§.* pen. Nondum anniculo, id est, nondum usucapto. Nam usucapio rerum mobilium annua erat. Et est profecto evidentissimum istud vestigium juris antiqui: ex constitutione Justiniani res mobiles usucapiuntur trien-
D nio: ex jure, quod ante Justinianum semper obtinuit, anno. Et ita respiciens ad hoc jus ait, & de infante nondum anniculo, id est, nondum usucapto Publicianam actionem competere. De usucapto competere directam, & civilem, quum major est anniculo. Causam autem dubitandi hoc loco manare ex edicto ipso necesse est, quod videtur fecisse mentionem hominis traditi bonæ fidei emptori, necdum usucapti. Unde existebat dubitatio eadem, quæ incidit in *legem Corneliam de sicar. l.pen. C.ad leg. Corn. de sicar.* an hominis appellatione contineretur infans? Et contineri ait etiam nondum usucaptum. Et postremo notat Paulus in hac lege, etiam partem rei Publiciana act. peti posse, ut de civili actione dictum est in *l. quæ de tota, sup. de rei vind.* Et in summa, quæ in rei vind. dicta sunt titulo superiore, recte ait *lex 7. §. in Publ. hoc tit.* omnia eadem esse ser-
E vanda in actione Publiciana. Item ait Paulus, Publicianam dari etiam ei, qui vel momento tantum possedit, non ei, qui nunquam possedit: datur ei, qui vel momento possedit, quod Græcis est *ἐν στιγμῇ*, vel *ἐν ἀτόμῳ*, *qui puncto, vel puncticulo rem possedit*, ipse, vel is, cui in universum jus succedit. Et inde momenti actio in libris nostris, quæ est de restit. possessionis, quia vel ei datur, qui vel momento possedit, vel quia momento, sine ulla cunctatione possessio actori restituenda est. Ita quoties dicitur, heredem teneri in id, quod ad eum pervenit, satis est, si vel momento pervenerit, *l.videamus, quod met.caus. l.cum prætor, de reg. jur.*

Ad Leg. XVIII. de Pignor. *Si ab eo, qui Publiciana uti*

potuit; quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

De actione Publiciana ex hoc lib. est etiam *lex. 18. de pignor.* quæ hoc tantum vult, prætorem non tantum tueri eum, qui ex justa causa bona fide rem accepit, necdum usucepit amissa possessione, data ei actione Publiciana, sed etiam creditorem ejus, cui is eam rem pignori dedit, ut scilicet creditor amissam possessionem persequatur utili Serviana, id est, hypothecaria, quia & in hoc judicio prætor fingit debitorem usucepisse. Alioquin jure summo non consistit pignus ejus rei, quæ non fuit in dominio debitoris, sed fingitur fuisse, & bona fides debitoris, justaque causa, ex qua rem nactus est, creditori ejus prodest ad persequendam rem jure pignoris, quasi fuerit usucapta à debitore, quæ tamen non fuit usucapta. Eadem fictio tuetur debitorem, & creditorem.

Ad L. IV. de His, qui dejecerunt, vel effuder. *Perceptione, non litis contestatione præstaturi partem damni societatis judicio, vel utili actione ei, qui solvit.*

Hæ leges omnes sunt de actione in factum propositæ edicto de ejectis, & effusis. Hæc actio datur in duplum quanti damnum datum est, adversus eum, cujus ex cœnaculo, sive habitatione quid dejectum, vel effusum est supra eum locum, qua vulgo iter fit, vel in quo consistitur, ita ut alteri damnum dederit feceritve, tametsi habitator ipse non dejecerit, vel effuderit, sed hospes, vel quis alius, quem in cœnaculum suum receperat, quia aliquatenus culpæ reus est, qui tales receperit. Et omnino, ut ait Paulus noster in *l. 6. §. pen. hoc tit.* habitator suam, suorumque culpam præstare debet, vel si servus ejus insciente eo dejecerit, aut effuderit, & alii nocuerit, in eum ex hoc edicto servi nomine competit actio noxalis. Unde quæritur, si plures in eodem cœnaculo non hospitentur, sed plane inhabitent, vel jure conductionis, vel jure commodati, vel jure dominii, vel superficiei, & ex eo cœnaculo dejectum aliquid, vel effusum sit, quod iter facienti nocuerit, nec sciatur quis eorum dejecerit, vel effuderit, quia si hoc certo sciatur, ipse solus tenetur, si nesciatur, quæritur, an singuli habitatores ejusdem membri ædium, ejusdem cœnaculi, hac actione teneantur? *Et lex 1. §. ult.* conjuncta *l. 2. & 3. hoc t.* ostendit, singulos in solidum teneri. Sed si cum uno actum fuerit, cæteros liberari, electionem dari ei, cui damnum datum est, ut cum quo volet hoc edicto experiatur, cæterum electo uno alios liberari. Quod ita accipiendum esse Paulus ait in *l. 4. hoc tit.* non si simpliciter actum cum uno fuerit, sed si peractum, secuta illius condemnatione, & secuta præstatione dupli. Neque enim nuda electione unius cæteri statim liberantur; sed exactione demum, & perceptione ab uno facta. Et ideo si nihil, aut minus ab eo servatum est, quem elegit actor, ei in reliquos in id, quod deest, competit actio ex hoc edicto, ut & in specie *legis 7. §. ult. & l. seq. quod fals. tut. & l. si cum exceptione, §. ult. & l. seq. quod met. caus.* Nec obstat, quod actio legis Aquil. quæ etiam est de damno dato, in singulos datur in solidum, qui damnum dederunt, ita ut nec unius solutio relevet alios, *l. item Mela, §. sed etsi plures, & §. si plures, ad leg. Aquil.* quod & ibi, & in *l. ita vulneratus, §. rursus, hoc tit.* veterum prudentium auctoritate confirmatur. Cur idem non dicimus in specie damni dati, de qua agitur in hoc tit. in actione hujus edicti? cur idem non dicimus, quod in actione legis Aquiliæ? Utraque actio est mixta, id est & rem, & pœnam persequitur utraque, & in duplo, in quod hæc actio datur, inest simplum, id est, res duplatur, scilicet id quod damni datum est. Ergo mixta est actio. Denique & actio legis Aquiliæ, & actio hujus edicti mixta est actio. Imo hæc gravior est, quam illa, quatenus in hac id, quod damni datum est, duplatur, sive reus confiteatur, sive inficietur, in illa non aliter, quam si reus neget, *l. 1. §. hæc actio in factum, hoc tit.* Sed hoc interest, & ita est respondendum ad illam objectionem, quod in hac actione, de unius hominis admisso quæratur, quum unus tantum effudit, vel dejecit, & de unius hominis admisso sæpius quæri non est æquum, *l. pen. §. ult. naut. caup. stabul.* Imo præda est, ob unius factum bis idem exigere ab eodem, vel ab alio, atque alio, *l. 25. de admin. tut. l. si rem, §. ult. de novat.* Et ideo in specie hujus edicti, perceptione facta ab uno ex habitatoribus, cæteri, qui in eodem cœnaculo habitabant, aut membro, unde quid dejectum, vel effusum est, liberantur. In actione autem legis Aquiliæ quæritur de facto plurium in *d. l. item Mela*, ut si plures servum percusserint, vulneraverint, si plures trabem dejecerint, quæ vix ab uno dejici potest, & hominem oppresserit, & ideo in solidum singuli tenentur, adeo ut non sufficiat unum eorum pœnam luere, quia omnes deliquerunt. Et hæc est ratio differentiæ. Cæterum si ex hoc edicto cum uno ex habitatoribus actum sit, illo solvente cæteri liberantur quidem ab actore, quia ab eo conveniri non possunt: at non liberantur ab eo, qui solvit, quia ut Paulus ait in hac lege 4. præstare ei debent pro rata partem damni, *τὸ ἀνάλογον αὐτοῖς*, ut est in Basilicis, actione pro socio, si socii fuerunt, vel si non fuerunt socii, actione utili, ut ait, id est, in factum, ut in *l. 10. tit. seq.* quoniam is eos ab actore liberavit, & actione in factum generali, quæ dicitur sæpe admitti ex multis, & variis, & innumeris juris articulis, *l. sancimus, C. de sacrosanct. eccles.* Et ita in *l. 5. §. cum autem, hoc tit.* dicitur habitatori, qui hac actione conventus duplum præstitit, dari actionem in factum, generalem scilicet, non ex hoc edicto in eum, qui dejecit, vel effudit, cujus factum ipse præstitit. Et recte ibi Accursius, in factum generalem, inquit. Ad hæc sciendum est in alia parte hujus edicti dari actionem in factum decem aureorum adversus eum, qui supra eum locum, qua vulgo iter fit, vel in quo consistitur, aliquid in aliqua parte ædium, quas inhabitat, vel in quibus quid positum habet, vel suspensum, cujus casus alii nocere possit, tametsi nondum ceciderit, nondum nocuerit. Quæ actio est popularis, & in dominum servi noxalis, si servus posuerit, aut suspenderit, positum, suspensumve habuerit, nesciente domino, *l. 5. §. prætor ait, ne quis, & seq. hoc tit.* Non possum mihi temperare, quin ostendam in *§. si id, quod*, trajecta esse verba ejus, & ita reponenda, *si id, quod positum erat, deciderit, & nocuerit, in eum competit actio, qui habitaverit, non in eum, qui posuit, quasi hæc actio non sufficiat*, &c. Et species hæc est: unus inhabitabat ædes, ex quibus quid suspensum est, aut in quibus quid positum est, quod transeunti forte nocere possit, unus, inquam, eas ædes inhabitat, alter cum non inhabitaret eas ædes, id posuit, sive suspendit, idque decidit, & nocuit transeunti: in quem dabitur actio? in eum, qui inhabitat, an in eum, qui posuit? Et ait, in eum dandam esse actionem, qui inhabitat, ex priori parte edicti, quia quod decidit, pro dejecto habetur, ut *l. 1. §. quod cum, hoc tit.* In eum autem, qui posuit, non esse actionem ex posteriori parte hujus edicti, ex qua is tantum tenetur, qui positum habet, non qui posuit. Denique, qui posuit, non videtur positum habere, nisi sit dominus ædium, vel inhabitator, id est, inquilinus sive conductor ædium, in quibus quidam alius quid posuit, quod alteri nocuerit. Sane tenetur ex posteriori parte, ut ante hunc §. dixi coerceri eum, qui positum habuit, sive nocuerit id, quod positum erat, sive non nocuerit. At qui non inhabitat ædes, si modo eas conduxerit: finge conduxisse non habitandi causa, sed ut ibi aliquid expositum haberet, ut ibi merces suas asservaret, finge horreum conduxisse, non habitationem, sive id, quod ibi positum suspensumve est, nocuerit, sive non nocuerit, tenetur ex posteriori parte hujus edicti, *§. ait prætor*, illo loco, *sive inhabitent domini, vel inquilini, sive non, habent tamen aliquid expositum iis locis.* Unde recte in hoc *§. si id, quod, inhabitatorum*, Basilica exponunt *ἐνοίκων*, id est, inquilinum, conductorem ædium, ut sæpe in titulo *locati*, dicitur habitator, id est, inquilinus, etiam si non habitet, sed conduxerit non habitandi causa, sed ut conducto utatur in alium usum, quam habitandi causa. Et ita est explicandus ille *§. si id, quod.*

Ad

Digitized by Google

Ad L.VI.eod. *Hoc edictum non tantum ad civitates, & vicos, sed & ad vias, per quas vulgo iter fit, pertinet.*

Ad §.Labeo ait,*locum habere hoc edictum, si interdiu dejectum sit,non noctu:sed quibusdam locis & noctu iter fit.*

Ad §.Habitator suam, *suorumque culpam præstare debet.*

Ad §.Si de nave *dejectum sit, dabitur actio utilis in eum, qui navi præpositus fit.*

PRæterea notandum est ex eodem Paulo in *l.6. hoc tit.* hoc edictum, id est, omnes partes hujus edicti, non tantum ad civitates, & vicos pertinere, sed etiam ad vias quascunque, quibus vulgo iter fit, quibus populus commeare solet, videlicet, si quid in eas vias forte ex villa, aut prætorio dejectum, vel effusum sit, quod iter facienti nocuerit, vel si supra eas vias quid positum, vel suspensum sit, quod iter facienti nocere possit. *Vicos* vocat, non suburbia, ut Glossa ait: non villas, quæ sunt singularia ædificia, sed quos idiotismus noster vocat *Bourgs*, ut in *l.si heres missus 75.§.ult. de leg.t.* non tantum civitates, sed & vicos legata capere posse. Et *l.qui ex vico, ad municip.* eum, qui ex vico quodam ortus est, eam civitatem patriam habere videri, cui ille vicus respondet,ubi glossa exemplum ponit in Virgilio, qui Mantuanus dicitur, etsi ortus fuerit ex vico, Mantuæ respondente tamen, nempe Plectonæ, ut ait, cujus vici nulla extat memoria.Et verius Donatus ex vico Andes,qui Mantuæ respondet. Unde Andinus vates à Silio Italico, id est, Virgilius. Sequitur in hac l.6. ex Labeone, locum esse priori parti hujus edicti, si quid interdiu dejectum sit,vel effusum,quod alii nocuerit,non si noctu. Quod maxime notandum est: quod scilicet noctu in civitatibus, aut vicis homines commeare non solebant, hoc erat proprium, non honestorum hominum, sed furum, & expilatorum, ut ait *l.1.in pr. de furt.* Unde noctem furibus amicam Homerus dixit,κλέπτῃ δέ τε νυκτὸς ἀμείνω, 3.Iliad. Inimicam esse noctem palloribus, amicam furibus.Unde *nocturni* pro furibus,qui avertunt pallia, apud Petronium in Satyrico. Verum ad Labeonem Paulus addit, & quibusdam locis iter noctu fieri, puta extra civitatem, aut vicos, viis publicis, aut privatis,quibus vulgo iter fit. Et consequenter in his, si quid noctu dejectum fit, id ad hoc edictum pertinere. Et postremo ait in hac lege 6. si de navi dejectum fit, vel effusum in aliam forte navem, vel in locum littori proximum, quo navis appulsa est, unde damni quid alii datum, factumve fit, ex hoc edicto dari non directam, sed utilem actionem in eum,qui navi præpositus fuerat,dari utilem non directam, quia edictum de ædibus,sive habitatione loquitur, unde quid dejectum,vel effusum est, quo ex genere non est navis.

Ad L.II.de Servo corrup. *Vel luxuriosum, vel contumacem fecit: quive ut stuprum pateretur, persuadet.*

Ad L.IV.eod.*Sed commodius est,utili lege Aquilia eum teneri.*

Ad L.VI.eod.*Præterita enim utilitatis æstimatio in hoc judicium versatur.*

Ad L.VIII.eod. *Sed & heres ejus, cujus servus corruptus est, habet hanc actionem non solum si manserit in hereditate servus: sed & si exierit, forte legatus.*

HÆc actio, quæ dicitur servi corrupti, vel recepti, datur in duplum, quanti ea res est adversus eum, qui servum alienum, servamve alienam dolo malo recepit abscondendi causa, quive quid ei dolo malo persuasit, ut animum ejus, & mores corrumperet, ac proinde eum viliorem, & deteriorem faceret, puta, qui bonæ frugis servum perpulit ad fugiendum à domino, vel ad furtum faciendum, vel ad peculium intricandum, qui monuit, & præmonstravit rationem delinquendi, vel etiam, qui malum servum deteriorem fecit, vel qui servum comparantem se ad furtum faciendum collaudavit. Nam ut eleganter ait *l.1. h.t.* non oportet laudando alterios augere malitiam; vel, ut ex Paulo additur in hac *l.2.* qui servum luxoriosum fecit, id est, helluonem, ganeonem, damnosum, Basilica recte ἄσωτον, vel qui contumacem fecit, id est, qui

A & persuasit,ut dominum contemneret, *l.15. inf. h. t.* Contumax enim dicitur à contemnendo,ut Velius Longus ait, & confirmat *l.contumacia, §.1. de re jud.* Addit Paulus in hac *l.2.* qui & persuasit, ut stuprum pateretur: persuasione animus corrumpitur: stupro corpus ipsum. Non debuit autem, neque hoc loco, neque in *l.t. §.removet, de postul.* Tribonianus, si Romanorum famæ consulere voluit, hujusce flagitii relinquere memoriam. Quod si quid horum alius servus, alieno servo suaserit dolo malo inscieote domino, in dominum est hæc actio, quæ est noxalis,*l.5. §.si servus, & l.14. §.item si servus, hoc tit.* Cæterum si quid quis alieno servo suaserit, quo non animum, sed corpus tantum ejus deterius faceret, ut in exemplo legis 3. si ei persuaserit, ut in tectum, aut arborem præaltam ascenderet, vel in puteum, aut in cloacam descenderet, vel

B ut in *l.pen. de act.emp.* quæ sunt ejus legis verba, ut per κατάβασιν descenderet, vel decurreret, id est, per funem extentum à summo theatri ad imum,qua re nihil est periculosius, & ille id fecerit, & crus sibi fregerit, vel omnino perierit, hoc casu melius, & commodius est in eum, qui id persuasit, agere utili actione legis Aquiliæ, quam servi corrupti ex hoc edicto, quia non animus, sed corpus deterius factum est, corpus læsum, animus illæsus mansit, mores mansere incorrupti. Et ita ex eodem libro Pauli proponitur in *l.4. eod.tit.* Ubi *utili lege Aquilia*, ponitur, pro utili actione legis Aquiliæ. Utili, inquam,nam directa non datur, nisi in eum,qui corpore suo damnum dedit corpori servili: hic corpore suo damnum servo non dedit, sed fallaci oratione, fallaci persuasione. Actio legis Aquiliæ est de corpore vitiato, & corrupto, & non de dolo tan-

C tum, sed & de culpa etiam levissima. Actio servi corrupti est de animo vitiato, depravatisque moribus, & dolum tantum coercet, non culpam.Ac præterea actio legis Aquiliæ datur in duplum adversus inficiantem tantum: actio servi corrupti datur in duplum, etiam adversus confitentem, *l.5. §.hæc actio, hoc t.* Utraque actio mixta est,sed diversa ratione. Actio legis Aquiliæ mixta est, quia in ea ex primo quidem capite versatur æstimatio retroacti anni, si quo tempore scilicet servus, cui nocitum est, pluris fuerit intra eum annum; Vel ex 3.capite legis Aquiliæ versatur æstimatio retroacti mensis, sive retroactorum 30. dierum proximorum, si quo die intra eum mensem is servus fuerit pluris, vel quæ res alia, quæ rupta, usta, vel fracta sit, quæ repetitio temporis pœnæ loco succedit in actione legis Aquiliæ. In actione autem servi corrupti duplatur id,

D quod damni datum est, *l.14. §.in hac actione, hoc t.* id est, id, in quo depretiatus, ut & nostri auctores loquuntur,sive vilior factus est servus, æstimatione scilicet relata ad præteritum tempus, quo primum servus dolo corruptus est, ut ejus pretium duplum actori præstetur, non ad præsens tempus, quo minoris est servus, id est, non ad tempus, quo agitur hac actione. Et hoc est, quod Paulus ait in *l.6. h.t.* præteritæ utilitatis æstimationem in hoc judicio versari. Utilitas, & id quod interest, semper idem est in jure; Hoc, inquam, est æstimari, quanti interfuerit actoris in præteritum, quum servus corruptus est, non quanti nunc sit, qui utique vilioris est,sed quanti fuerit,antequam corrumperetur, non etiam ut in *l.Aquilia*, retroacto anno, vel mense: alioqui duplex esset hujus actionis pœna, una ex duplo, altera ex repetitione temporis, quod esse non

E debet: unius delicti non possunt esse duæ pœnæ,ἑνὸς γὰρ ἕν, inquit Aristoteles, unius delicti una pœna. Et hac ratione in *l.8.*idem Paulus ostendit, heredem ejus, vel quemcumque alium successorem ejus, cujus servus corruptus est, habere hanc actionem, non tantum si servus manserit in hereditate, sed etsi exierit hereditate, ut si legatus fuerit, legati enim genere dominium ejus servi mutatur, *l.1. in fi. de Pub.in rem act.* Et hæc actio igitur competit non novo domino, puta legatario, sed veteri, aut heredi ejus, quia in hac actione æstimatio ejus,quod interest refertur ad præteritum tempus: atque ideo ei non competit, cujus nunc interest, sed ei,cujus interfuit olim, vel heredi ejus. Et simili ratione servo (quod notandum) alieno vulnerato, vivo domino, eodemque testatore, heredi actio l.Aquiliæ

com-

Digitized by Google

competit, non legstario, *l.ob id, quod*, in illo loco, *nam isto modo, ad l.Aquiliam*, quia licet actio legis Aquil. soli domino detur, quod est certissimum, & heres tempore damni dati ejus servi dominus non fuerit, tamen fingitur fuisse, nimirum quia fingitur eadem fuisse persona cum defuncto. Et ideo actio legis Aquiliæ, quæ cœpit à testatore, ad heredem commeat, non ad legatarium, quia & in actione legis Aquiljæ æstimatio refertur ad tempus præteritum, id est, ad tempus damni dati: alioqui si referretur ad præsens tempus, relevaretur reus, qui damnum dedit injuria. Servo quoque vulnerato, non vivo testatore, ut posui ante, sed post mortem testatoris ante aditam hereditatem, heredi postea facto aditione, actio l. Aquiliæ competit, sed hoc casu cedenda est legatario hæc actio, si agnoverit legatum, *l.huic scripturæ, §.1. ad leg.Aquil.* quia agnitio legati retrotrahitur ad tempus mortis testatoris, ut aditio hereditatis, *l.heres quandoque, de adq. hered. l.si ex re, §.ult. de stip. serv.* Contra, servo occiso similiter post mortem testatoris ante aditionem, quia extinctum est legatum morte servi, quæ contigit sine culpa heredis, soli heredi competit actio leg. Aquiliæ, *d. l.huic scripturæ*. At servo vulnerato, vel occiso post aditam hereditatem, qui est alius casus, legatario actio competit, si non post mortem servi agnovit legatum, ut ait *l.liber, in fi. eod.tit.* id est, si vivo servo agnovit legatum: nam si non agnovit, vel repudiavit, soli heredi competit actio legis Aquiliæ, *d.l.liber, in fin. l.nam sicut, eod. tit.* Recte autem in hac l.8. Accurs. ait, *aliud servari in actione furti.* Quomodo? nempe hoc modo, quia si post mortem testatoris, & aditam hereditatem legata res sit adhuc penes furem, quæ est subrepta vivo testatore, legatario soli competit actio furti, non heredi, *l.si dominium, l.si is, qui rem, §.1.de furt.* Cur ita? Quia in actione furti, contra quam fiat in actione servi corrupti, vel legis Aquiliæ, in actione, inquam, furti, æstimatio refertur non tantum ad tempus præteritum, quo scilicet furtum factum est, sed etiam ad præsens tempus, quo scilicet furti agitur, & maxime, si hodie res furtiva pluris sit, quia assidua contrectatione, sive continuatione furti, etiam hodie furtum ejus rei fieri intelligitur, *l.in furti actione, l.inficiando, §.infans, de furt.*

Ad L.X.eodem. *In hoc judicium etiam rerum æstimatio venit, quas secum servus abstulit: quia omne damnum duplatur: neque intererit, ad eum perlatæ fuerint res, an ad alium: sive etiam consumptæ sunt: etenim justius est, eum teneri, qui princeps fuerit delicti, quam eum quæri, ad quem res perlatæ sunt.*

ADditur ex eodem Paulo in l.10. in hanc actionem servi corrupti, vel recepti, vel cælati, non tantum æstimari quantum servus ob id, quod corruptus est, vilior effectus sit, sed etiam quanti sint res, quas secum abstulit, idque totum duplari, etiam si res illæ non sint perlatæ ad eum, qui servum corrupit, sed ad alium, vel si ab ipso servo consumptæ sint: quia corruptor, sollicitator, impulsor, princeps est delicti, & æquius est, earum rerum nomine eum teneri, qui princeps est delicti, qui origo malorum, quam eum quæri, ad quem res perlatæ sunt, qui nihil deliquerit. Quod & Neratium sensisse, l.11.ostendit, *in principio*. Concurrit etiam in hac specie cum actione servi corrupti, earum rerum nomine, quas servus abstulit, actio hæc, cujus hæc est formula, ope, consilio tuo furtum factum esse ajo, de qua sæpe in jure, *l.si servus servum, ad leg. Aquil.* & in *l.sæpe, de verb. signif.* Et apud Ciceronem *de finib. bon. & mal.* Concurrit, inquam, cum actione servi corrupti earum rerum nomine, quas furatus est, ope, consilio tuo furtum factum esse ajo: quæ est species actionis furti etiam in duplum, *l.si. qui, de furt. l.ult. Cod. de nox.action.* Idque duplum totum pœna est, id est, non est mixta ea actio, sed meram pœnam persequitur: extra rem furto subtractam, quæ propria actione petitur, id est, condictione furtiva. Concurrunt igitur tres actiones in hac specie, servi corrupti, & furti, quod ope, & consilio tuo factum esse ajo; & condictio furtiva, nec altera alteram consumit, aut minuit, quia non eadem res in omnibus versatur, non idem omnibus intenditur. Sed condictione furtiva rem persequimur: Actione furti, quod ope, consilio tuo furtum factum sit, persequimur meram pœnam dupli. Et hoc amplius actione servi corrupti persequimur duplum quanti interest, *l.11.§.ult.hoc tit.* nempe quia diversa sunt maleficia furis, qui scil. furem consilio adjuvit, & corruptoris, sollicitatorisve, & utrumque maleficium vindicari justum est. Et ut ex Paulo additur in *l.12.h.t.* etiam rebus furtivis redditis, condictione furtiva scilicet reus obligatus manet duplici nomine, in pœnæ causam quasi fur scilicet, & quasi consiliator, sive sollicitator. Invenio etiam ex eodem libro Pauli in *l.26. de injur.* nonnunquam concurrere actionem servi corrupti cum actione injuriarum, nec altera alteram minui, ut puta si quis servum meum, aut filium ludibriu habuerit, licet consentientem, eo animo, ut mihi faceret injuriam, ut si eum duxerit in popinam, si cum eo alea luserit: recte conjunxit aleæ popinam: namque in ea alea plerunque ludi solet, Martialis:

Arcana modo raptus e popina
Ædilem rogat udus aleator.

Ex hoc autem facto ille, qui servum, aut filium meum ludibrio habuerit, ut mihi faceret injuriam: nam illi non facit injuriam, si consensit, mihi tenetur duabus actionibus, injuriarum, & servi corrupti. Hæc pertinet ad damnum, illa ad injuriam mihi illatam. Sed hoc ita procedit, si ille animum habuerit mihi faciendi injuriam, injuria ex affectu fit, *l.qui servum, de oblig. & act.* Nam si animus abfuerit mihi faciendæ injuriæ, ut si ignoraverit me dominum, aut patrem ejus, quem ludibrio habebat, mihi tamen competit actio servi corrupti. Et hoc est, quod Paulus ait in *d. l.26.* *Sed hoc, utcumque tunc locum habere potest, quotiens ille, qui suadet animum faciendæ injuriæ habet*, quæ verba Græci interpretantur, vel potius, ita legunt: *sed hoc non utcunque, sed tunc locum habere potest: quotiens ille, qui suadet animum injuriæ faciendæ habet*, quod perspicuum est. Et rectius *utcumque*, pro quandocunque, quocunque tempore, vel quocunque loco, ut in *l.quum proponebatur, de leg.2.* *Utcumque*, id est, quandocunque, & ubicunque. Et apud Horatium, & Plautum sæpissime. Imo & apud Terentium, *sed nostrum est*, inquit, *utcumque, & ubicumque opus sit obsequi.* Et nihil est præterea. Restat ex hoc edicto l.14.

Ad L.XIV.de Servo corrupto. *Ut tantum veniat in hereditatis petitionem, quantum in hanc actionem.*

Ad §.De filio, *filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset: & pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate, & fama domus integra manente: sed utilis competit, officio judicis æstimanda: quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi.*

Ad §.Si servus communis, *meus, & tuus, proprium meum servum corruperit: Sabinus, non posse agi cum socio, perinde atque si proprius meus servus corrupisset conservum. Item, si servus communis extraneum corruperit: videndum est, utrum cum duobus agi debeat, an & cum singulis exemplo cæterarum noxarum: & magis est, ut unusquisque in solidum teneatur: altero autem solvente, alterum liberari.*

Ad §.Si is, *in quo usumfructum habeo, servum meum corruperit, erit mihi actio cum domino proprietatis.*

Ad §.Pignoris dati *nomine debitor habet hanc actionem.*

Ad §.In hac actione *non extra rem duplum est:* id *enim, quod damni datum est, duplatur.*

Ad §.His consequenter *& illud probatur: ut, si servo meo persuaseris, ut Titio furtum faciat: non solum in id teneris, quo deterior servus effectus est, sed &* in *id, quod Titio præstaturus sim.*

Ad §.Item non solum, *si mihi damnum dederit consilio tuo, sed etiam si extraneo; eo quoque nomine mihi teneris, quod ego lege Aquilia obnoxius sim, aut si ex conducto teneor alicui, quod ei servum locavi, & propter te deterior factus sit:*

tene-

teneberis, & hoc nomine, si qua talia sint.

Ad §. Ef *timatio autem habetur in hac actione, quanti servus vilior factus sit, quod officio judicis expedietur.*

Ad §. *interdum tamen, & inutilis fit, ut non expediat talem servum habere. Utrum ergo & pretium cogitur dare sollicitator, & servum dominus lucrifaciat? an vero cogi debet dominus restituere servum, & pretium servi accipere? & verius est, electionem domino dari: sive servum detinere cupit, & damnum, quanti deterior servus factus est, in duplum accipere: vel servo restituto, si copiam hujus rei habeat, pretium consequi. Quod si non habeat, pretium quidem simili modo accipere debet: cedere autem sollicitatori periculo ejus, de dominio servi actionibus: quod tamen de restitutione hominis dicitur, tunc locum habet, cum de homine vivo agitur. Quid autem si manumisso eo agatur? non facile apud judicem audietur, dicendo, ideo se manumisisse, quoniam habere noluerat domi: ut, & pretium habeat, & libertum.*

REpetendum est ex l.13. quæ præcedit, non eum tantum hac actione teneri, qui servum corrupit vivo domino, sed & qui mortuo ante aditam hereditatem, id est, qui servum hereditarium corrupit. Hic enim semper in jure dicitur *servus hereditarius*, qui relictus est in hereditate, quam nondum quisquam adiit, qui hereditatis jacentis, necdum aditæ portio est, servus fine domino, nisi quatenus hereditas ipsa, quæ jacet & vacat, fingitur esse domina, *l.1. §.1. de rer. divis. l. liber homo, §. pen. ad leg. Aquil. l. denique, §. quæsitum, quod vi, aut clam.* Et ita proculdubio etiam servus hereditarius accipiendus est in regula illa veteri, per servum hereditarium heredi hereditatem adquiri non posse, *l. 1. §. veteres, de adquir. poss.* Repetendum etiam est hoc ex l. sup. proxima, eundem, qui servum hereditarium corrupit, cum ex hoc delicto debitor fit hereditatis, quia servi corrupti obnoxius est, quasi possessorem juris hereditarii injustum, id est, quasi prædonem, qui quod debet hereditati, possidet pro possessore, id est, tenet sine justa causa, neque id persolvit hereditati, ab herede conveniri posse petitione hereditatis, ut *l. sed utrum, de petit. hered.* Vel igitur ab herede postea facto per aditionem conveniri posse actione servi corrupti, vel petitione hereditatis. Sicut & is, qui servum hereditarium occidit, aut vulneravit, heredi postea facto aditione tenetur actione l. Aquilæ, *l. liber, §. pen. l. huic scripturæ, ad l. Aquil.* vel petitione hereditatis, *l. si à domino, §. si possessor, de petit. heredit.* Sed (quod notandum) hoc interest hac in re inter eum, qui servum hereditarium corrupit, & eum, qui occidit, aut vulneravit, quod si ex causa servi corrupti conveniatur petitione hereditatis, ut ex Paulo proponitur initio hujus legis, in eam actionem tantum venit, quantum in actione servi corrupti, id est, totius detrimenti, & damni duplum. At si ex causa servi occisi, aut vulnerati conveniatur petitione hereditatis, etiamsi inficietur, in eam actionem venit simplum duntaxat, id est, quod damni datum est simpliciter, & nihil amplius, *l. item veniunt, §. cum prædiximus, de petit. hered.* Duplum non venit, quod actor omissa petitione hereditatis ab inficiatore pro tenore legis Aquiliæ consequi potest. Verum si velit actor omissa petitione hereditatis ex l. Aquilia in duplum agere, non prohibetur. Denique eligere debet, utrum agat petitione hereditatis in simplum, præstita cautione, qua promittat, se non acturum lege Aquilia, an actione legis Aquil. in duplum omissa petitione hereditatis, *d. l. si à domino, §. si possessor, l. non solum, & l. seq. de rei vindic.* Et eodem modo, si is, qui habet actionem legis Aquiliæ, juraverit delato jurejurando, ex ea causa sibi dari oportere, eligere debet, utrum agat actione in factum ex jurejurando in simplum duntaxat etiam adversus inficiatorem, an actione legis Aquiliæ in duplum, *l. eum, qui, in princ. de jurejur.* Hæc sunt certissima. Cur tamen in petitione hereditatis, ut diximus, venit actio servi corrupti in duplum, non venit autem actio legis Aquiliæ, nisi in simplum? Ratio hæc est, quia ab initio actio servi corrupti est in duplum: hæc est, ut Accursius ait, hujus actionis prima, originalisque natura, ut sit in duplum. Actio autem legis Aquiliæ initio est in simplum tantum, non in duplum, nisi ex post facto, quum lite contestata reus in judicio infitiatur. Neque enim inficiatio alia auget obligationem primam, & originariam, quam quæ fit in judicio, lite contestata. Actio ipsa legis Aquiliæ ab initio est in simplum, & postea secuta in judicio, & convicta inficiatione rei, in duplum crescit, nec ideo, quod in duplum crescere potest, ideo ab initio esse in duplum intelligitur, sed in simplum tantum, *l. 1. de in lit. jur.* Nam ut sit in duplum, hoc adventitium est, non ingenitum actioni. Quæcunque autem actio venit in petitionem hereditatis pro origine sua, id est, qualis est origine sua, non qualis ex casu fieri postea potest. Actio servi corrupti origine sua est in duplum. Actio legis Aquiliæ in simplum duntaxat, quod crescit in duplum. Hoc fit ex eventu, ex casu. Et hoc de principio hujus legis.

AD §. *Primum.* Ex §. 1. intelligimus, cur de servo corrupto sit proposita actio à prætore, non de filio filiave familias, corruptis. De injuria servo, vel filiofam. facta, domino, vel patri parata est actio injuriarum suo, & filii nomine, vel suo nomine tantum, si volens filius ludibrio habitus sit, *l. 26. de injur.* quam exposui nudiustertius. De filio filiave fam. corruptis, nulla est prodita actio. Quare? ratio est elegans, quia servus est in patrimonio domini, ut quodlibet animal brutum, filiusfam. non est in patrimonio patris. Et corruptio igitur servi, quia vilior, & deterior efficitur, minuit patrimonium domini, non corruptio filiifam. patrimonium patris. At vice versa corruptio servuli non minuit decus, & dignitatem familiæ domini, & ideo nec dominum pudet agere de servo corrupto. Corruptio autem filiifam. liberaliter educati, qui quasi quodammodo vivo patre existimatur esse dominus, ut ait lex *in suis, de lib. & post.* summum, & triste dedecus est familiæ, quod quia prætor existimavit neminem sanum patremfam. evulgaturum, palam in corruptorem dictata actione filii, filiæve corruptæ, ideo nec proposuit nominatim actionem de filio filiave corruptis. Sed si quis tamen suæ famæ securus, ea de re agere, & suam domum traducere velit, sane non denegabitur ei deficiente directa, utilis, sive in factum actio de filio corrupto, quia interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi, & interest nostra, non effectus ratione, facessat hæc ratio, sed quia ob eam rem minus per liberos nostros adquisituri, ut si suasu alieno aleæ, vel luxui dediti esse cœperint, vel ex operis eorum, minus habituri sumus, vel etiam ob vitia eorum de nostro laturi maximam partem, hoc æstimabitur officio prætoris, vel judicis, ut in actione legis Aquiliæ, si liberorum nostrorum corpus læsum sit, *l. 7. in princ. ad leg. Aquil.* Quam esse de filiofam. præcedentes leges ostendunt. Corpus autem filiif. non æstimandum, quia liberum corpus inæstimabile est, aut sane sine pretio pretiosum est, *l. ult. de his, qui dejecer. vel effud.*

AD §. *Si servus.* Sequitur in hoc §. si communis servus meus, & tuus proprium meum servum te insciente, aut vetante corruperit, non esse mihi in te actionem servi corrupti noxalem, quia qui ejusdem servi nomine tenetur aliis noxali actione, ipse noxali actione adversus alium, & socium, agere non potest. Hæc est regula: ego vero servi communis nomine aliis teneor noxali actione in solidum, si forte servum alienum corruperit, vel ex alia quacunque noxa, quia, ut subjicit Paulus, est in arbitrio actoris, vel mecum agere, vel cum socio in solidum. Ita tamen, ut uno solvente alter liberetur, quia obligamur ex persona servi, quæ cum sit una, & unam quoque duntaxat litis æstimationem admittit. Ego igitur, quia aliis teneor servi communis nomine actione noxali in solidum, non possum ejusdem servi nomine agere noxali actione, neque cum alio, neque cum socio, juxta regulam *legis pen. C. de furt.* & recte *l. 8. de noxal. action.* dominum pro parte factum non posse cum socio noxali actione experiri, & *l. sed si unius, §. si servus, de injur.* Si servus communis meus & tuus, mihi injuriam fecerit, mihi in te non dari injuriarum actionem noxalem, quia & ipse teneor noxali actione, si idem servus extraneo injuriam dederit. Ac præterea si

si proprius servus meus in solidum conservum corrupetit, qui & meus proprius est, nulla mihi eo nomine actio competit: cum quo enim agerem? Cum servo ipso, qui corrupit? non possum. Obstat alia regula, cum servo nulla est actio. Ergo idem dicendum est, si servus communis servum meum corruperit: nec enim servus communis, ideo minus est meus, quod etiam sit tuus; quin & mei servi appellatione continetur etiam communis, ut in l. 12. tab. Illis verbis, *uti quisque legassit super pecunia sua*, etiam communis pecunia continetur, *l. 5. C. de hered. inst.* Ergo & servi communis nomine, neque cum eo servo ulla mihi est actio, neque cum socio actio noxalis servi corrupti, sed est actio communi dividundo, vel pro socio, id est, quum inter nos agitur de servo dividundo, aliisque rebus communibus, si quas alias præter servum communes habeamus ratio habebitur damni, quod uni ex dominis servus communis dedit, *l. cum servus, de noxal. act.* Et hæc de servo communi. Nunc tractat de servo fructuario. Si servus, in quo usumfructum habeo, servum meum corruperit, cum proprietario mihi est actio servi corrupti noxalis: neque enim hic locus est regulæ superiori, quæ vetat eum agere noxali, qui ipse potest noxali conveniri, quia fructuarius non potest conveniri noxali judicio ex noxa servi fructuarii, *l. is, qui usumfruct. de nox. act.* Additur in §. pignori.

AD §. *Pignori*. Servo corrupto, qui creditori pignori datus erat, debitori dari actionem servi corrupti, non creditori: nam hæc actio domino competit, creditor autem non est dominus pignoris, sed debitor, *l. 8. C. de pign. act.* Eademque ratione actio legis Aquiliæ datur debitori, non creditori pignoratitio, *l. qui occidit, §. 1. ad leg. Aquil.* Et in §. *in hac actione* etiam hoc additur, actionem servi corrupti esse mixtam, hoc est in duplum, vel duplum in ea actione, ut ait, non esse extra rem, ut in Florentinis legitur recte, & in Basilicis etiam, *ἐνδέδοται ἔσωθεν τοῦ πράγματος τὸ διπλοῦν*, rem inesse duplo. Quod dicit ad discretionem actionis furti, in qua duplum est extra rem, & res extra duplum. Rem autem dicit esse detrimentum omne, omne damnum, ut *l. 10. & 11. in prin. sup.* Ergo non id tantum dicit, qui rem dicit, quo servus vilior factus est, sed etiam id, quod servus subripuit domino, & secum abstulit. Imo & id quod aliis dominus ob vitium servi præstare coactus est. Exempli gratia, si servo meo persuaseris, ut Titio furtum faciat, vel quod aliud damnum injuria det, & conventus actione furti, vel actione legis Aquil. noxali Titio præstitero pœnam, & rem: actione servi corrupti id consequar, quod Titio præstiti actione furti, vel actione legis Aquiliæ noxali, vel quod ei præstiti actione ex conducto, ut ait in §. *seq.* videlicet, quum sciens servum esse furacem, aut contumeliosum, ei servum locavi, & is servus apud conductorem, cum jampridem ante corruptus esset, furtum fecerit, vel damnum dederit. Si locavi ignorans, teneor tantum actione noxali furti, vel actione legis Aquiliæ, atque adeo non teneor in solidum, si paratus sim servum dedere in noxam. At si sciens locavi, teneor in solidum actione ex conducto, sicut & actione depositi, vel commodati, vel pigneratitia, *l. si servus pignori datus, de pign. act. l. pen. commod.* quæ conjungenda est cum *l. si tibi hominem, §. 1. loc.* quæ de ignorante accipienda est, non de sciente. Denique actione servi corrupti, id omne consequar, quod mihi servus abstulit, vel quod ob vitium ejus alii præstiti, & hoc amplius alterum tantum vice pœnæ. Itaque mixta est actio, quia & rem, & pœnam persequitur. Uno verbo ait *l. 11. in fi.* quia id quod interest persequitur, ubi recte Agio Theodoretus Græcus interpres notat, *Ejus quod interest appellatione non nudam rem significari, sed & pœnam, quæ cum ea confusa est, quæve rei accedit*, id est, duplum in quod ab initio actio servi corrupti competit.

AD §. *Ultimum*. Hic §. sane est difficilis. In hac actione servi corrupti, vel recepti, officio judicis æstimatur, quanto servus ob id, quod corruptus est, vilior exstitit, id est, quanto deminutum sit ejus servi pretium. At quæritur in hoc §. ultimo, quid sit dicendum, si servus inutilis factus sit, ita ut domino, non expediat eum habere. Si inutilis igitur factus sit domino, non aliis, sed soli domino: alioquin si prorsus factus esset nauci, nihili, si prorsus inutilis omnibus, constaret, integrum ejus servi pretium, qui plane factus nequam, quanti fuit antequam corrumperetur, & alterum tantum, id est, duplum domino præstari oportere pro tenore actionis servi corrupti. Quid igitur, si domino soli factus sit inutilis, aliis forte perutilis, & gratus, puta, quia ludio, & histrio factus est, quo genere hominum dominus ejus honestissimus paterfam. non utitur. Quæritur utrum hoc casu cogitur sollicitator sive corruptor servi, integrum pretium domino præstare, quanti fuit antequam corrumperetur, & domino prorsus fieret inutilis, ita ut dominus, & prætium servi habeat in assem, in solidum, & servum ipsum retineat, & lucrifaciat, ut Paulus ait, quia lucrum est, & rem habere, & pretium, *l. venditor ex hereditate, de heredit. vend.* an vero cogitur dominus, qui de eo servo corrupto agit eum servum reo restituere, cujus opera ei inutilis est, accepto justo, & integro servi pretio, quanti fuit antequam corrumperetur? Hæc est quæstio, & ut in consimili quæstione *l. sed etsi rem, de petit. heredit.* ait, in prædonem, qui alienam rem possidet electionem esse debere actoris: Ita recte Paulus hoc loco, & in corruptorem, qui prædoni comparatur, *l. 13. hoc tit.* ait, electionem domino dandam esse, ut, vel servum retineat, atque etiam damnum, quanti servus pretio vilior factus est, in duplum accipiat pro tenore actionis servi corrupti, non etiam, ut in quæstionem deducat integrum servi pretium, quod longe majus est, sed damni duplum tantum, ut dixi, vel ut sollicitatori servum ipsum restituat, cujus etiam nullus apud se usus est, ut servum, inquam, sollicitatori restituat, si restituendi, & præstandi ejus facultatem habeat, & accipiat non duplum damni, id est, duplum ejus, quo servus vilior factus est, sed quod multo pluris est, integrum servi pretium, quanti fuit antequam corrumperetur: aut si restituendi ejus servi facultatem non habeat (puta quod alius servi ejus possessionem apprehenderit) ut sollicitatori sumptibus, & periculo ejus cedat actionibus in rem, quas habet adversus servi possessorem, atque ita solidum servi pretium consequatur, quia cessio actionum pro justa præstatione sive restitutione est, *l. quod debetur, de pecul.* Et fit plerumque semper cessio sumptibus, & periculo cessionarii, cui in rem suam ceduntur actiones: quam in rem hic locus est valde singularis. Et id quoque Doctores admittunt, sed nullam adducunt legem, cum hic §. ult. id comprobet aperte in illo loco, *cedere autem sollicitatori periculo ejus, &c.* Est autem hoc valde singulare in hac specie, ut ei cedantur actiones in rem, qui pœnæ loco pretium rei date cogitur, cum tamen in *l. is, qui dolo, de rei vindic.* ei, qui dolo malo desiit rem possidere alienam, & pretium rei præstare coactus est, dicatur actorem non debere cedere actiones, quas ejus rei nomine habet: cur non idem dicimus in hac specie? puta quia abunde sufficit actori solidum pretium servi consequi, qui sibi prorsus inutilis foret, si eum retineret, & ageret tantum de damno dato in duplum, cujus dupli summa perexigua est, si conferatur cum integro servi pretio. Et hic nota actiones in rem, quas dominus cedere debet sollicitatori, appellari actiones de dominio servi. Cedere, inquit, sollicitatori debet periculo ejus de dominio servi actiones. Recte, quia per eas actiones lis dominii inducitur. Et ita Justin. in Novella 91. *Actio in rem, ἡ περὶ δεσποτείας, vel de dominio*, inquit. Nota etiam ita demum licere domino hac actione ejus servi petere integrum pretium, si vivat, & si eum non manumiserit, quia mortuum, aut manumissum restituere cedereve de dominio ejus actiones non potest: & utique consequi non debet integrum pretium, nisi servum præstet, vel de dominio ejus actiones, quasi venditione contracta: nec contra audietur actor, qui fuit dominus, si dicat, se eum servum manumisisse, quia hominem domi suæ inutilem habere noluerit quia etsi nunc

cum

cum non habeat ut servum post manumissionem, habet A tamen ut libertum. Unde prodeunt jura, & commoda multa, & varia: & non est æquum, ut & integrum hominis pretium habeat, ac præterea jura patronatus. Qua de causa si manumisso servu agat servi corrupti, ut potest, quia manumissio semel natam actionem non extinguit, *l. 5. §. ult. h. t.* & eligat petere integrum servi pretium, debet reo cedere jura patronatus. Et ita hoc loco Græci recte concludunt, ὀφείλω πάντως ἐγχωρεῖν τὰ δίκαια τῷ ὑποθήσαντι αὐτόν, id est, *debeo omnimodo cedere jura patronatus sollicitatori*, à quo desidero mihi dari integrum servi pretium quanti fuit antequam corrumperetur. Neque vero hinc colligas, eum, qui habet, quive quæsivit libertum esse locupletiorem, contra quam definiatur in *l. nemo prædo, §. 1. de reg. juris, l. 2. quibus ad libert.* non videri locupletiorem eum, qui libertum adquisivit. Ex B qua definitione efficitur, inter conjuges valere donationem servi factam manumissionis causâ, quia ex hoc nemo fit locupletior, ut ait Paulus 2. *sentent. tit. 23.* Cujus definitionis ratio hæc est, quia jus patronatus est inæstimabile, *l. naturalis, §. ult. de præscript. verb.* Cum qua definitione, ut cœpi dicere, neque hic locus pugnat ullo modo. Nam qui dicit te jus patronatus, quod habes in libertum, aliis cedere debere, non ideo te dicit liberti adquisitione factum esse locupletiorem. Cedimus sæpe aliis quæ onerant potius, quam augent patrimonium nostrum. Verum hac in re separanda semper sunt ea, quæ jure patronatus obveniunt, veluti operæ, aut bona libertorum, ab ipso jure patronatus: illa æstimari possunt, *l. in summa, §. pen. de cond. indeb. l. si vero, sol. matrim.* Jus patronatus inæstimabile, sicut patria potestas est inæstimabilis, C quæ à Calphurnio sancta res esse dicitur: quæ tamen jure patriæ potestatis adsequimur æstimabilia sunt. Et postremo nota, quod observavi semper in interpretatione hujus §. etiam apertissime in hoc §. pretium servi corrupti, & domino inutilis facti, non aliis, separari à duplo damni. Et pretium igitur servi, esse integrum pretium servi quanti fuit antequam corrumperetur. Et ita hic §. explicandus.

Ad L. II. de Aleator. *Solent enim quidam, & cogere ad lusum, vel ab initio, vel victi, dum retinent.*

Ad §. Senatusconsultum *vetuit, in pecuniam ludere: præterquam, si quis certet hasta, vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando: quod virtutis causa fiat.*

Ad L. ult. eod. *Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem familiæ ludere permittitur.*

D

Ad §. Si servus, *vel filiusfamilias victus fuerit: patri, vel domino competit repetitio. Item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis: quia ex negotio gesto agitur. Sed non amplius cogendus est præstare, quam id, quod ex ea re in peculio fit.*

Ad §. Adversus patentes, *& patronos repetitio ejus, quod in alea lusum est, utilis ex hoc edicto danda est.*

DUæ leges de aleatoribus sunt: quales, qui faciunt servos alienos, sane corrumpunt, & servi corrupti prætoria actione tenentur. Et inter vitia quoque servorum alea notatur, *l. 25. §. hoc autem, de ædil. edic. l. 26. de injur. l. fugitivus, de verb. signific.* At is quoque, qui alii cuicunque vim intulit aleæ ludendæ causa, qui alium coegit alea ludere, vel ab initio, ut Paulus ait in *l. 2.* vel victus, E dum retinet collusorem volentem, quod vulgo dicitur ἀνακνῖψαι, idque proverbium hoc loco notant Græci his verbis, θελόμενον τὸ λεγόμενον ἀνακνῖψαι, quo & nos utimur passim, *abscindere caudam*. Is, inquam, qui alium coegit alea ludere, prætoris arbitratu coercetur, quod & in hoc edicto de aleatoribus his verbis significatur à prætore, *uti quæque res erit, animadvertam*: ut & similiter in edicto de injuriis his verbis, *prout quæque res erit, animadvertam*: dum rei coercitionem omnem in arbitrium suum confert, *d. l. 15. §. ait prætor, & §. quod ait, de injur.* His additur in *d. l. 2.* Senatusconsulto prohibitum esse in pecuniam ludere. Egregium Senatusconsultum, præterquam, si quis virtutis, & gloriæ causa ludat, & certet legitimo certa- A mine virtutis causa, ut etiam ait *l. athletas, de his, qui not. infam. & l. 7. §. si in colluctatione, ad leg. Falcid.* ut puta, si quis certet hasta jacienda, vel pilo jaciendo, aut si certet currendo, saliendo, luctando, pugilando, pugnando, quæ certamina virtutis ergo instituuntur, ut palam Romæ exerceri solebant in campo Martio. In Græcia erant frequentissima. Unde & πένταθλον nomen, quo significantur quinque legitima certamina, puta jaculum, cursus, saltus, lucta, pugilatus, aut quæ ex iis commixta sunt, ut παγκράτιον in *d. §. si in colluctatione*, quod & παμμάχιον appellari Higinus scribit in fabulis. Et mixtum est ex lucta & pugillatu. In his quinque certaminibus etiam ex l. Titia, ut ait *l. 3.* & Publicia, & Cornelia, & pluribus legibus etiam sponsionem facere licet, συνθηκίζειν, ut Græci interpretantur hoc loco, sponsionem facere licet pecunia, aut pi- B gnore certo, *faire un jeu de prix.* Idem Paulus in *l. ult.* in princip. ait, *quod in convivio vescendi causa ponitur in eam rem familiæ ludere permittitur*: ubi *familiæ* verbum sane importunum est. Videtur Paulus non familia scripsisse, sed alia, vel alea: nam promiscue dicebant, *alia*, & *alea*, ut alium, & aleum, quod vulgo alium. Vescendi igitur in conviviis causa alea ludere licet, non etiam in pecuniam. Hæc est sententia verissima. Imo si quis alea victus fuerit, & pecuniam suam perdiderit, ejus pecuniæ quasi indebitæ ex hoc edicto adversus victorem repetitionem habet. Olim habuit repetitionem in quadruplum, ut Ascon. scribit in divinatione, quia ut Ovidius ait:

Hoc erat ad nostros non leve crimen avos.

Hodie in simplum; & multo magis, si à victo pecunia petatur, quam amisit, habet hanc exceptionem, *si in alea* C *gestum erit, l. in exceptionibus, de probat. l. 1. §. 1. quar. rer. actio non det. l. periculi, de naut. fœn. l. 2. C. de aleæ lusu.* Cui damus repetitionem, sive actionem ad pecuniam amissam repetendam, & multo magis exceptionem, si pecunia amissa ab eo petatur. Quidam enim alea ludunt non posita pecunia, sed vice pecuniæ positis lupinis, ut in Italia fieri solet. Quod argentum sive aurum comicum Plautus vocat: Unde & apud Plautum in Phormione, in illo loco, *meum argentum attuli: comicum argentum præsto est*, nos vocamus hodie *monnoye de bas or*. Quidam, inquam, ludunt non posita pecunia, sed positis lupinis vice pecuniæ, qui & nummulorum speciem habent, ea lege, ut quot lupini amittuntur, tot pro eis nummi reddantur. Quod nominatim vetat *l. 2. C. de aleæ lusu*, παίζειν θέρμοις, ludere lupinis. Quod si servus, aut filiusfam. alea victus D fit, ut idem Paulus ait in *hac l. ultima*, domino, vel patri proculdubio pecuniæ amissæ repetitio competit, quasi ei quæsita per filium, aut servum, vel si vicerit servus, & pecuniam abstulerit victo, in dominum est actio de peculio, quatenus pecunia, quam servus vicit alea, versa est in peculium, non noxalis actio, quia noxalis actio datur tantum ex delictis servorum. Et hæc actio, qua pecunia in alea deperdita repetitur, non est ex delicto, sed ex negotio gesto. Et similiter si filiusfam. alea vicerit, proculdubio pater tenetur de peculio quasi ex contractu. Postremo notandum est ex *hac l. ultima*, hanc actionem, quæ de pecunia in alea amissa victo redditur, ei non dari adversus patronos, & parentes, videlicet si cum eis luserit alea, & victus fuerit, non dari scilic. hanc formulam, *quod in alea lusum fit*, quia famosa est hæc formula, & arguit infamiæ E parentes, aut patronos, arguit eos esse aleatores, sed repetitur tantum pecunia à parentibus, & patronis, non quidem hac actione famosa de alea, sed actione utili, id est, in factum, verbis temperatis, verbis lenioribus, ita ut non fiat mentio aleæ, sicut & adversus parentes, aut patronos non agitur palam de dolo malo, sed in factum, *l. non debet, sup. de dolo.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XXIII. de Negot. gest. *Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit: restituere cogitur: de eo autem, quod indebitum solvit, magis est, ut sibi imputare debeat.*

TOTUS hic Liber est de actionibus in rem, quas de universitate in edicto proposuit prætor, puta de civili hereditatis petitione, per quam petitur universitas bonorum demortui, vel B de possessoria, itemque de fideicommissaria hereditatis petitione, quæ etiam sunt de universis bonis, de universo jure defuncti. Et quæ prima se offert ex hoc libro 20. *l.23. de neg. gest.* sane omnino referenda est ad petitionem hereditatis, in qua non venit indebitum, quod possessor hereditatis exegit nomine hereditario, quasi hereditarium debitum, cum non esset tale debitum, aut cum omnino non esset debitum, ut id scilicet debitori restituat: non venit in petitionem hereditatis indebitum, quod possessor exegit quasi debitum hereditarium: non venit, ut id petitori restituat, quia petit hereditatem; & id non est ex hereditate: non etiam venit indebitum, quod possessor hereditatis solvit nomine hereditario, ut id reputet, petitori scilicet, & ab eo consequatur, quia id sibi potius imputare debet, qui inconsulto, & temere non debitum solvit ultro sine judice, C *l.item veniunt, §.sed etsi Senatur, de petit. hered.* Quod servatur etiam in venditione hereditatis, quia nec actione ex empto, vel ex stipulatu restituere emptori debet, quod forte indebitum exegit nomine hereditario, nec vicissim reputare emptori potest, quod indebitum solvit, *l.29. §. soles, de hered. vend.* Non tamen idem per omnia servatur in negotiorum gestore: nam si quidem negotiorum gestor indebitum solvit nomine domini, quod utique dominus ratum habiturus non est, id sibi imputare potius debet suæque stultitiæ, quam domino, ut servatur in superioribus casibus. Sed si negotiorum gestor indebitum exegerit nomine, & contemplatione domini, quasi domino debitum, idque dominus ratum habuerit, hoc enim necesse est, *l.6. §.item quæritur, hoc tit.* id domino restituere debet, ut Paulus ait in hac l.23. nimirum, quia id accepit nomine domini, & do- D minus ratum habet, & negotiorum gestor abstinentem omni lucro præstare fidem debet, & quæcunque gessit nomine domini bona fide domino restituere, sive debitum, sive indebitum exegerit, ut de procuratoribus est proditum in *l.qui proprio, §.procurator, de procur.*

Ad L.XIV. de Petit. hered. *Sed utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit, nihil refert. Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit.*

SEquitur in hac l.14. peti hereditatem posse à quocumque debitore hereditario, sive ex contractu, sive ex delicto debitor sit: & in petitionem hereditatis venire, E quod ab initio inest sui natura actioni ex contractu, vel actioni ex delicto: exempli gratia venire in petitionem hereditatis, quod peti potest actione servi corrupti, *l.13. & 14. in princip. de serv. corrupt.* vel actione legis Aquiliæ, *l.20. §.cum prædiximus, hoc titul.* Item sive debitor ille defuncti fuerit, sive hereditarius, qui obligarit se post mortem ejus, de cujus hereditate agitur, jacente, nec dum adita hereditate, ut si post mortem ejus ante aditam hereditatem negotium hereditarium gesserit, *l.16. §.non solum, h.tit.* vel si rem aliquam hereditariam subripuerit, ut *l.seq.* vel si quid servo hereditario promiserit, vel si ei damnum dederit, ut proponit Paulus in hac l.14. Denique hereditas peti potest à quocunque debitore hereditario, sive A vivo eo, de cujus successione agitur, debitor esse cœpit, sive post mortem ejus, peti, inquam, ab eo hereditas potest, quasi à possessore juris hereditarii, non possessore proprie, quia jura cum sint incorporalia non proprie possidentur, sed quasi, ut in *l.prox. §.ult. sup. quasi à juris possessore.* Neque enim tantum à possessore rei, sive corporis hereditarii, sed etiam à quasi possessore juris hereditarii hereditas peti potest, *l.9. sup. h.tit. l.18. §.ult. inf. hoc tit.* Et rursus, quod maxime notandum est, possessor juris dicitur non tantum qui habet actionem aliquam, qua res hereditarias persequatur, ut *l.16. §.Julianus, & §.pen. hoc tit.* sed etiam, qui actione aliqua tenetur obstrictus, puta debitor hereditarius: uterque dicitur possessor juris, & conveniri potest eo nomine petitione hereditatis veluti possessor juris: sed ita demum potest conveniri petitione hereditatis, ut possessor juris, si vel faciat controversiam heredita- B tis, dicendo se esse heredem, non petitorem, id est, si jus pro herede possideat, ut *l.42. inf. hoc tit. l.ult. in fin. tit.seq.* vel etiam si non contendat se heredem esse, si nec ex alia justa causa contendat se possidere, sed dicat se possidere quod possideat, nulla allata causa possessionis, id est, si sciens mala fide jus hereditarium possideat, ut si ex delicto debitor hereditarius sit, nec solvere velit, quod ex ea causa debet, hoc est, si jus pro possessore possideat quasi prædo: denique ut rei, sive corporis, ita juris possessor is tantum tenetur petitione hereditatis, qui possidet pro herede bona fide, aut pro possessore, quod est mala fide, non qui possidet bona fide pro emptore, vel pro donato, vel pro dote, vel pro legato, non etiam qui tantum negat petitorem esse heredem, nec contra affirmat se heredem esse: C hæc est regula juris, *l.9. hoc tit.* Cujus regulæ ratio hæc est maxime notanda, quia actiones comparatæ sunt, ut eis cum adversariis nostris experiamur. Et adversarii nostri sunt, qui ex adverso nobis faciunt controversiam ejus rei, qua de agimus, ut in actionibus in personam adversarius nobis est is, qui nobis dicentibus, *illum nobis dare oportere*, contradicit, & affirmat, *se dare non oportere*. Et in actionibus in rem specialibus, qui nobis dicentibus, *nos ejus rei esse dominos, quam ille possidet*: contradicit, *imo se ejus esse dominum, non actorem, §.1. Institut. de action.* quia de dominio, quod intendimus nostrum esse, nobis facit controversiam, dum id sibi asserit, & contra vindicat. At qui negat tantum actorem esse dominum, non etiam contendit *se esse dominum*, non tenetur actione in rem, quæ est actio de dominio, quia de dominio controversiam non facit: D nec enim dicit, *se esse dominum*, sicut & qui negat eum, qui agit petitione hereditatis, esse heredem, non etiam contendit se esse heredem, non tenetur petitione hereditatis, *l.42. hoc tit.* quia hereditatis controversiam non facit. Qua ratione etiam non tenetur petitione hereditatis qui dicit se rem, quam possidet bona fide emisse, se ejus rei esse dominum ex causa emptionis, vel donationis, nihil refert, vel dotis, vel legati, quia non idem sibi adserit, quod actor, quia se heredem non dicit, non reluctatur petitori hereditatis, non reluctatur intentioni petitoris, non dicit se esse dominum jure hereditario, sed jure emptionis, vel donationis, vel quo alio. Denique is tantum tenetur petitione hereditatis, qua actor intendit se heredem esse, qui ex adverso contendit, imo se non actorem heredem esse, puta qui pro herede possidet: quod etiam contendere intelligi- E tur, sive præsumitur, qui nullam allegat causam possessionis suæ, id est, qui pro possessore possidet, & judicium tamen, quod intenditur de hereditate suscipere paratus est. Et hanc rationem, quæ sane est optima, attigit etiam Accursius in *l.pen. C.in quib. causis præsc. lon. temp. c.* Quod ad hanc leg.14. adnotasse satis est.

Ad L.XIX. eod. *Et non tantum hereditaria corpora, sed & quæ non sunt hereditaria, quorum tamen periculũ ad heredem pertinet: ut res pignori datæ defuncto, vel commodatæ, depositæve. Et quidem rei pignori datæ etiam specialis petitio est, ut & hereditatis petitione contineatur: sicut illæ, quarum nomine Publiciana competit. Sed licet earum non...ie, quæ commodatæ,*

datæ, vel depositæ sunt, nulla sit facile actio: quia tamen periculum earum ad nos pertinet, æquum est eas restitui.

Ad §. Quod si pro emptore *usucapio ab herede impleta sit: non veniet in hereditatis petitionem: quia heres, id est petitor, eam vindicare potest: nec ulla exceptio datur possessori.*

Ad §. Veniunt & hæ res in *hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti si juraverat defunctus, petitoris rem non esse, & decesserit: debent hæ quoque restitui. Imo & si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine. Idemque erit & in prædone, licet hic propter culpam non teneatur: quia nec hic debet has res retinere.*

Ad §. Servitutes *in restitutionem hereditatis non venire ego didici: cum nihil eo nomine possit restitui: sicut est in corporibus, & fructibus: sed si non patiatur ire, & agere, propria actione convenietur.*

ADdamus etiam legem 19. quæ lex primum ostendit, in petitionem hereditatis venire non tantum res hereditarias: quarum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res defuncto commodatas, vel depositas ea lege, ut periculum ad eum pertineret, heredemve ejus, vel res defuncto pignori datas, vel res à defuncto bona fide possessas ex justa causa adquirendi dominii. Quæ omnes res, etsi non in bonis, tamen ex bonis esse dicuntur propter periculum earum rerum, quod heredem sequitur, *l.2. §. in hac actione, vi bon. rapt.* Ex his vero rebus aliæ non tantum petitione hereditatis, sed etiam speciali in rem actione peti possunt: aliæ non nisi petitione hereditatis, non etiam speciali in rem actione, quod Paulus ostendit hoc loco. Et res quidem defuncto commodatæ, vel depositæ non possunt ab herede peti actione in rem speciali, quæ est de dominio, id est, quia dominium earum non habet depositarius, vel commodatarius: commodato, vel deposito non mutatur dominium: at peti ab eo possunt, sive deduci in petitionem hereditatis. Contra, res defuncto pignoratæ non tantum petitione hereditatis, sed etiam speciali in rem actione ab herede peti possunt, id est, Serviana, sive hypothecaria, jure pignoris scilicet: nam & actio de pignore, est in rem actio specialis non jure dominii, quia etiam pignus dominium non mutat: ejusdem generis sunt res à defuncto bona fide possessæ ex justa causa, necdum ab herede usucaptæ, quia & hæ ab herede peti possunt, non tantum petitione hereditatis, sed etiam speciali in rem actione, id est, Publiciana. At ex diverso usucaptæ ab herede peti possunt civili, & directa actione in rem, non petitione hereditatis. Possunt, inquam, peti, quia heres implevit usucapionem, quia usucapione factus est dominus civili actione in rem, cui nec possessor, ut ait Paulus in §.1. potest opponere ullam exceptionem, præjudicialem scilicet. ut Græci recte interpretantur, veluti hanc exceptionem, *quod præjudicium petitioni hereditatis, centumviralis judicii magnitudini præjudicium non fiat*: non potest, inquam, opponere eam exceptionem, quia ea res est heredis, non hereditaria, vel ex hereditate. Et ideo in petitionem hereditatis non venit, ut nullum sit formidandum præjudicium, si ea res ab herede, qui usucapionem implevit, vindicetur civili, & directa in rem actione: nec enim res, quæ est heredis, non hereditaria, in petitionem hereditatis venit, *l. si à domino, §. si possessor, in fi. inf. hoc tit.* Et tamen res aliena tradita defuncto bona fide accipienti ex justa causa, & usucapta ab herede ejus, venit in judicium familiæ erciscundæ, non venit in petitionem hereditatis, quia non est hereditaria, venit tamen in judicium famil. erciscundæ, *l.9. famil. ercisc.* Rationem breviter perstringam, quia in actione famil. ercisc. non est inter heredes controversia de hereditate: unusquisque agnoscit suum coheredem, & fatentur omnes hereditatem esse communem, sed inter eos de eo tantum agitur, quodcunque à defuncto ad eos transiit, licet non hereditate, sed usucapione quæsitum eis fuerit, ut id separetur, & fiat inter eos æqua divisio omnium rerum, quæ à defuncto ad eos pervenerunt.

AD *§. pen.* Additur in hoc §. etiam in hereditatis petitionem venire res, quarum defunctus retentionem tantum habuit, non petitionem, persecutionem, actionem ullam: veluti ex jurejurando, si vivus cum rem aliquam possideret, deferente actore hoc tantum juraverit, eam rem actoris non esse, non etiam juraverit, eam rem suam esse, ut *l.11. de jurejur.* quia ex hac causa retentionem possessionis, & rei habet adversus eum, qui detulit jusjurandum, non etiam petitionem, aut vindicationem amissa possessione, licet res ad eum pervenerit, qui detulit jusjurandum: quia non juravit *suam esse*: & ideo suam esse petere non potest. Denique ejus rei retentionem tantum habere, non petitionem, quod & in plerisque aliis casibus evenire ostendit observatio 18. cap. 10. Porro si ejus rei, cujus defunctus retentionem habuit, non petitionem, postea possessio ad extraneum pervenit, qui eam possideat pro herede, vel culpa desierit possidere, ejus rei nomine vero heredi tenetur petitione hereditatis, quia & hæ res, quarum defunctus retentionem non petitionem habuit, retentionem scilicet per exceptionem, non petitionem per actionem ullam, in hereditate connumerantur, & ideo tantum veniunt in petitionem hereditatis. Et hoc, ut dixi, si novus possessor, eas res possideat pro herede bona fide, vel dolo, aut culpa sua desierit possidere. Et subjicit Paulus, idem esse dicendum in eo, qui pro possessore eas res possidebat, quasi prædo, si dolo, aut culpa sua eas desierit possidere, eum scilicet hac actione teneri quasi possessorem, licet desierit possidere, sed non, ut ait, propter culpam simpliciter, quia & citra culpam tenetur propter malam fidem, qua initio rem possedit, invasit. Et ita sunt accipienda verba *§. pen. Idemque erit & in prædone*, licet hic propter culpam non teneatur, id est, simpliciter propter culpam, sed principaliter propter malam fidem, in qua fuit semper.

AD *§. ult.* Postremo Paulus ait, servitutes prædiorum, quæ prædiis hereditariis debentur à vicinu, in petitionem hereditatis non venire. Jura quidem venire, id est, nomina, & actiones, quas possessor habet ad res hereditarias persequendas, ut ante dictum est, quia ab eo petitori eæ actiones cedi possunt, & vero debent. Item jura venire, id est, actiones, quibus debitor hereditarius obstrictus est, quia solvi ab eo, quod debet, petitori potest, & debet. Cur etiam jura prædiorum non veniant in petitionem hereditatis: nam & sevitutes sunt jura prædiorum. Cæterum hac in re facimus differentiam inter jura, & jura prædiorum, quæ servitutes dicuntur. Et servitutes dicemus non venire in petit. hereditatis. Quare? quia nihil eo nomine cedi, aut restitui solvive petitori potest: sunt enim servitutes res incorporales, nec ullam actionem is, quo cum agitur, habet, quam actori cedere possit. Nulla igitur actione tenetur, qua se exsolvere possit numerando pecuniam actori: ubi cessioni, solutioni, vel restitutioni locus non est, nec id, quod ea non recipit, venire potest in petitionem hereditatis. Sed si petitor iis servitutibus uti prohibeatur, nihil propterea damni faciet, quoniam ei pronum est, & promptum suo jure actione confessoria agere, & vindicare servitutem sine cessione alterius, propterea quod restitutis prædiis hereditariis servitutes ea tacite consequuntur, quasi perpetuo prædiis adhærentes, ea comitantur, quasi prædiis adhærentes, sive *συνεπόμενα ϰ συναπτὰ τετελεσμένα*, quia simul consequuntur prædia: cohærent prædiis, quæ simul cum prædiis restituuntur: si heres proprio jure habet actiones, quibus vindicet servitutes prædiorum hereditariorum: cedendæ igitur ei non sunt, imo nec ei cedi possunt à possessore prædiorum, vel adversus alium, vel adversus seipsum: *οὐδεὶς ἐγχωρεῖν ἀγωγὴν δύναται καθ' ἑαυτόν. Nemo potest cedere alii actionem in se*, quia & in se nemo habet actionem. Igitur, quia cum agitur de servitutibus nihil eo nomine potest restitui, vel cedi, vel solvi, ideo hæ non veniunt in petitionem hereditatis: sed à vero herede petuntur propria, & speciali actione, id est, confessoria actione.

Ad Leg. XXII. de Petit. hered. *Si & rem, & pretium habeat bonæ fidei possessor, puta quod eandem redemerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In prædone dici-*

dicimus, electionem esse debere actoris: an hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium: an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, & id quod amplius habet ex pretio, restituere debeat, videndum: Nam & in oratione Divi Hadriani ita est: Dispicite patres conscripti, numquid sit æquius, possessorem non facere lucrum, & pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere: quia potest existimari in locum hereditariæ rei venditæ, pretium ejus successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum. Oportet igitur possessorem, & rem restituere petitori, & quod ex venditione ejus rei lucratus est.

CErtum est ex Senatusconsulto, quod factum est de petit. hereditatis, bonæ fidei possessorem, qui eum se existimaret heredem, rem hereditariam distraxit, vero heredi teneri petit. hereditatis, ut quam ex ejus rei pretio pecuniam redegit, ei restituat: sed quid si postea idem eam ipsam rem redemerit longe minori pretio, atque ita nunc habeat & rem, & pretium: si, inquam, redemerit eam minore pretio, fac distraxisse 100. & redemisse 50. quod vilior ea res apud emptorem esset. Quæritur, an liberetur possessor rem restituendo heredi agenti petitione hereditatis, nec cogatur ei restituere pretium, quod pridem tulit ex venditione ejus rei? Hæc est quæstio, quæ à Paulo proponitur in hac lege. Non quæritur, an debeat restituere, & rem, & pretium. Hoc enim esset iniquissimum. Sed quæritur, an possessor se liberare possit restituendo rem, licet viliorem, & deteriorem factam. Et hoc quæritur, ut posui, de bonæ fidei possessore, non de prædone: nam in prædone certum est electionem actori dari, ut vel pretium ab eo petat, vel rem. *In prædone*, inquit, *dicimus electionem esse debere actoris*, ubi videtur legendum, *didicimus*, ut in *l. 19. §. ult.* Idem ait. *ego didici*. At hic, id est, in hac specie de bonæ fidei possessore quæritur, an possessori potius, quam petitori danda sit electio, ita ut si rem hereditariam, quam redemit, paratus sit restituere, licet deteriorem factam, liberetur, nec audiatur actor, si desideret sibi restitui pretium, quod possessor ante redegit ea venditione ejus rei, puta 100. ut posui: quia inverecundum sit tale desiderium, inverecundum scil. est, petitorem totum pretium desiderare à bonæ fidei possessore, qui non ex toto, sed ex parte tantum ejus dimidia, id est, ex 50. locupletior factus est. An vero bonæ fidei possessor restituere ei debet, quod ex ea re hereditaria locupletior factus est, puta rem hereditariam, quam redemit dimidio vilioris, dimidio viliorem factam, & præterea id quod amplius habet ex pretio, puta 50. quæ residua apud eum sunt? Et hoc Paulus ait esse æquius: & comprobat ex verbis orationis Divi Adriani recitatæ in senatu, quam & Senatusconsultum sequutum est, quod proponitur *l. 20. §. 6. sup. hoc tit.* Quod & auctore Divo Adriano factum dicitur in *l. 1. C. eod.* & Senatusconsultum Adrianum appellatur à Græcis in *l. quod si possessor, hoc tit.* Pars orationis hæc est, quam proponit hoc loco Paulus: *Dispicite patres conscripti, numquid sit æquius possessorem non facere lucrum, &c.* Ex quibus verbis intelligimus bonæ fidei possessorem non posse facere lucrum ex venditione rei hereditariæ, sed id, quod fecit reddere omne petitori debere. Præter rem igitur, quam redemit, & id debet restituere actori, quod ex pretio lucratus est, nempe 50. non 100. quia non integra 100. lucratus est, sed partem eorum expendit in redemptionem ejus rei, quam petitori restituit, partem lucratus est. Et potest existimari (inquit eadem oratio) in locum rei hereditariæ venditæ pretium ejus successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum, quatenus scilicet possessor ex eo factus est locupletior: potest existimari, inquit, in hac actione, scil. quæ est de universitate. Idque constitutione Divi Antonini definitum est, *l. si ipsa res, quod met. caus.* & confirmatur *l. qui præter, de usufr. & l. pater, de ann. leg.* In hac, inquam, actione, quæ est de universitate, quæ est de petitione hereditatis, potest existimari pretium succedere in locum rei hereditariæ venditæ, & quodammodo hereditarium fieri. Nec tamen idem potest existimari in actione in rem speciali: Neque enim tenetur in rem actione, qui bona fide ex venditione rei alienæ redactum pretium penes se habet, sed tenetur negotiorum gestorum tantum, *l. ult. sup. de neg. gest. l. 3. C. de rei vindic.* Speciale rei nomen non continet etiam pretium, quod ex ea redigitur. Universitatis autem nomen, puta hereditatis etiam pretia rerum facile complectitur. Summa hujus *l. 22.* hæc est: bonæ fidei possessorem, qui rem hereditariam vendidit, ac deinde viliorem factam viliore pretio redemit, debere rem restituere petitori hereditatis, & hoc amplius, quod apud eum residet ex pretio, quia scilicet eatenus locupletior est.

Ad L. XXIV. eod. *At ubi vi dejectus fuit, non debet restituere pœnam ex eo commissam, quod eam actor habere non potest. Sic nec pœna restitui debet, quam adversarius ei promisit, si ad judicium non venerit.*

SI bonæ fidei possessor vi dejectus fuerit de possessione fundi hereditarii, & priusquam ageret interdicto unde vi adversus eum, qui dejecit, petita ab eo hereditas fuerit quasi à juris possessore, id est, qui habet interdictum unde vi, hoc interdictum petitori cedere debet. Hoc est certissimum, *l. 16. §. Julianus, & l. 40. §. pen. hoc tit.* Sed si priusquam ab eo peteretur hereditas, egerit interdicto unde vi, & possessionem fundi hereditarii reciperavit, & hoc amplius pœnam ex eo commissam, id est, quanti ea res est (Nam & in hoc interdictum venit quidquid damni actor sensit ob id, quod vi dejectus est, sive id omne, quod habiturus erat, si non fuisset vi dejectus, etsi nihil inde prædo lucri fecerit, *l. 1. §. qui vi dejectus, & §. non solum, inf. de vi, & vi arm. l. 4. C. unde vi*) si, inquam, interdicto fundi possessionem reciperaverit, & pœnam, postea conventus petitione hereditatis possessionem quidem, quam reciperavit restituere debet, non etiam pœnam: quia ut Paulus ait in hac l. 24. petitor eam pœnam suo nomine habere non potest, quia ipse vi dejectus non est, neque ex ea re quidquam sensit damni: ideoque nec si possessor ei cesserit interdictum unde vi, eam pœnam habere, aut petere, sed possessionem duntaxat reciperare potest. Et recte in *§. sed ex constitutionibus, Instit. de interd.* hodie ex constit. vim passo præstari duplum, id est, præter restitutionem rei, quæ vi erepta est, quæ vi invasa est, etiam æstimationem ejus rei vim passo esse præstandam, tametsi rei dominus non fuerit. Vim passo, inquit. Non ergo petitori hereditatis, qui nullam vim passus est. Simili autem modo, ut & hoc loco Paulus declarat, si bonæ fidei possessoe egerit cum debitore hereditario, & præter pecuniam debitam ab eo exegerit pœnam, sub qua debitor promiserat ad diem certam judicio sisti, quod ea die non adfuerit ad judicium, quæ pœna desertionis dicitur, *l. si domino, §. 1. si quis caution.* pœna deserti vadimonii, pecunia quidem exacta à debitore hereditario venit in petitionem hereditatis, *l. 25. §. petitio, hoc tit.* sed non & desertionis pœna, quia nec eam petitor habere potest, neque enim ei facta est promissio judicio sistendi causa, sed possessori, atque ideo deserta promissione, non ipse, sed possessor læsus, aut contemptus est. Et ita explicanda est lex 24. Sed videamus, cur bonæ fidei possessor non tantum reddat petitori pretium rei hereditariæ venditæ, ex quo factus est locupletior, sed etiam pœnam, quam exegit ab emptore ob tardius solutum pretium, ex stipulatione eo nomine interposita? Quoniam scilicet vendita re hereditaria certo pretio ab emptore, stipulatus est hoc modo, *si pretium Cal. proximis non solveris, pœnæ nomine tot dari*, non tantum debet restituere pretium, sed etiam pœnam tardius soluti pretii, *l. prox. §. ult. sup.* nimirum, quia ut ait Ulpianus in illo §. in totum, id est, in id omne possessor locupletior factus est, per causam rei hereditariæ venditæ, & illa pœna appendix est pretii, quod habere petitor potest, & debet. Eademque ratio est pœnæ commissi, ut ostenditur in princ. *leg. seq.* Puta si bonæ fidei possessor rem hereditariam sub lege commissoria vendiderit, hoc est, ita ut pretio tardius soluto ad diem condictam inempta res fieret. Hæc est lex commissoria, quæ adjicitur emptioni venditioni. Et hac lege commissa possessor non tan-

Digitized by Google

tantum rem petitori restituere debet, quæ inempta facta est, & ad eum redit, sed etiam id, quod arræ, vel portionis modicæ cujusdam pretii, vel alio nomine ei datum, sive prorogatum est, quia & id lucrator lege venditionis commissa, *l. de lege*, *inf. de lege commissoria*. Id, inquam, omne restituit petenti hereditatem, quia ex eo omni factus est locupletior, & habere id petitor potest. Et hoc est quod est in *l. seq.* lucrum quod sensit lege commissoria præstari oportere.

Ad L. XXVI. eodem. *Quod si oves natæ sunt, deinde ex his aliæ: hæ quoque quasi augmentum restitui debent.*

HIs addamus, quod ex eod. lib. Pauli est relatum in *l. 26. hoc tit.* in hereditatis petitionem etiam venire gregum hereditariorum, aut pecorum partus. Imo & partuum partus, fœtuum fœtus, quia formula actionis hujus hæc est: *si paret hereditatem meam esse*, & hereditatis nomen, quasi universitatis, & juris nomen, & augmentum, & diminutionem recipit, *l. 20. §. item non solum, hoc tit.* Idcirco hæc augmenta in petitionem hereditatis veniunt. Et hoc etiam distat petitio hereditatis à speciali in rem actione: nam fructus, & partus, aut fœtus in petit. hered. veniunt ipsius judicii natura, & potestate, quocunque tempore percepti fuerint, ante vel post litem contestatam, non etiam in judicio in rem speciali, *si paret rem illam meam esse*: quia rei appellatione corpus tantum significatur certum, non jus, non causa omnis. Et ideo in actionem in rem specialem fructus, aut partus non veniunt, nisi qui percepti sunt post litem contestatam: & hi quoque veniunt officio judicis, non judicii potestate, quia petiti non sunt nominatim, *l. 2. C. de pet. hered.* Percepti autem ante litem contestatam nullo modo veniunt in actionem in rem specialem, sed separatim vindicandi sunt, si existent, vel condicendi, si consumpti sint.

Ad L. XXVIII. eod. *Post SC. enim omne lucrum auferendum esse, tam bonæ fidei possessori, quam prædoni dicendum est*,

ADdamus, quod proponitur in *l. 28.* ex SC. sive oratione D. Adriani, omne lucrum auferendum esse possessori alienæ hereditatis, sive bonæ fidei, sive malæ fidei possessor fuerit, etiam inhonestum lucrum, ut *l. 52. inf.* ut si quid redegerit ex locatione cellarum, aut lupanaris, *l. prox. sup.* ne, inquit, *d. lex 52. honesta interpretatio non honesto quæstui adhibita, lucrum possessori faciat*, quasi scilicet non sit æquum inhonestum lucrum petitori restitui, aut non sit honestum id à petitore desiderari: ne, inquam, hæc speciosa, vel specie tenus honesta interpretatio lucrum possessori faciat, sive adferat: ne possessor turpe lucrum retineat, quod fecit, quod potius ei auferendum est, qui turpiter locavit prostibula, & dandum innocenti, puta petitori. Verba orationis, ad quæ respicit Paulus in hac l. 28. hæc sunt: *Æquius esse possessorem lucrum non facere*, *l. 22.* quæ latissime accipiuntur de quocunque lucro, etiam inhonesto. Neque huic sententiæ obstat *lex 5. de usur.* quæ ait, in bonæ fidei judiciis, quale est petitio hereditatis, generaliter observari, ut non recipiant præstationem, quæ contra bonos mores desideretur, id est, præstationem inhonestam, quia etiam in petitione hereditatis non veniunt fructus, aut quæstus, quos malæ fidei possessor inhoneste percipere potuit, nec percepit, sed ii tantum, quos honeste percipere potuit, nec percepit, *l. fructus, inf. de rei vind.* Bonæ fidei judicium, non recipit præstationem accessionum, quæ inhoneste percipi potuerunt, nec perceptæ sunt. At fructus, vel partus etiam inhoneste percepti veniunt in petitionem hereditatis, quia æquius est eos innocentem, quam nocentem habere.

Ad L. XXX. eod. *Julianus scribit, actorem eligere debere; utrum sortem tantum, an & usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atquin secundum hoc non observabimus quod senatus voluit: bonæ fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit: quid enim, si pecuniam eligat actor, quæ servari non potuit? Dicendum itaque est in bonæ fidei possessore hæc tantummodo eum præstare debere, id est, vel sortem, & usuras ejus, si eas perceperit, vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris.*

POssessor hereditatis, quæ ad alium pertinebat, pecuniam hereditariam alii credidit, eamque certa die sibi solvi, & quo tardius sibi solveretur, ejus sibi usuras dari stipulatus est. Quæritur, an electionem habeat verus heres, instituta adversus eum petitione hereditatis, utrum sortem duntaxat, id est, pecuniam creditam accipere velit, si eam possessor perceperit: aut si non perceperit, utrum sibi cedi velit sortis tantum repetitionem periculo possessoris, quia eam credidit, id est, ea lege, ut si nihil à debitore propter innpiam ejus consequi possit, integra ei sit adversus possessorem petitio sortis, an vero & sortis & usurarum sibi actiones cedi velit suo periculo, id est, possessoris? Et ut refert Paulus, Julianus quidem scribit electionem esse debere actoris: quæ tamen Juliani scriptura, si generaliter accipiatur, falsa est; si specialiter, vera. Pleraque generaliter, & indistincte scripta, falsa sunt, quæ distincte, & specialiter scripta, sunt vera, argumento *legis moris, §. sunt autem, de pæn.* In prædnne quidem si cum eo agatur, justum est electionem illam actori dari, *l. 22. sup.* cum qua hæc conjungenda videtur, & in specie *legis 20. §. petitam, sup. hoc tit.* In prædone, inquam, æquum est electionem illam actori dari, qui cum prædone agit petitione hereditatis, non si agat cum bonæ fidei possessore, qui utique debet esse melioris conditionis, quam prædo, sive malæ fidei possessor, & certe ex SC. Adriano bonæ fidei possessor eo usque duntaxat tenetur, quo locupletior est factus: *& ideo debere* (hæc sunt verba Senatusconsulti) *hæc tantummodo præstare*. Eo igitur, cui bonæ fidei possessor pecuniam hereditariam credidit, redacto ad inopiam, ipse acturi ejus pecuniæ nomine non tenetur, quia ex ea non est factus locupletior. Denique sortem tantum, & usuras præstare actori debet, quas ab eo debitore accepit, vel si minus, aut nihil percepit, actori satis est, si ei cedat actiones, sive nomina periculo ejus, periculo actoris in id, quod adhuc ex sorte, & usuris debetur: ut plerumque nomina cedi solent periculo, & sumptibus cessionarii, *l. 14. in fi. de ser. corr. l. 17. in fi. hoc tit.* Ipse bonæ fidei possessor periculum nominum, quæ fecit bona fide, agnoscere non debet. Cæterum, ut dixi, cedere debet petitori nomina, sive actiones, quia verus heres, idemque petitor adversus debitorem, qui non hereditarius, sed possessoris debitor est, nullam actionem habet, ne utilem quidem. Idcirco cedenda ei, sive mandanda est, aliter quam si quis actionem, sive nomen emerit, aut pignori acceperit, cui adversus debitorem constat competere utilem actionem, sine cessione, *l. 20. de pign. l. postquam, C. de hered. vend. l. 2. C. de obligat. & act.* Nomina vocat hoc loco cautiones fœneratitias, usurarias cautiones, ut *l. ult. in princ. C. de pact. convent. sup. dot.* D. Hieronymus in Esajam cap. quinquagesimo octavo; *Nomina*, inquit, *quæ vulgo appellant cautiones*. Qui hæc nomina alii cedit, certe & actiones cedit.

Ad L. XXXII. eod. *per servum adquisitæ res heredi restituendæ sunt: quod procedit in hereditate liberti, & cum de inofficioso agitur, cum interim in bonis esset heredis.*

PEtitione hereditatis tenetur, qui pro herede jus, aut rem hereditariam possidet, tametsi heres non sit: sed putet se esse, vel etiam sciens se heredem non esse, contendat tamen, se heredem esse, & petitori faciat controversiam hereditatis, *l. 11. & 12. h. tit.* Imo vero, & nonnumquam, qui cum revera esset heres, puta justo testamento scriptus pro herede possidet, hac actione tenetur, videlicet, si rescisso testamento, quod ab initio justum fuit, ab intestato hereditas vindicetur, quod evenit duobus casibus, qui in hac lege proponuntur. Unus hic est, si patronus fuerit præteritus testamento liberti, & in eo ex-

tra-

Digitized by Google

traneus heres scriptus, qui nunc possidet hereditatem, & patronus ex causa præteritionis petierit bonorum possess. cont. tabul. liberti, & per eam resciderit testamentum liberti. Nam bon. possessio cont. tabul. testamentum rescindit, *l. 1. de leg. præst. l. ut liberis, C. de collat.* Hoc casu heres scriptus, idemque possessor hereditatis justus, patrono, qui rescidit testamentum, tenetur veluti ab intestato possessoria hereditatis petitione, ut ei restituat hereditatem; quamvis ab initio eam nactus fuerit optimo jure ex justo testamento, eodemque jure eam possederit. Alter casus hic est, si filius exheredatus testamento patris, quod nihilominus testamentum omnino justum est, adversus extraneum heredem scriptum, eundemque possessorem, agat querela inofficiosi testamenti, sive petitione hereditatis de inofficioso testamento (sic appellatur in *l. si quis filiumfam. C. de inoffic. test.*) & obtineat, atque ita rescindat testamentum patris in totum, quia testamento rescisso heredem scriptum, eundemque possessorem excludit, & veluti ab intestato patri succedit, quia per querelam patrem intestatum facit. Et his duobus casibus, quibus petitione hereditatis recte agitur adversus heredem, adversus extraneum, justo testamento heredem scriptum, si vincatur heres scriptus, debet restituere petitori, non tantum res hereditarias, sed & res sibi non ex re sua adquisitas per servum hereditarium, quum, inquit, interim in bonis esset heredis. *Cum*, pro *quia*, id est, quia is servus interim nondum testamento rescisso in bonis fuit heredis scripti, ejusdemque possessoris, & ideo quidquid interim adquisivit, id ei adquirit. Heredis igitur, id est, heredis scripti, ejusdemque possessoris, ut in *l. seq.* & paulo supra: similiter heredi, id est, heredi scripto, eidemque possessori. Dixi quidem eum heredem scriptum debere restituere quod interim non ex re sua quæsivit per servum hereditarium. Dixi non ex re sua, ut *l. præterea, inf. de rei vindic.* quia quod ex re heredis scripti servus hereditarius interim ei adquisivit, sane in restitutionem, sive in petitionem hereditatis non venit, *l. seq. in princ. hoc tit.* Si modo bonæ fidei possessor fuerit, *l. qui bona, de adquir. rer. dom. l. 19. de donat. inter vir. & uxor.* Quid autem sit ex re, declarat Theophilus in *§. de iis, per quas person. nobis adq. & l. ex re fructuarii, de usufr.* Quod ergo heres scriptus quæsivit per servum hereditarium ex re sua, id non restituit petitori. At quæritur, an etiam ea, quæ adquisivit ex operis servi, non veniant in restitutionem? Et sane hæc videntur esse restituenda actori, quia lex sequens excipit tantum ea, quæ ex re possessoris heredis scripti servus adquisivit, non etiam ea, quæ adquisivit ex suis operis. Et Accursius in ea sententia est, ut quod adquisivit ex operis restitui debeat petitori hereditatis. In eadem sententia est Græcus interpres subtili ratione motus, quia heres scriptus hereditatis proprie, non servi hereditarii possessor fuerit, adeo ut nec eum usucapere potuerit: nemo enim aliud possidendo aliud usucapere potest, vel potius non potest id usucapere, quia interim in bonis ejus est, ut hoc loco Paulus ait.

Ad L. XXXIV. eod. *Filiifamilias militis puto peti posse hereditatem ex testamento nobis obvenientem.*

Ad §. Si servus, *vel filiusfamilias res hereditarias teneat: à patre, dominove peti hereditas potest, si facultatem restituendarum rerum habet. Certe si pretium rerum hereditariarum venditarum in peculio servi habeat, & Julianus existimat posse à domino, quasi à juris possessore, hereditatem peti.*

QUod est initio hujus legis, est apertissimum, hereditatem peti posse ex testamento filiifa. militis, quo testatus est de castrensi peculio, ab herede scripto; scilicet instituta hac actione adversus patrem, vel alium quemcunque, qui castrensia bona possidet pro herede, vel pro possessore: nam ex privilegio militiæ, quod dedere constitutiones principum, castrense peculium hereditas intelligitur esse filiifa. si de eo testamentum fecit, quod & scripti heredis aditione confirmatum est, *l. 2. in fi. hoc tit. l. 2. §. item si filiusfamil. famil. ercisc. l. 18. de stip. serv. l. si filiusfam. ad leg. Aquil.* Post hæc additur in h. l. si filiusfamilias, aut servus res hereditarias teneat pro herede, vel pro possessore, dominum, vel patrem, si earum restituendarum facultatem, & copiam habeat, suo nomine recte conveniri petitione hereditatis, non de peculio, ut in *l. 36. inf.* Quia eas res ipse dominus, vel pater tenere, vel possidere intelligitur. Idemque est, si pretium rerum hereditariarum venditarum servus habeat in peculio, quia scilicet quidquid servus habet in peculio, id dominus intelligitur habere in suo patrimonio. Denique possidere intelligitur pretium, quod servus habet in peculio. Et tenetur ergo petitione hereditatis quasi rei possessor, sive pecuniæ hereditariæ, non quasi possessor juris. Quod tamen huc loco perperam adscriptum est his verbis, *quasi à juris possessore*, quæ verba irrepsisse videntur ex *l. seq.* quæ recte quidem ait, *si nondum pretia rerum hereditariarum servus consequutus sit, à domino peti hereditatem posse, quasi à juris possessore*, quia habet actionem ex vendito sibi per servum adquisitam, etiam invito, & ignoranti, *l. servus vetante, de verb. oblig. l. quemadmodum, de jure dot.* quam actionem ubique victus cedere petitori debet. At in proposita specie legis trigesimæ quartæ, quum pretium redactum ex venditione rerum hereditariarum servus in peculio habet, hereditas petitur à domino, quasi à rei, sive pecuniæ possessore, non quasi à juris possessore, quia rem, non jus possidere intelligitur. Et hoc tantum notandum est ad hanc legem.

Ad L. XXXVI. eod. *Si à domino, vel à patre, qui pretia possidet, hereditas petatur; an filio, vel servo mortuo, vel servo manumisso, vel emancipato filio intra annum agi debeat? & an debitum sibi dominus, vel pater deducere possit. Julian. verius esse ait, id quod Proculus quoque respondit, perpetuo actionem dandam: nec deduci oportere id, quod ipsi debetur: quia non de peculio agatur, sed hereditas petatur: hæc recte, si pretia habeat servus, vel filiusfamiliar. Quod si propterea hereditas petatur à domino, quod servus debitor fiat, perinde haberi debebit, atque si de peculio ageretur. Idem dicendum Mauricianus ait, etiam si pecuniam ex pretio præceptam servus, vel filius consumpserit, sed alias ex peculio ejus solvi potest.*

Ad §. Sed & à filiofamil. *peti hereditatem posse non est dubium: quia restituendi facultatem habet, sicut ad exhibendum: multo magis dicimus posse peti hereditatem à filiofamil. qui cum paterfamilias esset, & possideret hereditatem, adrogandum se præstavit.*

Ad §. Si possessor *hereditarium servum occiderit, id quoque hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem debere eligere utrum velit sibi eum condemnari: ut caveat se non acturum leg. Aquil. an malit, integram sibi esse actionem legis Aquiliæ, omissa ejus rei æstimatione à judice. Quæ electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus: nam si postea, ipsius actio propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem.*

Ad §. Si prædo *dolo desisset possidere: res autem eo modo interierit, quo esset interitura, & si eadem causa possessionis mansisset: quantum ad verba Senatusconsulti, melior est caussa prædonis, quam bonæfidei possessoris: quia prædo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adjectum esset, si res interierit. Sed non est dubium, quin non debeat melioris esse conditionis, quam bonæ fidei possessor. Itaque & si pluris venierit res, electio debebit esse actoris, ut pretium consequatur: alioquin lucraretur aliquid prædo.*

Ad §. Quo tempore *locupletior esse debeat bonæ fidei possessor, dubitatur. Sed magis est, rei judicatæ tempus spectandum esse.*

Ad §. Fructus *intelliguntur deductis impensis, quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in prædonibus, sicut Sabino quoque placuit.*

CÆterum ed eandem quæstionem pertinet magna pars l. 36. quæ est ex eodem libro. Ut initium intelligamus,

Digitized by Google

mus, sciendum est, actionem de peculio, qua dominus tenetur ex negotiis à servo cum aliis gestis, vel qua pater tenetur mortuo servo, vel filio, aut manumisso servo, vel emancipato filio: non perpetuam, sed annuam actionem esse de peculio post mortem filii, aut servi, vel post manumissionem, aut emancipationem, in patrem, vel dominum esse annuam ex edicto, *quando de peculio actio ann. sit*. Et in ea actione de peculio quidem, quod est notissimum, ante omnia patrem, vel dominum deducere, quod sibi filius, vel servus naturaliter debuit, idque sibi solvere prius, ex residuo pro modo debiti satisfacere actori: longe alio jure est petitio hereditatis: nam petitio hereditatis est actio perpetua, *l.7. C. eod.* l.8. *C. de jure delib. l.4. C. in quibus caus. long. temp.* Nec in petitione hereditatis quidquam detrahitur, deducitur, vel excipitur ab eo, cum quo agitur. Unde quæritur initio legis 36. an mortuo, aut manumisso servo, vel mortuo, aut emancipato filiofamilias, si dominus, vel pater possideat pretia rerum hereditariarum, quæ servus, vel filius in peculio habuit, an intra annum dumtaxat agi cum eo debeat: & an deducere possit, quod sibi servus, aut filius debuit? Et ex Juliano Paulus scribit, recte cum patre, vel domino eo nomine perpetuo agi posse nulla facta deductione: quia petitione hereditatis convenitur, non actione de peculio. Et ab hac sententia excipitur tantum unus casus, si ipsa actio de peculio deducatur in petitionem hereditatis, quia in eam deducitur cum sua causa, suave natura, ut & alia quælibet actio si qua veniet in petitionem hereditatis, ut *l. 14. in princ. de serv. corrupt. l.20. §. cum prædiximus, sup. hoc tit.* Hoc igitur casu, quum actio de peculio deducitur in petitionem hereditatis, petitio hereditatis assumit naturam actionis de peculio, petitio hereditatis [illegible] anno post mortem, aut manumissionem servi, & in ea deducitur, quod patri, vel domino debetur: exempli gratia, si cum patre, vel domino agatur petitione hereditatis, quasi cum juris possessore, id est, quasi cum debitore hereditario, de peculio duntaxat, propterea quod servus ejus, vel filius debitor fuit hereditarius ex contractu, vel ex negotio gesto, forte ob consumptam pecuniam, quam redegerat ex pretio rei hereditariæ, quem postremum casum adjecit Mauritianus ad Julianum. Tres sunt loci in jure, in quibus citantur Mauritiani Notæ ad Julianum. Unus hic est. Alter in *l.7. de pact.* Tertius *in l. adhuc, D. de usufr.*

AD *§.Sed & à filiofam.* His additur, & hic est finis, in *§.1. h.l.36.* non tantum à patre peti hereditatem posse, si filiusf. rem hereditariam teneat, sed etiam à filio, si restituendæ ejus filius facultatem habeat: à servo non potest, quia cum servo nullum est judicium, sed à domino tantum. Filio autem possidente, vel à patre, vel à filio, si filius restituendæ ejus facultatem habeat. Nam ut actione in rem speciali, *l.officium, in fin. de rei vindic.* ita petitione hereditatis omnes tenentur, qui tenent rem hereditariam, & restituendi facultatem habent. Et multo magis, ut ait, petitione hereditatis tenetur filiusfamil. qui cum esset paterfamil. ea teneri cœpit possessia rebus hereditariis, ut puta, si postea se adrogandum dedit, atque ita ex patrefamil. filiusfam. factus sit, quia & si adrogatione capite minutus sit mutata familia, tamen ex edicto de capite minutis perinde tenetur ex antegesto, atque si capite minutus non fuisset, iisdem scilicet actionibus, quibus tenebatur ante capitis deminutionem, id est, antequam ex patrefam. fieret filiusfam.

AD *§.Si possessor.* Exposui initium *l.36.* quæ aptanda erat legi 34. & quæstionem etiam *§.sed & à filiof.* ejusdem leg. Nunc venio ad *§. si possess.* Sicut ante docuit Paulus actionem de peculio venire, & deduci posse in petitionem hereditatis, puta si servus debitor hereditarius fuerit ex aliquo contractu, quia ex ea causa dominus heredi jure prætorio tenetur actione de peculio, atque etiam petitione hereditatis quasi possessor juris: Ita nunc docet in hoc *§.* actionem legis Aquiliæ venire posse in petitionem hereditatis, ut puta si sit possessor malæ fidei: Nam hoc tantum poni potest in possessore malæ fidei, quia possessor bonæ fidei, quem possidet hominem injuria non occidit, sed suo jure, quum existimat se suo jure uti. Sed si malæ fidei possessor servum hereditarium occiderit, quia injuria damnum dedit, actio legis Aquil. potest deduci in petitionem hereditatis, non quidem in duplum, etiamsi possessor inficietur se occidisse, sed in simplum tantum, prout actio legis Aquil. origine sua est in simplum tantum, non prout ex accidenti crescit in duplum reo in litis contestatione inficiante se occidisse, *l.20. §.quum prædiximus, sup. hoc tit.* Quod memini me latius exponere lib. superiori ad *leg.14. de serv. corr.* Cæterum ut hic ostenditur, eligere petitor potest, si hoc malit, actionem legis Aquiliæ in simplum, & duplum ab inficiatore exigere omissa petitione hereditatis, ut *l.non solum, & l.seq. de rei vind.* Verum eligentem petitionem hereditatis consequi posse simplum duntaxat: nam cur non egit lege Aquilia in duplum? Ac præterea cavere debere, si eligat petitionem hereditatis, ut diximus, se non acturum lege Aquilia. De possessore loquitur Paulus, qui servum hereditarium occidit. Servus hereditarius dicitur ante aditam hereditatem, qui nondum habet dominum. Post aditam autem hereditatem non dicitur servus hereditarius, quia jam habet dominum, sed servus heredis. Et hic si occisus fuerit à possessore, actio quidem legis Aquiliæ heredi competit, sed non etiam petitio hereditatis, quia ille eo nomine debitor est hereditatis, non debitor hereditarius. Actio est heredis propria, non actio hereditaria: actio cœpit ab herede, non à defuncto, non ab hereditate jacente. Ideoque in petitionem hereditatis venire non potest, *l.16. §. non solum, l.19. §.quod si pro empt. hoc tit.* Et competit igitur heredi tantum actio legis Aquiliæ. Tenetur quidem possessor malæ fidei petitione hereditatis ad servum restituendum, vel ejus æstimationem, quem injuria occidit, ut & Joannes adnotavit hoc loco: non tamen tenetur etiam petitione hereditatis ad sarciendum damnum injuria datum post aditam hereditatem, in quantum potest conveniri, actione legis Aquiliæ, quia hoc casu non potest actio legis Aquiliæ deduci in petitionem hereditatis. Præterea dicit Paulus occiso servo hereditario, heredem, qui postea hereditatem adivit, eligentem petitionem hereditatis, cavere debere, se non acturum lege Aquilia, quia f[illegible]d. in locum actionis ex lege Aquilia petitio hereditatis succedit, aliter quam si ex uno eodemque facto commodati sit actio, & legis Aquiliæ, ut si qui ruperit vestimenta sibi commodata, qui eo nomine si conveniatur actione commodati, actor cavere ei non debet, se non acturum lege Aquil. Imo & cum eo adhuc actione legis Aquil. experiri potest in id, quod amplius in ea est, *l. qui servum, de obl. & act.* Quare? quia actio commodati non succedit in locum legis Aquiliæ: sive quia actio legis Aquil. non inest actioni commodati: actio autem legis Aquil. inest petitioni hereditatis: quandoquidem ideo agitur petitione hereditatis cum eo, qui servum hereditarium occidit, quod ex causa legis Aquil. debitor sit hereditarius, sive juris hereditarii possessor.

AD *§. Si prædo.* Prædo, id est, malæ fidei possessor est, qui invasit bona, quæ sciebat ad se non pertinere. Finge, servum hereditarium dolo malo desiit possidere, priusquam conveniretur petitione hereditatis, nempe eum alii vendidit, & cum esset tantum dignus 20. eum pluris vendidit, puta 30. Servus autem interiit apud emptorem suo fato, sua morte, & eo modo, quo interiisset apud prædonem, si eum non distraxisset, interiit; ut Græci ajunt, *κατ' φυσικὴν φθορὰν, κατ' οἰκείαν μοῖραν*. Quæritur an electio sit actoris, ut vel ab eo prædone petat verum pretium servi petitione hereditatis, id est, 20. an id, quod ab emptore accepit, quod triplo superat verum pretium, id est 30. Et ex verbis SCti. Adriani videtur non esse electio actoris, sed audiendum esse prædonem, si velit præstare verum pretium: quia senatus voluit prædonem, qui dolo malo desiit possidere, perinde damnari, quasi possideret indistincte, eo non distincto quid fieri oporteat, si servus interierit, vel alia res hereditaria, quam dolo malo desiit possidere: atqui si servum

vum possideret; isque interiret apud eum sine dolo malo ejus, verum pretium duntaxat præstare teneretur, *l.20.§. ult. h.t.* Ergo audiendus videtur etiam apud emptorem mortuo, si verum ejus pretium præstare velit, id autem, quod accepit ab emptore, quod est longe majus, præstare recuset. Contra vero, ut eleganter disputat Paulus in hoc §. sed egebat interpretatione, contra, inquam, facta comparatione bonæ fidei possessoris cum prædone, concludit electionem esse actoris, ut aut verum servi pretium petat, si eo contentus sit, aut id, quod prædo ex ejus venditione redegit: quia eadem electio ei datur adversus bonæ fidei possessorem, servo hereditario vendito, & mortuo sua morte apud emptorem, si ex pretio sit locupletior, quod ex venditione redegit, ut plane significatur his verbis SC. quæ sunt de bonæ fidei possessore, *& si res ante petitam hereditatem deperissent*. Non debet autem prædo esse melioris conditionis, quam bonæ fidei possessor, *l.non solum, de nox. act.* Si igitur hæc electio datur actori adversus bonæ fidei possessorem, & danda est multo magis adversus prædonem. Denique ex mente SCti. & ducto argumento ex comparatione, *ἐκ συγκρίσεως* bonæ fidei possessoris cum prædone, re à prædone vendita majore pretio, & perempta apud emptorem, eadem electio actori danda est, ne prædo quidquam lucretur, id est, ne lucretur decem, quanto pluris rem hereditariam vendidit: si omne lucrum bonæ fidei possessori auferendum est, quod propter hereditatem accepit, & multo magis prædoni, *l.28. h.t.* Ex diverso igitur re vendita minore pretio, & perempta apud emptorem, actor verum pretium eligere, & in petitionem hereditatis deducere potest, quoquo cum possessore agat. Et hæc est sententia *§. si prædo.*

AD *§.pen.* In hoc §.quæritur, quia ex SCto. bonæ fidei possessor in id duntaxat tenetur, in quo locupletior factus est: Quæritur, inquam, quo tempore spectandum sit, quatenus locupletior factus sit, utrum tempore litis contestatæ, an tempore rei judicatæ? Et ait, rei judicatæ tempus spectandum esse: ergo plane negat, quod asserit glossa, nescio quo ore, litis contestatæ tempus spectandum esse. Magis est, inquit, rei judicatæ tempus spectandum esse. Non ergo litis contestatæ tempus. Verumtamen si quid dolo malo post litem contestatam desierit possidere, fateor perinde eum damnari, atque si id possideret rei judicatæ tempore, licet ex eo non factus sit locupletior, *l. 25. §. si ante, h. t.* Ratio autem ejus responsi pendet ex formula judiciorum bonæ fidei, quorum ex numero etiam est petitio hereditatis. Qua quidem formula intentio actoris, aut litis æstimatio omnis confertur in id, quod ex bona fide, sive ex bono, & æquo judex arbitrabitur. Ergo confertur ad tempus rei judicatæ, ac proinde tempus rei judicatæ spectandum est. Contra in strictis judiciis formula refertur ad præsens tempus, quo sc. agitur, quo lis contestatur, non ad futurum *rei judicatæ* tempus. Ideo recte dicitur in *l.3. §. in hac, commod.* in bonæ fidei judiciis quanti res sit, rei judicatæ tempus spectari, quod & confirmat *l. rei judicatæ, sol. matrim.* quæ est etiam de actione bonæ fidei, nempe rei uxoriæ: In strictis vero judiciis spectari tempus litis contestatæ.

Ad L.IV. de Excep. *In pupillo, cui soluta est debita pecunia sine tutoris auctoritate, si quæratur an doli exceptione summoveri debeat, illud tempus inspicitur, an pecuniam, vel ex ea aliquid habeat, quo petit.*

AT quod notandum maxime est, huic §. pen. videtur Paulus adjecisse, quod ex hoc ipso libro relatum est in *l.4. de except.* ut intelligeremus aliam rationem esse pecuniæ à debitore pupillo solutæ sine tutoris auctoritate, quam si postea pupillus petat, quasi non liberato debitore, nec recte facta solutione sine tutoris auctoritate, ita demum repellitur exceptione doli mali, si ex ea pecunia locupletior sit eo ipso tempore, quo petit, id est, tempore litis contestatæ, licet tempore rei judicatæ eam perdiderit, dissipaverit, quia agendi causa ab initio defecit, propterea quod ab initio litis ex ea pecunia locupletior fuit. Alioquin si non esset locupletior, petenti non obstaret exceptio doli mali, *l.in pupillo, de solut.* Eademque ratio est negotiorum pupilli gestorum sine tutoris auctoritate: Nam si cum eo agatur negotiorum gestorum, spectamus eo tempore, quo agitur, id est, quo lis contestatur, an ex ea re factus sit locupletior. Nam si eo tempore locupletior factus sit, condemnatur, ut reddat gestori impensas, & cætera, quæ venire possunt in contrariam actionem negotiorum gestorum: sin minus, absolvitur, *l.litis, de negot. gest.* Eadem quoque ratio est pecuniæ creditæ filiosam. contra SCtum. Macedonianum, cujus petitio nulla est, nisi tempore petitionis, sive litis contestatæ ex ea pecunia locupletior factus inveniatur, *l.34. de minorib. & d. l.in pupillo, in fin.* Hoc enim casu pecunia peti ab eo potest, quia tempore litis contestatæ ex ea locupletior est, etiam si rei judicatæ tempore eam absumpserit male, quia satis est ab initio fuisse justam agendi causam. Nunc revertor ad §.ult.l.36.

Ad §. ult. L. XXXVI. de Pet. her.

IN §. ult. agitur de fructib. rerum hereditariarum, quos etiam constat venire in petitionem hereditatis. Si cum bonæ fidei possessore agatur, primum venire fructus omnes, qui percepti sunt ante motam controversiam, si ex eis locupletior factus fuerit, puta si extent, non si consumpti sint bona fide. Non venire autem fructus, quos ante motam controversiam bonæ fidei possessor percipere potuit, nec percepit, id est, non venire fructus percipiendos, sed tantum perceptos extantes. Post motam autem controversiam venire perceptos, & etiamsi bonæ fidei possessor ex eis locupletior factus non fuerit, atque etiam eos, quos honeste percipere potuit post motam controversiam, nec percepit, quia post motam controversiam, omnes possessores pares sunt. Et post motam controversiam, qui ante bonæ fidei possessor erat, prædoni comparatur. Et si agatur cum prædone petitione hereditatis, omnes fructus rerum hereditariarum veniunt quocunque tempore percepti, etiamsi ex eis locupletior factus non fuerit, etiam percepti ante motam controversiam, & ii quoque fructus, qui quoquo tempore honeste percipi potuerunt, quod ipsum fuit de fructibus Senatusconsulto etiam expressum, *l.25. §. quod autem, l.40. §. prædo, inf. hoc tit. l. 1. C. eod. l. fiscus 2. de jure fisci, l. heredem, & l. seq. de iis, quibus ut indig. l. 4. §. post litem, fin. regund.* Et ita in habenda ratione fructuum, aut in facienda restitutione fructuum, differentia est inter prædonem, & bonæ fidei possessorem. Hoc tamen est commune, ut ostendit in hoc §. inter prædonem, & bonæ fidei possessorem, quod quoa fructus restituere tenentur, ex eis prius debent deducere impensas factas eorum quærendorum, colligendorum, aut conservandorum causa. Idque naturalis ratio postulat, ut fructus ii tantum esse intelligantur, qui supersunt deductis sumptibus fructuum redigendorum causa factis, ut *l. 4. de oper. serv. l.fructus, sol.matrim. l. 1. C. de fruct. & lit. exp.* Impensas fructuum redigendorum deminuere fructus, *l. quod in fructus, de usur.* nullum casum intervenire posse, qui hoc genus deductionis impediat, *l. fundus, qui dotis, fam. ercisc.* quod ibi *ὑπερβολικῶς* dictum est, *nullum casum*, quia extat unus casus in *l. ult. C. de fundis rei privatæ, lib. 11.* quo is, qui emit fundum rei privatæ principis, fundum restituit, & fructus omnes non deductis impensis. Et verum est etiam, quod hic notat Accursius, decimas fructuum deberi, non deductis impensis, non tantum ex *cap. pastoralis*, quod adducit; sed & ex *cap. quod à nobis, extra de decimis*. Quo argumento potest dici colonum partiarium, *mestayer*, domino præstare debere partem fructuum, de qua convenit, non deductis impensis, quæ est hoc loco Alberici sententia. Et hoc jure utimur. Sed repugnat lex *si merces, §. vis major, loc.* quæ ait, colonum partiarium, qui partibus, non nummis colit, quasi jure societatis lucrum, & damnum cum domino partiri. Et utique hac in re id potius sequendum est, quod agitur inter contrahentes, vel quod agi intelligitur. Nam quod agi intelligitur

pro

pro cauto habetur, *l. 3. de rebus cred.* vel si non appareat A
quid actum sit, sequimur id, quod in ea regione, in qua
contractum est, frequentatur, *l. 34. de reg. jur.* At regu-
lariter fructus semper deduci intelliguntur deductis impen-
sis fructuum gratia factis. Et retro, quod addi velim,
etiam impensæ intelliguntur, quum de eis restituendis agi-
tur, quas quis fecit in rem alienam. Impensæ, inquam,
intelliguntur deductis fructibus perceptis. Deductis fru-
ctibus, quos ex re aliena; in quam impensas fecit, perce-
pit, nisi scilicet aliud suadeat voluntas testatoris, ut in
l. quibus. §. 1. de cond. & demonstrat. Restat tantum hæc in-
spectio, an in aliis impensis, quæ non fiunt fructuum cau-
sa, sit differentia inter prædonem, & bonæ fidei possesso-
rem. In his, quæ fiunt fructuum causa, nulla est differen-
tia, si bene fructus provenerint: nam fructus compensan-
tur cum impensis, pro eorum modo, & quantitate. At si B
nulli fructus provenerint, parva quidem differentia est in-
ter prædonem, & bonæ fidei possessorem, quia bonæ fidei
possessor impensas factas fructuum causa, si nihil fructuum
perceperit, petitori reputare potest, non etiam prædo, *l. seq.*
In aliis impensis, quæ non fiunt fructuum causa magna
est differentia inter prædonem, & bonæ fidei possessorem.

Ad LXXXVIII. eod. *Plane in cæteris necessariis, & utili-
bus impensis posse separari, ut bonæ fidei quidem possesso-
res has quoque imputent: prædo autem de se queri debeat,
qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est in
hujus quoque persona haberi rationem impensarum: non
enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere, & id
ipsum officio judicis continebitur: Nam nec exceptio doli* C
*mali desideratur. Plane potest in eo differentia esse: ut
bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat,
licet res non extet, in quam fecit: sicut tutor, vel curator
consequuntur: prædo autem non aliter, quam si res melior sit.*

Diximus de impensis factis fructuum serendorum, aut
percipiendorum, aut condendorum gratia, eas na-
turalem rationem exigere: vel, ut ait Paul. satis nove, ex-
postulare, ut deducere liceat tam malæ fidei, quam bonæ
fidei possessoribus, qui eas fecerunt ex fructib. quos cum
possiderent hereditatem ad se non pertinentem, percepe-
runt, & conventi petitione hereditatis, actorib. veris he-
redib. restituere coguntur: in deductione earum impensa-
rum ex fructibus, sive compensatione, pares esse omnes
possessores, sive sint bonæ fidei, sive malæ fidei. At im- D
pensis factis fructuum causa, nec ullis fructibus perceptis
ob calamitatem illatam terris vi divina, tum non esse pa-
res. Bonæ enim fidei possessorem impensas imputare, quas
fecit fructuum causa, ei, qui hereditatem vindicat, si nul-
li fructus pervenerint: Malæ fidei possessorem, sive præ-
donem non item: quia donasse eas impensas videtur, qui
sciens se possidere fundum alienum, eas fecit in eum fun-
dum. Sicut & is, qui cum non possideret fundum alienum
sciens, ultro, forte lascivia quadam, segetem maturam de-
secuit suis sumptibus, neque eam asportavit secum, do-
nasse videtur eos sumptus domino fundi, *l. 27. §. si oli-
vam, ad l. Aquil.* Et his duobus casibus malæ fidei posses-
sor, qui eos sumptus fecit, neque petitionem eorum habet,
neque retentionem, quia fructus non tenet, per quorum
retentionem eos sibi servare possit: dicamus modo de im- E
pensis factis non fructuum redigendorum causa, sed ipsa-
rum rerum hereditariarum gratia. Ex his impensis aliæ sunt
necessariæ, aliæ utiles, aliæ voluptariæ, sive voluptuosæ,
quæ quales sint definitionibus, aut exemplis declaratur in
l. seq. & in *l. 1. l. 5. §. ult. l. 6. & 7. & l. propen. de imp. in reb.
dot. l. impensæ, de verb. sign. & ab Ulp. lib. sing. regul. tit. de
dotib.* Et in necessariis quidem, aut utilibus impensis vi-
detur magna esse differentia inter prædonem, & bonæ fidei
possessorem: nam bonæ fidei possessor eas petitori impu-
tare potest, & deducere, antequam ei bona hereditaria re-
stituat. Prædo eas sibi potius imputare debet, non petito-
ri, quia ei culpæ verti potest, quod temere impensam
fecerit in eas res, quas sciebat ad se non pertinere. Et ita est

proditum in speciali in rem actione, *§. certe illud, Instit. de
rer. divis.* Quod trahi potest ad petitionem hereditatis:
namque hac in re nullum invenio esse discrimen inter
actionem in rem specialem, & petitionem hereditatis. Ve-
rum hæc sententia, quæ differentiam constituit in hac re
inter prædonem, & bonæ fidei possessorem, & speciem
juris summi habet, quasi nimis dura temperanda est eo
modo addito, qui est in *l. 38.* Benignius scilicet, & huma-
nius esse, non minus prædonem, quam bonæ fidei posses-
sorem impensas necessarias, & utiles petitori imputare,
quatenus petitor ex eis factus est locupletior, ut & l. 37.
de rei vind. indicat illo loco: *Nisi forte quis dicat malæ fidei
possessori prodesse exceptionem doli ad servandas illas impen-
sas.* Malæ fidei possessori, inquit, de damno sollicito,
quia non debet petitor ex aliena jactura lucrum facere.
Hæc est naturalis, & benigna ratio, quæ efficit, ut prædo
petitori reputare possit necessarias, vel utiles impensas, ne
petitor ex ejus damno locupletetur. Hæc ratio minus ini-
quitatis habet, quam illa, quæ dicit (est enim hic confli-
ctus duarum rationum) prædonem de se queri debere, qui
temere sciens in rem alienam impendit. Hæc, inquam,
posterior ratio minus iniquitatis habet, minus iniqua est,
ac proinde amplectenda est juxta regulam *l. 220. de reg. jur.*
Concludamus igitur, adhibita benigna interpretatione,
has impensas quemlibet possessorem, sive bonæ fidei, sive
malæ fidei, petitori imputare, & deducere posse. Quibus
remediis duob. vel per retentionem rerum hereditariarum,
in quas impensæ factæ sunt, opposita exceptione doli
mali, vel etiam omissa ea exceptione, quia in judiciis bo-
næf. quale est judicium petitionis hereditatis, tacite inest
exceptio doli mali, *l. sed & si ideo, sol. matrim. l. hujusmo-
di, §. qui servum, de leg. 1.* Omissa, inquam, ea exce-
ptione, quæ omitti potest facile, cum insit tacite judicii
bonæ fidei potestate, id vel bonæfid. vel malæ fidei possess.
obtinere potest officio judicis, ut *l. ult. inf.* Sane perpe-
ram DD. omnes, quos saltem legi, hoc loco exceptionem
doli dant bonæf. possess. tantum, non prædoni. Prædoni di-
cunt consuli officio judicis, non per exceptionem doli.
Nam aut verba Pauli non intelligunt, quod sæpe illis
evenit, aut certe utrique possessori apertissime Paul. dat illa
duo remedia, quibus servat sibi utiles, & necessarias im-
pensas. Et plane hac in re labor vanus, & futilis est. Neque
vero huic benigniori interpretationi Pauli obstat *l. 37. in fi.
de rei vind.* aut *l. domum, C. eod. tit.* Quæ leges prædoni
denegant exceptionem doli, qua sibi utiles impensas servet,
& hoc tantum ei permittunt, ut tollat quod impendit, si
ea tollere possit sine dispendio heredis, & rei specie pri-
stina integra manente: atque incorrupta. Nihil, inquam,
obstat, quoniam hoc ita procedit, ut ostenditur in *l. 27.
§. pen. & ult. & l. 38. eod. tit. de rei vind.* si heres, si do-
minus aliunde eas impensas solvere non possit. Hoc
casu prædo non potest sibi servare impensas utiles per re-
tentionem rei, in quam eas fecit opposita exceptione do-
li, vel officio judicis, ne sic eveniat, ut dominus, cujus
rem retinet possessor, re sua careat ob id, quod eas im-
pensas solvere non possit: sed satis habere debet præ-
do hoc casu, si tollat ea, quibus eam rem fructuosiorem
fecit, quæ modo tolli possint sine detrimento ipsius rei,
aut domini. At si dominus aliunde eas impensas prædoni
reddere possit, tunc sane etiam prædoni sibi servare pote-
rit per retentionem rei, sive exceptionem doli mali, aut per
officium judicis. Bivium hoc ei patet, non minus, quam
bonæf. possessori, ut in hac lege proponitur, ne petitor
ex aliena jactura lucrum faciat, vel quia, ut apparet causa
par est, ut erubescat petitor ex aliena jactura affectare lu-
crum. At sciendum est, in hoc tantum differentiam esse in-
ter prædonem, & bonæf. possess. & quod ad rationem ha-
rum impensarum attinet, quæ utiles sunt, vel necessariæ,
quod bonæ fidei possessor impensas factas in rem heredi-
tariam utiles, vel necessarias omnimodo reputat, sive com-
pensat actori, licet postea ea res perierit, ut si fulserit insu-
lam ruentem, eaque deusta sit: si servum ægrum curave-
rit, isque mortem obierit: si frumentum, aut vinum fami-
liæ hereditariæ paraverit, idque frumentum, aut vinum

incendio, aut ruina perierit, *l.4. de imp. in res dot. l.10. §.1.* A *& l.22. de neg. gest.* quod servatur etiam in tutore, & curatore: Nam quod utiliter impendit tutor in rem pupilli, vel adolescentis, id conventus actione tutelæ directa pupillo reputat, etiamsi ea res non extet, etiamsi ea res perierit, vel etiam id petit contraria actione tutelæ. Et in hanc rem hæc lex est valde singularis. Prædo autem non aliter eas impensas petitori reputat, quam si res, in quam factæ sunt, salva, & incolumis sit, non aliter quam domino locupleriore facto. Non aliter, inquit, Paul. *quam si res melior sit facta*, id est, non aliter, quam si res extet melior facta. Duo requiruntur, ut extet, nec perierit, & ut melior facta sit, id est, ut impensa fuerit necessaria, vel utilis. Et hæc de impensis necessariis, vel utilibus. De voluptariis breviter agamus. In his procul dubio differentia est, ut ostenditur in *l. seq.* inter prædonem, & bonæ fidei possess. B quia voluptarias quoque, atque adeo supervacuas impensas bonæf. possessor reputat petitori, prædo non etiam, sed datus tantum ei potestas tollendorum eorum, quæ intulit in prædium hereditarium voluptatis causa, quæ sine detrimento prædii tolli possunt, veluti tollet statuas marmoreas, aut picturas. In voluptariis impensis nullus est favor. Non omittam, quod Accursius quærit in hac lege, an possessore hoc agente, ut sibi servet impensas utiles, aut necessarias per retentionem rei hereditariæ, in quam eas impensas fecit, si dominus eam rem derelinquere paratus sit, ut potest *leg. & si forte, & §. Labeo, si serv. vind.* an tum possit possessor sibi eas impensas servare per retentionem aliarum rerum hereditariarum, quas possidet? Respondet autem Acc. non posse. Quod confirmari potest argumento *legis si absente, & l. cum fructuarius, de usuf.* quæ dicunt fructuarium, qui paratus est derelinquere usumf. non cogi domum C usumfructuariam reficere, aut proprietario restituere sumptus, quos fecit domus reficiendæ causa, & argumento *l.7. de aq. & aq. pluv.* quæ dicit bonæ fidei possessorem non teneri actione aquæ pluviæ arcendæ ex 12. tab. de eo opere, quod factum habet, quo aqua pluvia vicino nocet, aut nocere possit, si locum derelinquere paratus sit. Et ita dominus, qui paratus est servum derelinquere pro noxa, non tenetur eum defendere, aut pro eo sufferre æstimationem damni. Et dicemus etiam probata tota Acc. glossa, etiam bonæf. possessorem, qui alienam hereditatem bona fide possidet, posse quidem ex alienis rebus retinere, deducere, compensare impensas, quas in unam rem hereditariam fecit, si ea res interierit, ut hæc l. ostendit, non etiam si ea res extet, quamvis heres ea re cedere, eamve D derelinquere paratus sit.

Ad L.XL. eod. *Illud quoque, quod in oratione D. Hadriani est, ut post acceptum judicium id actori præstetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit. restituta esset hereditas: interdum durum est: quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis: quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In prædonis persona Proculus recte existimat: in bonæ fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor, aut mortalitatem præstare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.*

Ad §. Prædo fructus suos *non facit, sed augent hereditatem: ideoque eorum quoque fructus præstabit. In bonæ fidei autem possessore hi tantum veniunt in restitutione, quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est.* E

Ad §. Actiones, *si quas possessor nactus est, evicta hereditate restituere debet: veluti si interdictum unde vi, aut quod precario concessit.*

Ad §. Contra quoque *si possessor caverit damni infecti, cavendum est possessori.*

Ad §. Ad officium *judicis pertinebunt & noxales actiones: ut si paratus sit possessor noxæ dedere servum, qui damnum dederit in (re) hereditaria, vel furtum fecerit, absolvatur: sicut fit in interdicto* Quod vi, aut clam.

A QUæstio, quæ proponitur initio hujus legis, est hujusmodi. Instituta petitione hereditatis, si post litem contest. mancipia hereditaria, quæ reus possidebat, vel jumenta, aut pecora, demortua sint sine dolo, & culpa possessoris, an eorum periculum pertineat ad possessorem. Et Paul. ex verbis orationis D. Adriani, quæ hujus materiæ arx est, refert, periculum eorum animalium ad possessorem pertinere, atque adeo possessorem eorum animalium nomine, quæ post litem contestatam deperierunt, actori esse damnandum, quia oratio vult, id omne actori præstari, quod habiturus esset, si litis contestatæ tempore restituta ei fuisset hereditas. Unde si tum restituta hereditate, ea animalia non erant apud actorem interitura, ut puta, qui ea si statim accepisset, distracturus erat, & lucraturus pretium, fac fuisse venalitiarium, sive mangonem, aut pecuarium ne- B gotiatorem, *l.20. in fin. sup. hoc tit. l.15. §.ult. de rei vind.* Tunc eo nomine possessor damnandus est: nempe ut petitori verum pretium animalium demortuorum præstet: sed si eo quoque modo animalia erant actori peritura, etsi statim ei restituta fuissent, tum sane possessor nihil eo nomine præstare debet. Et hanc quoque distinctionem Proculiani censent servandam esse in actione in rem speciali, vel in actione ad exhibendum, quæ præparatio est actionis in rem specialis. Et eorum sententia verior esse dicitur, eorumque distinctio, utrum æque res fuerit peritura apud actorem, ut tum periculum non pertineat ad possessorem: an non fuerit peritura, ut tum periculum pertineat ad possessorem, *l.15. §.ult. de rei vind. l. de eo, §. si post, ad exh.* Aliud tamen judicium fuit Sabinianis, sive Cassianis, quoniam hi verba orationis D. Adriani accipiebant de iis, quæ post C litem contestatam reb. hereditariis accrevissent neque interiissent, veluti de adquisitionibus servorum, aut de partubus ancillarum, aut de fœtibus gregum, quia & hæc in restitutionem venire certum est: non etiam verba orationis accipiebant de animalibus hereditariis, quæ post litem contestatam suo fato interiissent, quorum nomine sine ulla distinctione possessorem damnari durum, & iniquum esse arbitrabantur. His vero duabus familiis, sive sectis JCtorum, ut eas, quantum potest in concordiam adducat medium se ponit Paulus, medium se interponit in h. l. & Proculianorum sententiam in prædone comprobat, Cassianorum autem in bonæ fidei possessore: Neque enim, ut ait, debet bonæ fidei possessor fatum, id est, naturalem interitum, sive mortalitatem præstare, aut propter metum fati, propter metum hujus periculi, profecto non debet, inquit, temere jus D suum indefensum relinquere. Quæ verba Pauli Accursius usurpavit in *l.4. de except.* sed non notavit hunc locum, unde ea sumit, quo factum est, ut fœde eo loco Accursii verba depravarentur. Sic enim vulgo glossa legitur etiam in manuscriptis, quod miror, *Cum nec metu*, inquit, *facilitatis debeat jus suum inconcussum relinquere*, nullo sensu. De bonæ fidei possessore loquitur Acc. Corrige igitur, & emenda ex hac *l. cum nec metu fatalitatis debeat jus suum indiscussum relinquere*, non *inconcussum*. Nam & hoc loco, id est, hac l. idem Acc. notat, *prædonem de fatalitate teneri, & neminem debere jus suum indiscussum relinquere*. Itaque ex hac sent. Pauli hoc distat hac in re prædo à bonæ fidei possessore, quod si res natura sua interciderit, interierit post litem contestatam, omnimodo bonæ fidei possessor absolvi debeat, sive agatur petitione hereditatis, sive actione in rem speciali, & sive res E fuerit apud actorem interitura, sive non: prædo autem non aliter absolvatur, quam si æque res interitura erat, etiamsi statim restituta fuisset actori. Quod etiam quandoque servatur in actione in personam, maxime si ea non agatur cum fure, aut cum raptore, aut cum eo, qui metum intulit. Qui tres indistincte ex his causis damnantur, sive res apud actorem interitura fuerit, sive non, *l. si cum exceptione, §. quatenus, quod met. cau.* alius autem malæ fidei possessor absolvitur, veluti depositarius, cum quo agitur depositi, qui rem depositam domino restituere recusat, cunctatur, ac proinde mala fide eam tenet. Absolvitur, inquam, si res naturaliter interiit post litem contestatam sua natura, eo modo, quo interitura erat apud actorem, etiamsi statim ei restituta fuisset, *l. si plures, §. ult. depos.*

Digitized by Google

pos. In qua explicandum est, quod ait, *Naturalem intersum ad actorem, non ad reum pertinere, reum absolvi debere.* Est quidem ex Sabini, & Cassii sententia (†) quorum etiam auctoritate utitur, qui distinctione illa non utebantur. Quod tamen subnectit statim, utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori, proculdubio hoc est ex disciplina Proculianorum, quæ obtinuit in malæ fidei possessore, contraria Cassii sent. coarctata ad bonæf. possess. tantum. Et hac in re igitur post litem contestatam omnes possess. pares non sunt. Et quod ait *lex 25. §. si ante, sup. h.t.* post litem contestatam omnes possessores pares esse, & quasi prædones teneri etiam eos, qui ab initio bona fide possederunt, id ad hanc rem non pertinet, quæ est in manibus, id est, non pertinet ad fati, & necessitatis casum, qui apud possessorem contigit post litem contestatam, sed ad ea tantum, quæ post litem contestatam possessores ex ea re, qua de agitur perceperunt, aut percipere debuerunt, vel quæ dolo malo desierunt possidere, puta quæ dolo malo vendiderunt, etiamsi ea apud emptores deperierint eo modo, quo apud actorem peritura non erant. Quid vero sit dicendum, si ante litem contestatam ea dolo malo desierint possidere, diximus *sup. in l. 36. §. si prædo.* Ita vero demum bonæ fidei possessores indistincte dicimus post litem contestatam fatum præstare non debere, si non improbe litem contestati sint, litigarint, sed bona fide, existimantes se bonam causam habere: alioquin nullus possessor alio agente & petente rem suam esse, si post eam petitionem fati periculum eum respiceret, non petitorem, nullus, inquam, possessor auderet cum petitore juste contendere metu istius periculi. Et ut Paul. ait hoc loco, non est æquum propter metum hujus periculi temere jus suum indefensum relinquere: distinctio igitur tradita in *l. 15. §. ult.* ex Proculianorum sententia, & probata in *d. l. 40.* habet tantum locum in malæf. possessore, aut in bonæ fidei possessore, qui sc. ab initio fuit bonæ fidei, nunc vero conventus à domino sciens rem ad se non pertinere, de ea obstinato animo litigat, quod & in *d. l. 15. §. ult.* hæc verba demonstrant, *Moram passo restitui oportere*, quia possessor, qui bona fide ad judicium provocat, idque suscipit, non videtur moram facere: ergo nec actor moram pati, *l. si quis solutioni, de usur. l. si quis inficiatur, depos. l. 63. de reg. jur.* Et ita sincere hæc quæstio est explicanda.

AD *§. Prædo.* Sequitur in hoc §. alia differentia inter prædonem, & bonæf. possessorem. Prædo fructus perceptos ante litem contestatam suos non facit, & quasi augmenta hereditatis eos petituri restituere debet, & consumptos, etiamsi ex eis locupletior factus non fuerit, quia & ipsi fructus petiti hoc judicio, id est, petitione hereditatis intelliguntur, ideoque ut ait, & fructuum quoque fructus restituere debet, & partuum partus, quia omnes auxisse hereditatem, & partes hereditatis esse intelliguntur, non etiam intelliguntur esse accessiones, aut accessionum accessiones, quæ etiam in nullo judicio veniunt, *l. 51. §. ult. l. neque, de usur.* Nunquam accessionum accessiones desiderantur, usurarum usuræ, fructuum fructus, commodorum commoda: alioquin accessionum nullus esset finis, fructus autem prædo restituere debet, aut fructuum fructus non ut fructus, idem est, non ut accessiones, sed ut res hereditarias, vel quod idem est, ut augmenta hereditatis: bonæ autem fidei possess. fructus ante litem contestatam perceptos suos facit statim, sed non ideo minus eos restituere debet. *Il faut qu'il les rembourse.* Cæterum eos tantum fructus, aut fructuum fructus bonæ fidei possessor restituere debet, quamvis suos fecerit, ex quib. locupletior factus sit, ut extantes, non bona fide consumptos, *d. l. 51. inf. l. 1. C. eod.* Quod & notavi jam *sup.* breviter ad *l. 36. §. ult.* De fructibus loquitur Paul. in *h. §. prædo*, & sequente, qui hereditatem auxerunt nominatim. Ergo de fructibus perceptis ante litem contestatam: nam percepti post litem contestatam, hereditatem non augent, nec judicii potestate, sive actionis jure, sed officio tantum judicis restitutioni rerum hereditariarum accedunt, veniunt plane, ut accessiones post litem contestatam, non ut pars hereditatis. Ac præterea in fructibus perceptis post litem contestatam omnes possessores pares sunt: nec quicquam distat bonæf. possessor à prædone, *d. l. 25. §. si ante.*

AD *§. pen.* Sequitur *§. pen.* in quo Paulus ostendit, hoc judicio evicta hereditate, etiam actori possessorem debere cedere actiones, quas propter hereditatem adquisivit, veluti interdictum unde vi, quo nondum expertus est, si de fundi hereditarii possessione vi dejectus ab alio quodam fuerit, *ut l. 16. §. Julian. sup. h. t.* vel interdictum de precario, si quam rem hereditariam alii precario concesserit, & omne omnino lucrum, quod propter hereditatem accepit, sive in jure, sive in corpore consistat, & vice versa ipsi quoque possessori, si forte prædii hereditarii nomine bona fide caverit vicino damni infecti, petitorem cavere debere de indemnitate, *ut l. 19. de rei vind.* Et similiter si possessor vendiderit rem hereditariam, & caverit emptori de evictione, deinde ex pretio redactam pecuniam restituere cogatur petituri, ipse quoque petitor vicissim ei cavere debet de indemnitate, *l. 20. §. pen. sup. hoc tit.*

AD *§. ult.* In §. ult. h. l. ostenditur, in hoc judicio ad officium judicis pertinere noxales actiones, puta, ut si servus possessoris proprius insciente domino, insciente possessore ex hereditate rem aliquam subripuerit, vel si in ea damnum aliquod dederit, officio judicis incumbere, ut eum liberet, si paratus sit servum suum petitori noxæ dedere: petitioni hereditatis inesse noxalem actionem furti, vel legis Aquil. inesse etiam, ut ait, in extremo, interdictum quod vi, aut clam. Quod ita explicandum est, puta ut si quid operis novi possessor in fundo hereditario fecerit vi, aut clam, cum à domino prohiberetur, aut servus ejus sciente, aut jubente eo, ut liberetur, si paratus sit opus novum, quod fecit, restituere, sive demoliri suis sumptibus, ne damnetur in id, quod interest. In extremo hujus l. non loquitur de noxali interdicto, quod vi, aut clam, quod tamen glossa arbitratur, sed de eo, quo possessor suo nomine tenetur, quia vel ipse novum opus fecit vi, aut clam, vel servus ejus jubente, aut sciente eo.

Ad L. II. de Fideicommiss. hered. petit. *Quæ actio eadem recipit, quæ hereditatis petitio civilis.*

SCiendum est, petitionem hereditatis aliam esse directam, & civilem, quæ legitimis heredibus competit: aliam utilem, quæ datur cæteris successoribus universi juris, quod defunctus habuit, cum moreretur, veluti bonorum possessoribus, quæ possessoria hereditatis petitio dicitur. Et eadem recipit, quæ petitio hereditaria civilis, eademque per eam bonorum possessores consequuntur, quæ heredes per actionem civilem, *l. 2. de poss. hered. petit.* Nam & bonorum possessores vice heredum habentur, *l. 2. de bon. poss.* Datur utilis hereditatis petitio fideicommissariis, quibus ex SCto. Trebell. verbo tenus restituta est hereditas, successoribusve eorum, *l. 54. de petit. hered. l. 3. de fideic. hered. petit.* quæ & fideicommissaria hereditatis petitio dicitur, eademque recipit, ut Paulus ait ex hoc lib. in *l. 2. de fideic. hered. pet.* Eadem, inquam, recipit, quæ petitio hereditatis civilis, sive directa: nam & fideicommissarii Trebelliani loco heredum habentur, *l. si necem, §. ult. de bonis libert. l. filiusfam. in fin. ad l. Falc. l. postulante, §. pen. & l. servo invito, ad SCtum. Trebell. l. 5. §. ult. quod cum eo, qui in al. potest.*

Ad L. XXXVIII. ad SCtum. Trebellian. *Non enim solutio est hereditatis restitutio, sed & successio, cum obligetur.*

UT idem Paul. ait hoc ipso libro in *l. 38. ad Treb.* restitutio hereditatis non tantum est solutio: restitutio, inquam, hereditatis, quæ fit fideicommissario ex SCto. Treb. non solutio tantum est fideicommissi debiti ex testamento vel codicillis, sed & successio, inquit, id est, successio universi

(†) *Vide Merill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 22.*

A

versi juris: cum obligetur, inquit, quia is, cui hereditas restituitur ex SCto. Treb. accepta hereditate æri alieno obligatur à creditoribus hereditariis. Et vicissim debitores hereditarii ei obligantur. Deniq; juris successio est, non rerum. Ergo quasi heres, & illa successio quasi hereditas, quia & definitio hereditatis à nostris auctoribus usurpata complectitur simul & bonorum possessionem, cum hereditas definitur, successio in universum jus, quod defunctus habuit. Hæc definitio non tantum complectitur hereditatem legitimam, sed & bonorum possessionem, & hereditatem fideicommissariam.

Ad L.XL.eod. *Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quæ jure civili & in heredem competunt: tamen honorariæ actiones transeunt: nulla enim separatio est, imo & causa naturalium obligationum transit.*

B

Ad §.Persona autem *heredis instituti Trebelliano continetur. Verum hoc jure utimur, ut & successor heredis recte ex Trebelliano restituat: veluti heres, bonorumve possessor, vel pater, dominusve, quibus adquisita est hereditas: omnes enim, quod juris habent ex Trebelliano SCto. restituere debent. Nec interest is, qui institutus est, an pater, dominusve rogatus est restituere.*

Ad §.Nihil interest, *cui nostro nomine restituitur paterfam. sit, an is, qui in aliena potestate est.*

ET hoc confirmat magis quod sequitur ex eodem libro Pauli in *l.40. eod. tit. ad Treb.* Fideicommissario ex SCto. Trebell. & in fideicommissarium non tantum dari civiles actiones, quæ heredibus, & in heredes dari solent,

C

sed etiam prætorias, sive honorarias, quæ heredib. aut bonorum possessoribus, vel in eos competunt, ut *l.facta, §.si in danda, sup.hoc tit.* Nulla enim, inquit Paulus, separatio est, id est, nulla differentia inter illas actiones in hac re, ut in *l.peregre, in fi.de adq.her.* separatio, id est, differentia. Actiones igitur omnes hereditariæ, quæ cœperunt à defuncto, vel ab herede, non proprio, sed hereditario nomine. Itemque exceptiones omnes in fideicommissarium transire, ut *l.heres à debitore, de fidejuss. l.si post. de constit.pec. l.sicut, §.1.quib.mod. pign.* Imo & naturales obligationes transire, ut si hereditas pupilli, cui credita erat pecunia sine tutoris auctoritate, qua ex re pupillus obligatur naturaliter tantum, si ex ea pecunia locupletior factus fuerit. Si, inquam, ejus pupilli hereditas ex testamento patris restituta fuerit fideicommissario, & fideicommissarius Trebell. eam pecuniam solverit creditori,

D

non potest eam repetere, sive condicere quasi indebitam, quia natura debebatur, & naturalis obligatio in fideicommissarium Trebel. translata intelligitur, *l.si ejus pupilli, inf. hoc tit.* Omnes igitur obligationes civiles, honorariæ, naturales ab herede in fideicommissarium Treb. transeunt. Est igitur plane heredis loco, nec absre ei accommodatur fideicommissaria hereditatis petitio, cum sit universi juris successor, & ut subjicitur in hac l.40. quod ad hanc causam attinet transferendarum obligationum, & actionum omniũ, transfundendive, transferendive universi juris in fideicommissarium, cui ex SCto. Treb. restituta est hereditas. Quemadmodum nihil interest quis hereditatem restituat, heres ipse, qui institutus, & rogatus est, tametsi de eo solo SCtũ. Trebellianum loquatur: an vero heres heredis rogati, an bonorum possessor rogati heredis, aut pater, aut dominus, qui per filiumf. vel servum heredem institutum heres effectus est, sive pater ipse, aut dominus, sive filiusfam. aut

E

servus rogatus sit hereditatem restituere, ut *l.1.§.si filio, sup. hoc tit.* Aut quod addi potest ex *d.l.1.§.de illo, & l.si patronus, §.qui fideicom. inf.hoc tit. & l.pen.C.eod.tit.* primus fideicommissarius, qui restituat secundo. Ita vero nihil interest cui restituatur hereditas, sicut nihil interest quis restituat fideicommissario, an alii nomine ejus, vel filiofamil. vel patrisfamil. Nam & filiusfam. procurator esse potest. Nihil, inquam, interest, fideicommissario restituatur, an alii cuicunque ejus nomine, quia ut idem Paulus ait eod. lib. in *l.42. hoc tit.*

Ad L.XLII.eod. *Quia perinde est, atque si mihi restituta esset hereditas.*

Ad §.Restituta hereditate, *jura sepulchrorum apud heredem remanent.*

PErinde est, quum alii restituitur nomine fideicommissarii, atque si fideicommissario restituta esset hereditas, ut in eum transeant omnes obligationes, & actiones. Cæterum addit, quod maxime notandum, restituta hereditate ex SC. Treb. nihil juris apud heredem remanere, qui rogatus est, qui oneratus fideicommisso est, præterquam jus sepulchri hereditarii, ut scil. in id sepulchrum & ipse, & ejus posteri inferri possint. Jus sepulchri hereditarii apud eum heredem etiam extraneum post restitutam hereditatem remanet, quamvis coactus hereditatem adierit, & restituerit, *l.si patronus, §.qui fideicommiss. circa fin. hoc tit.* nec mirum, cum & exheredatis liberis serventur jura sepulchrorum, *l.6.§.1. de relig. & sumpt.fun.* filio quoque herede instituto, & rogato restituere hereditatem cuidam extraneo, excipienda est actio futurarum operarum, quæ extraneo fideicommissario competeret, atque adeo restitui non potest, & omnino remanere debet apud filium patroni, etiam post restitutam hereditatem, *l.si patroni, inf.hoc tit.* non tanquam apud heredem, sed tanquam apud patronum. Nam & patroni filius patronus est, maxime mortuo patre, si exheredatus non sit, *l.10.de jure patron.* ubi eum patronum, id est, patroni filium.

Ad L.CXXVII.de Reg.jur. *Cum prætor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit, sufficit si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti.*

COnsequens est, ut his addamus *l.127. de reg. jur.* quæ etiam pertinet ad petitionem hereditatis: nempe ad id, quod est in *l.utrum, de petit.heredit.* ex SCto. Adriano, quo cavetur, bonæ fidei possessores restituere debere pretia rerum ex hereditate venditarum, quæ ad eos pervenissent. Verbum *pervenissent*, sic esse accipiendum, non si prima ratione pervenissent, sed & si permansissent, & perdurassent apud eos, atque adeo ex eis locupletiores essent. Igitur si pretia perdiderint, vel bona fide consumpserint, aut donaverint, ad eorum restitutionem eos non teneri. Et tamen his subjicit Paulus, quod est in *d.l.127.* in prætorum edictis, quotiens ex scelere, ex dolo defuncti in heredes actio datur, veluti in edicto de dolo, vel in edicto, quod met. causa: quotiens ex dolo defuncti in heredes datur actio, quatenus ad eos pervenit, satis est, si vel momento pervenerit, si vel momento ex ea re locupletior hereditas pervenerit: nec necesse est, ut & locupletiores ex ea re perseveraverint esse. Et ita proditum est in *l.videamus, quod met. causa.* Et verum est, si id ipsi heredes consumpserint, aut perdiderint, aut donaverint, non si id naturaliter interierit, *l.si ipsa res, eod.tit.* Et hanc quoque differentiam inter petitionem hereditatis, & actionem in personam, quæ datur in heredem ex dolo defuncti, Bulgarus notavit in hanc l.127.

Ad L.II.Quorum honorum. *Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur: sed tantum corporum possessores.*

IN hac lege Paulus cum multa constaret esse communia inter petitionem hereditatis, & interdictum quorum bonorum, puta quod utrumque judicium sit de universitate, quodque adversus eum duntaxat intendatur, qui pro herede, vel pro possessore possidet, *l.1. quor.bonor.* & adversus eum, qui vel rem unam ex hereditate, bonisve possidet, *l.9.& 10.de petit.heredit. l.hoc, l.amplius, de furt.* Tamen hoc inter ea judicia esse discriminis docet, quod petitione hereditatis etiam debitores hereditarii teneantur, qui controversiam hereditatis faciunt, quasi juris possessores, *l.9.l.13.§.ult. l.18.§.1.de pet.her.* Interdicto autem quorum bonor. ii tantum teneantur, qui res corporales, sive corpora hereditatis, non qui jura possident. Et ratio discriminis hæc est, quia interdi-

terdictum quorum bonorum persequitur bonorum corporalem possessionem tantum, qualis nulla est possessio eorum, quæ in jure consistunt, id est, quoniam eorum nullum subest corpus. Et eorum igitur est quasi possessio non corporalis possessio: petitio autem hereditatis persequitur jus universum, quod defunctus habuit his verbis : *Si paret hereditatem meam esse* : nam hereditatis nomen, juris nomen est, non corporis, *l. hereditas, de petit. hered.* Ergo persequitur & actiones, & nomina, quæ tamen bonorum appellatione in interdicto quorum bonorum non continentur, *l. 1. vi bon. rapt.* quæ in quibusdam libris huic lib. adscribitur, sed referenda est ad lib. 22. ad quem eam reservabimus.

JACOBI CUJACIJ J.C. B

Ad Lib. XXI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.II. de Rei vind. *Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed nec partem dimidiam totius ejus vindicabit. Sed si majorem numerum alter habeat, ut detracto alieno, nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.*

LIBER XX. fuit de actione in rem, quæ ad universitatem hereditatis, aut bonorum possessionem pertinet. Hic Liber XXI. est de actionibus in rem, quæ pertinent ad res singulas, C per quas tamen, ut initio hujus libri Paulus ostendit in *l. 2. de rei vind.* non tantum res singulæ vindicantur: sed & grex ovium, quia & hic licet constet ex diversis capitibus existimari potest res singularis esse, ut Varro 16. rerum divinarum scripsit, *posse fieri, ut eadem res una sit, & in ea quadam res sint plures*, ut de armento boum, aut de polia dicendum est. Poliam dicunt nostri in *l. 38. §. ult. de ædil. edict.* pro equitio. Inde polii, & polarii, equi, sive equulei. Qui etsi non sint mea singula capita gregis, gregem meum esse vindicare possum, si modo in eo saltem decem capita sint mea, quia tot sufficiunt gregi ovium conficiundo, *l. ult. de abig.* vel si 12. aut 15. sint mea, reliqua autem tua sint, si forte quasdam oves cum meis pascendas immiseris in meum gregem, vel si decem oves sint meæ, aries autem tuus, *l. 1. §. ult. h. tit. & l. 2. & l. in rem, §. at in his, inf. hoc t.* D Et iis quidem casibus vindicato grege, 10. aut 12. aut 15. aut plura capita, quæ sunt mea, sola veniunt in restitutionem, non etiam aries, qui tuus est, aut non reliqua quædam capita, quæ tua sunt, sed tu ea separatim vindicare poteris. At, qui alius est casus, si duorum dominorum in grege par sit numerus, ut si quinque oves sint meæ, quinque tuæ, Paulus docet in hac l. 2. neque mihi, neque tibi competere vindicationem gregis: quia verum est, neque tuum, neque meum gregem esse, ac ne mediæ quidem partis totius gregis cuiquam nostrum vindicationem competere, quia hoc genere si vindicaretur pars media singulorum capitum, pars media vindicaretur, quod fieri non potest, quia singula capita non sunt communia, sed quinque in solidum tua sunt, quinque in solidum mea. Denique grex non est communis inter me, & te pro indiviso. Id proprie est commune, quod est commune pro indiviso. Itaque E aliud est in grege parem esse numerum duorum, aliud gregem esse communem. Si grex fuerit communis, pars dimidia vindicari potest, quamvis incerta sit, *l. 3. §. ult. l. 76. §. 1. hoc tit.* si par numerus in grege fuerit duorum, pars dimidia vindicari non potest. Nam etsi in grege 10. capitum, 5. capita sint mea, non ideo tamen pars dimidia gregis est mea: nam si pars gregis esset mea, haberem partem in singulis capitibus 10. quam non habeo, imo in tuis 5. nihil prorsus habeo. Itaque singula capita cuique sua vindicanda sunt, non grex, aut pars dimidia gregis. Et eodem modo si meum, & tuum frumentum confusum sit sine voluntate nostra, ex meo, & tuo frumento confectus acervus non

A est communis, quia singula grana in sua substantia durant, sicut in grege singula capita, & neuter solidum acervum vindicare potest, sed nec partem dimidiam acervi, quia si pars dimidia esset mea, pars tua, singula grana essent communia pro indiviso, quæ tamen certe non sunt communia. Igitur vindicare quisque debet, ut proponitur in *l. 5. h. tit.* Hæc est formula vindicationis : *Quantum paret in illo acervo suum cujusque esse.* Neuter acervum, aut partem mediam acervi vindicare potest.

Ad L.IV. eod. *Quo quidem casu, etiam communi dividundo agi poterit. Sed & furti, & ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit, ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat in vindicatione, vel communi dividunda actione hoc amplius ferat, cujus argentum pretiosius fuerat.*

SEquitur lex 4. ex qua intelligitur, rei communis partem vindicari posse pro indiviso, quamvis ea pars incerta sit, quandoquidem nec cerni, nec tangi, nec digito demonstrari potest. Denique pars tantum pro diviso, pars certa est, pars pro indiviso, pars incerta est, quæ intellectu, non sensibus percipitur, & abstrahitur. Si ergo meum, & tuum argentum in massam redactum sit, si id factum sit sine tua, & mea voluntate, vel à te me invito, aut contra à me te invito, vel si id factum sit vi quadam incendii, tota massa communis fit pro indiviso, *l. 7. §. voluntas, de adquir. rer. dom.* Et unusquisque pro rata ponderis, quod in ea massa habet, partem pro indiviso vindicare potest, vel etiam potest agere communi dividundo: & vel hoc, vel illo judicio, cujus argentum pretiosius fuerit, is feret amplius officio judicis, aut hujus, vel illius judicii potestate. Quo autem ponderosius est argentum, eo & (ut norunt artifices) pretiosius est. Additur & in hac l. eum, qui dolo malo massam conflavit ex meo, & suo argento, vel ex meo, & suo, me invito, mihi teneri furti actione in duplum, quasi meo argento interverso, atque subrepto. Eundem etiam mihi teneri actione ad exhibendum : in qua, ut ait, pretii ratio haberi debet, si nimirum actione ad exhibendum petam mihi restitui pretium argenti mei, quanti revera fuit si hoc malim, ut *l. quod si possessor, & l. 71. inf. h. tit.* vel quanti ego in litem juravero, id est, quanti juratus argentum meum æstimavero: Nam & in actione ad exhibendum juratur in litem, *l. 2. & 5. & pen. de in lit. jur. l. 3. §. præterea, l. 5. §. idem Julianus, ad exhib.* quia dolo malo desiisti posse exhibere argentum meum mihi, qui id cum tuo ita confudisti, atque commiscuisti, ut deduci, & separari non possit. Quod si non dolo malo id feceris, sed forte cum existimares utrumque argentum, vel utrumq; vas argenteum tuum esse, cessat actio ad exhibendum, & competit tantum actio in rem in id quantum paret in ea massa argenti meum esse; vel actio communi dividundo, ut massa dividatur, ita ut majorem partem ferat, cujus argentum pretiosius fuit. In actionem furti venit pœna dupli extra argentum, aut pretium argenti: In actione ad exhibendum venit pretium. In actione in rem, vel communi dividundo venit res ipsa, id est, argentum. Ac præterea ad exhibendum agitur in eum, qui dolo malo massam conflavit, quanti actor juratus litem æstimaverit. Actio in rem, vel communi dividundo datur etiam in eum, qui sine dolo malo massam conflavit. Et ita distinguendæ sunt hæ tres actiones in hac l. 4.

Ad L.X. eod. *Si res mobilis petita sit ubi restitui debeat, scilicet si præsens non sit, & non malum est, (si) bonæ fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, ubi res sit, aut ubi agitur: sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter, vel navigationem faciendi sunt.*

Ad L.XII. eod. *Si vero malæ fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet. Si vero ab eo loco, ubi lis contestata est, eam subtractam alio transtulerit : illic restituere debet, unde subtraxit sumptibus suis.*

IN l. 10. & 12. ostenditur, quum hoc judicio agitur de re mobili, sive animata, sive inanimata, quæ præsens non

noo est, quo loco officio judicis eam rem restitui oporteat, A & cujus sumptibus: de re immobili non quæritur, quæ solo continetur, & loco moveri oon potest: non quæritur etiam de re mobili, quæ præsens est, quæ est ubi agitur, sed de ea, quæ absens est, id est, quæ alibi est quam quo loco de ea re agitur: lis contestatur, judicatur, locus ubi agitur, ubi lis contestatur, ubi judicatur, locus idem est. Ubi agitur dicit in *l.10.* ubi judicatur in *l.11.* non ut vulgo, *ubi vindicatur*, Florentiæ, *ubi judicatur*, Basilic. ἐν ᾧ θα ψηφίζεται, ubi lis contestatur, dicitur in *l.12.* Et his omnibus modis unus idemque locus significatur. Rem vero præsentem constat ibi esse restituendam ubi agitur, vel quod idem est, ubi est: nam ibi est ubi agitur, hoc est, præsens est. De ea, quæ non est præsens, quæ non est ibi ubi agitur, quæstio est, ubi sit restituenda, an ubi sita est, an ubi agitur? Ex qua quæstione liquet hodie non esse oecesse B actione io rem experiri io rem præsentem, ut olim ex 12. tab. sed & in rem absentem agi posse, quod etiam ostendit *lex ult. C. ubi in rem act.* quæ definivit, sive res sit mobilis, sive immobilis, in rem actionem exerceri, vel in foro rei, id est, ubi reus domicilium habet, vel ubi res est, vel ubi res, quam possidet, constituta est. In hac autem lege 10. & 12. de re mobili, definitur indistincte, sive reus eam possideat mala fide, sive bona fide, ibi restitutionem esse faciendam petitori, qui hoc judicio vicerit, ubi res est sine dolo possessoris, vel ubi fuit inchoati judicii tempore, sive litis contestatæ tempore: vel si actor desideret eam sibi restitui, ubi actum est, ubi petita est, in eum locum à reo eam rem perducendam esse, aut perferendam, non suis sumptibus, aut periculo, sed sumptibus, aut periculo actoris, qui hoc desiderat, quod & ex Ulpiano re- C petitur in *l.11.* ubi ille articulus *nisi*, coaptari debet iis verbis Pauli in *l.10. ibi restitui, ubi res sit, nisi & cæt.* non sequentibus verbis. Et addit Ulpianus in *l.11.* etiam de ea re, quam actor desiderat sibi restitui ubi agit, perferenda intra certum temporis spatium, quod reo tribuendum erit, aut si intra illud spatium eam noo pertulerit, aut perduxerit, de litis æstimatione præstanda reum actori satisdare debere. Quod confirmatur *l. 5. de eden. & §. 1. Institut. de offic. judic.* Ergo actor, qui non satis habet rem sibi restitui ubi est, sed desiderat eam sibi restitui ubi egit in rem, & vicit, debet sufferre sumptus præferendæ ejus rei, aut perducendæ, & agnoscere quoque periculum, si forte perierit in itinere. Denique sumptibus actoris ea res perferenda, aut perducenda est, sumptibus scilicet itineris, aut navigationis, si navi res pervehatur: Sumpti- D bus, inquam, itineris, aut navigationis; nam cibaria, aut pabula, non actor, sed reus de suo præstare debet, si res sit animalis, quoad eam restituerit. Et hoc est quod ait *l.10. extra cibaria*. Cibariorum sumptus non agnoscit actor. Cæteros sumptus, qui in itinere, vel navigatione faciendi sunt, & periculum rei actor agnoscit, quod plenius declaratur in *l. 11. §. 1. & seq. ad exhib.* Quod servatur etiam in actione depositi, nisi quod in ea naturali ratione cibaria, aut pabula, quæ & capita dicuntur, actori imputari debent, *l. 1. §. si quis servum, & l. si in Asia, §. 1. depos.* Dixi paulo supra, ibi rem esse restituendam, ubi est sine dolo malo possessoris, vel ubi fuit litis contestatæ tempore, nisi actor malit eam suis sumptibus, & periculo in eum locum perduci ubi egit, & vicit. Id vero ita dixi, quia ut Paulus ostendit in l. 12. si ab eo loco, ubi res est E litis contestatæ tempore dolo malo rem possessor subtractam in alium locum abditum, aut longinquum transtulerit, illic debet eam reponere, & restituere suis sumptibus, & periculo, unde subtraxit, unde movit loco, ne ei calliditas sua prosit, & noceat actori, ut *d. l. 11. §. pen.* Et ob id *d. l. si in Asia, §. 1.* ait eo loci rem esse restituendam ubi est, sine dolo malo depositarii, quod etiam de herede est proditum, qui rem legatam, cum esset ubi agitur ex testamento legati nomine, dolo malo in alium locum contulit, *l. cum res, §. sed si alibi, de leg. 1. Dolo malo*, inquit: nam si sine dolo malo heres rem legatam in alium locum transtulerit, ibi eam legatario præstabit quo transtulit bona fide. Et ille *§. sed si alibi*, qui hoc dicit, aperte pervincit in hac l. 12. male glossam verbo *subtraxit* addere dolo, *vel sine dolo*, circumscribe illa verba, *vel sine dolo*: Nam & hoc lex 12. ostendit, quæ parem facit malæ fidei possessorem hac iu re bonæ fidei possessori, nisi quatenus malæ fidei possessor, id est, qui dolo malo rem subtraxit, subduxit, & in alium locum transtulit, ut incommodior esset actori ejus rei reciperatio.

Ad L. XIV. eod. *Quod si malit actor potius legis Aquiliæ actione uti, absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est: non ut triplum, sed duplum consequatur.*

QUod diximus in *l. ut tantum, de serv. corr. & l. si à domino, §. si possessor, de petit. heredit.* in petitionem hereditatis, si possessor dolo malo servum hereditarium occiderit, aut vulneraverit, venire aut deduci posse actionem legis Aquiliæ, non quidem cum suo incremento, quod accipit ex accidenti, si reus inficietur tempore litis contestandæ, non in duplum, quia actio l. Aquil. contra inficiatorem est io duplum, sed in simplum tantum venire eam actionem. Et ita ut actor, qui eligit petitionem hereditatis, caveat, se eo nomine, quo servus hereditarius occisus sit, aut vulneratus, non acturum l. Aquil. qui tamen omissa petitione hereditatis, si malit agere l. Aquil. in duplum, non prohibetur. Idem omnino statui debet io actione in rem speciali. Nam & in ea, si possessor servum alienum, quem possidebat dolo malo, deteriorem fecerit, puta debilitaverit, aut vulneraverit, in eam, inquam, actionem in rem specialem venire potest actio legis Aquil. ita tamen, ut officio judicis facta simpli duntaxat æstimatione caveat actori, se non acturum l. Aquilia, ut *l. 13. hoc tit.* Vel si actor malit, electio enim ei datur, omissa actione in rem, agere l. Aquilia, ut ex Paulo additur in *l. 14.* audiendus est, possessor absolvendus est à judicio in rem, ita ut non agat utroque judicio, ut non actione in rem consequatur damni æstimationem, ac præterea duplum ex l. Aquilia: sed si elegerit legem Aquiliam, ut duplum tantum consequatur, in quo certum est inesse etiam æstimationem damni. Et hoc si ab initio litis reus inficiatus sit, ac petitori dominii controversiam fecerit. Et hoc est, quod ait Paulus in hac leg. 14. non triplum actorem, sed duplum tantum consequi debere. Triplum damni consequeretur, quanti deterior servus factus est, si utraque actione, in rem scilicet, & lege Aquilia ei liceret experiri, quia primum actione in rem consequeretur æstimationem damni, deinde actione legis Aquil. eandem æstimationem damni, & alterum tantum, ergo triplum, quod esset iniquissimum. Et hæc ita se habent, si homo, qui deterior factus est, vivat tempore rei judicatæ: nam si postcaquam deterior factus est, ante rem judicatam mortuus fuerit, quia desiit actoris interesse, damni dati ratio non veniet io actionem in rem, quæ desiit competere morte servi. Itaque hoc casu damni dati nomine erit tantum actio legis Aquiliæ, ut in *l. 27. §. si homo, inf. hoc tit.*

Ad L. XVI. eod. *Utique autem, etiam mortuo homine, necessaria est sententia propter fructus, & partus, & stipulationem de evictione, non enim post litem contestatam utique, & fatum possessor præstare debet:*

Ad §. Culpa non intelligitur, *si navem petitam tempore navigationis trans mare misit: licet ea perierit: nisi si minus idoneis hominibus eam commisit.*

PErtinet hæc lex ad id, quod exposui satis aperte in *l. illud, sup. de petit. hered.* Post litem contestatam homine petito speciali in rem actione, vel petitione hereditatis, mortuo suo fato sine dolo, & culpa possessoris, nec malæ fidei possessorem, nec bonæ fidei, qui improbe litigat, sciens hominem, de quo litigat non ad se pertinere, sed ad actorem: nullum, inquam, possessorem, fatum præstare debere, puta hominis mortui pretium, videlicet si æque homo interiturus erat apud actorem, etsi statim initio litis restitutus esset. Verum etsi hoc casu fatum possessor non præstet,

& mor-

Digitized by Google

& mortuus sit suo fato homo, qui petebatur sine dolo, & culpa possessoris, tamen nondum tota lis est mortua, nec dum sunt liberati in totum, qui fidejusserant judicatum solvi. Sed animadvertendum est judici, & pronuntiandum est de proprietate mortui hominis: puta, cujus is homo fuerit, petitoris, an possessoris. Idque ut hæc ostendit, propter fructus, ut *l. si homo, de re judic.* videlicet ut sciatur, ad quem pertineant fructus hominis defuncti, veluti propter mercedes operarum, quæ scil. sunt in fructu hominis, *l.3. de oper.serv.* Et propter partus, si ancilla petita fuerit, & pendente judicio, suspensa cognitione enixa, ac deinde suo fato demortua fuerit, ut sciatur ad quem partus pertineat, ad petitorem, an ad possess. Quod fieri non potest, nisi judex discutiat quæstionem de proprietate, quæ in judicium principaliter deducta est. Item propter stipulationem de evictione, ut *l. si servus, judic.solvi, l.ult.C.de adsert.toll.* ut si forte petitor, aut possessor, qui eum servum emit, cui & venditor caverit de evictione, si, inquam, forte petitor eum servum emerit, & ei venditor caverit de evictione, ut appareat ex sententia judicis, quam feret de proprietate hominis mortui, cui sit commissa stipulatio de evictione, petitori, an possessori: nam si pronuntietur servum fuisse possessoris, petitori committitur stipulatio de evictione: si pronuntietur fuisse petitoris, committitur possessori: pono utrumque emisse, & utrique venditorem cavisse de evictione. Ergo & propter hanc stipulationem de evictione, necessaria est sententia judicis, qua declaret, quis dominus fuerit servi defuncti, ut ex ea appareat, cujus sit fructus, & cujus partus, cui sit commissa cautio de evictione. Et ex eo quidem intelligimus stipulationem de evictione committi etiam homine jure judicioque non evicto, sed fato perempto. Quod omnino pugnare videtur cum *l. si servus, inf. de evict. & l.si quis tibi, C.eod.* Sed ne diu morer in re certissima, vera est distinctio Accursii: Aut homo, de quo agitur mortuus est, antequam emptori fieret dominii controversia: Aut post motam de dominio controversiam. Si ante motam controversiam, stipulatio de evictione non committitur, quia nemo servum evicit, sed fatum, & naturalis series rerum: si post motam controversiam mortuus fuerit, stipulatio de evictione committitur, si modo pronuntiatum sit, actorem ejus rei dominium non fuisse: quia pro eo est, atque si judicio evicta fuisset, & judicium cœptum plane hac in re habetur pro peracto, ut committatur stipulatio de evictione. His vero trib. causis, propter quas Paulus ait in hac l.16. mortuo homine petito pendente cognitione, & lite dominii, necessariam esse sententiam, addi potest quarta, propter peculium, ut appareat cujus sit peculium servi mortui, petitoris, an possessoris ex *l. pen. C. si pend. appell. mors interven.* Sequitur alia quæstio in l. 21.

Ad L. XXI. eod. *Si à bonæ fidei possessore fugerit servus: requiremus, an talis fuerit, ut & custodiri debuerit: nam si integræ opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori, & fructus ejus temporis, quo possedit, præstet: quod si nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de persequenda ea re: quo minus enim petitor eam rem persequi potest: quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat, nec iniquum id esse, Pomponius libro trigesimonono ad edictum scribit. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebis: ut tamen si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat. Julianus autem in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de persequenda re: tamen cavere debere possessorem, si rem nactus fuerit, ut eam restituat. Idque Pomponius libro trigesimoquarto variarum lectionum probat. Quod verius est.*

Quæstio hæc est, an si servus petitus à bonæ fidei possessore, sine dolo ejus fugerit post litem contestatam, an fuga possessori imputari possit, ita ut cogatur præstare æstimationem servi, æstimationem litis? Et distinguit

A Paul. aut intervenit culpa possess. aut non: fuga servi non semper imputatur culpæ possess. sed casui, cui resisti vix potest: ut si servus fuerit integræ opinionis, ut custodiri, aut vinciri non soleret, aut deberet, fuga casui imputari solet, non culpæ, *l.contractus, de reg.jur.* sed si servus fuerit fugitivus, qui sæpicule se dedit in fugam, si fuerit stigmaticus, compunctus notis, ut custodiri debuerit, imo vinciri, fuga ejus culpæ possess. imputatur. Unde sic definit Paulus, ut si culpa nulla possess. intervenerit, nihil possess. imputari possit: si intervenerit culpa, ut si stigmaticum non custodierit, fuga ei imputetur, *l.36.§.ult.h.t.* Et ideo litis æstimationem actori præstare debet, & vicissim actor possessori debet cedere actionibus suis: si possessor nondum hominem eum usuceperit: quia possess. non dolo eum desiit possidere; alioquin ei non cederentur actiones: sed culpa tantum desiit possidere; & ideo cedendæ ei sunt actiones actori ei inferenti, vel solventi æstimationem litis, *l.si culpa, & l. ii, qui dolo, inf.h.t.* Ac priore casu, si absit culpa possessoris, fuga ei non imputatur, nec ejus servi nomine damnari debet in æstimationem litis, sed ne, ut Theop. ait, judicium, quod dictavit actor, sit sine emolumento, sit sine effectu aliquo, ne sit, ut ait Theop. *in t.de divis.stip.* ubi hanc speciem tractat, δίκην ἄκαρπον, id est, *judicium sine emolumento*, non ut vertunt, *ne sit judicium lusorium*, sed ne sit judicium sine fructu, aut emolumento aliquo actoris, sicut Josephus in vita sua, ἀγροὺς ἀκάρπους vocat *agros steriles*. Ne igitur judicium, quod dictavit petitor sit sine aliquo emolumento, si possessor interim eum servum usuceperit: nam litis contestatione rite cœpta usucapio non interrumpitur, *l.17. in fi. & l.18.h.t.l.10.quod falsi.tut.auct.* Fuga quoque servi, ut ostenditur, & inferius declarabitur, usucapio non interrumpitur,
C *l.17.in fi.& l.18.h.t.* neque possessio servi. Servus, qui est in fuga, & possidetur, & usucapitur ab eo, qui semel ejus possessionem apprehendit. Si ergo interim eum usuceperit, petitori debet cedere actionibus suis, puta actione in rem, & actione ad exhib. quas usucapione quæsivit, petitor autem emisit. Ac præterea debet restituere petitori fructus ejus temporis, quo possedit: vel etiam, quod ad hunc locum addit Theop. supradicto loco, cavere possessor debet petitori, se suis actionibus, quas usucapione quæsivit, acturum, se eis actionibus eum servum persecuturum, ac deinde restituturum petitori æstimationem ejus: nam & si eum usuceperit, etsi eum usu suum fecerit, tamen restituere debet eum actori, quia verum est tempore litis contestatæ actoris eum hominem fuisse, *d.l.18.* Quod si is servus à bonæ fi-
D dei possess. fugerit, cum nondum ab eo usucaptus esset, id est, cum nondum ab eo ejus servi, qui est in fuga, completa esset usucapio, nullas habet actiones, quas petitori cedere possit. Hoc est apertissimum: nullas, inquam, actiones habet, quibus servum, qui est in fuga persequi possit. Ideoque nec de servo persequendo petitori cavere debet, sed petitor ipse, qui nondum amisit dominium usucapione, suo jure eum servum cominus persequi potest, ut vulgo legitur, id est, recta, & è vestigio, ut Corn. Tacit. 12. Annal. *non cominus Mesopotamiam, sed flexu Armeniam petunt.* Vulgo, ut dixi, legitur *cominus*. Florentiæ autem *quo minus enim petitor, &c.* Et sane defendi potest scriptura Florent. oratio enim est Paulo familiaris, oratio concisa, & concitata. Defendi, inquam, potest, si modo in extremo hujus periodi addatur nota interrogationis, aut ita pronuncietur interrogative, ac si dixisset, nihil est, quo minus eum ho-
E minem petitor persequi possit suo jure, quamvis possess. interim eum usucapere possit, ejusve usucapionem implere. Quamvis autem hoc casu possessor cavere non debeat petitori de eo homine persequendo, tamen de eo restituendo, si forte fortuna in suam potestatem redierit, cavere debet, licet interim eum usuceperit, id est, ejus usucapionem impleverit: fuga enim non interrumpit possess. vel usucapionem rite inchoatam, *l.1.§.per serv.de acq.vel amit.poss.l.servi, & filii, §.ult.de furt.* Quod hæc verba in illa periodo significant: *quamvis interim dum in fuga sit, usucapiat*: possessor scilicet quamvis procedat, procurratque usucapio, nec fuga servi interpelletur, tamen antequam sit expleta omnino, nihil vetat quo minus petitor eum servum suo jure persequatur.

Ad

Ad L. XXIII. eod. *In rem actio competit ei, qui, aut jure gentium, aut jure civili dominium adquisivit.*

Ad §. Loca sacra, *item religiosa, quasi nostra in rem actione peti non possunt.*

Ad §.Si quis *rei suæ alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret, veluti, si quis statuæ suæ brachium, aut pedem alienum adjecerit, aut scypho ansam, vel fundum, vel candelabro sigillum: aut mensæ pedem, dominum ejus totius rei effici, vereque statuam suam dicturum, & scyphum, plerique recte dicunt.*

Ad §. Sed & id, *quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit, licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturæ. Sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.*

Ad §. In omnibus *igitur istis, in quibus mea res, per prævalentiam, alienam rem trahit, meamque efficit: si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus, quod accesserit, dare.*

Ad §. Item quæque *aliis juncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt: ea, quamdiu cohærent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, & tunc vindicentur: scil. excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim si statuæ suæ ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi: & quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in ea, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem: plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. At in his corporibus, quæ ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem: ut singuli homines, singulæ oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus: sed & te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohærentibus corporibus eveniret: nam si statuæ meæ brachium alienæ statuæ addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur.*

Ad §. Tignum alienum *ædibus junctum, nec vindicari potest, propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum, qui sciens alienum junxit ædibus: sed est actio antiqua de tigno juncto, quæ in duplum ex lege duodecim tabularum descendit.*

Ad §. Item si quis *ex alienis cæmentis in solo suo ædificaverit: domum quidem vindicare poterit, cæmenta autem resoluta prior dominus vindicabit: etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit ædificium, postquam à bonæ fidei emptore possessum sit: nec enim singula cæmenta usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.*

QUod initio hujus l. proponitur notissimum est: actio in rem de dominio est, ut ait *l.14. in fi. de sepul. viol.* qoia scil. qui ea actione agit, se ejus rei, quam petit, dominum esse dicit, vel jure gentium, ut Paul. ait initio hujus legis dominio sibi quæsito, veluti traditione à domino facta justa ex causa adquirendi dominii, vel dominio sibi quæsito jure civili, veluti usucapione, *l. traditionib. C. de pact.* traditionibus, & usucapionibus dominia rerum transferuntur. Traditionibus, jure gentium: usucapionibus, jure civili. Et rursus traditionibus factis à domino justa ex causa. Et usucapionibus, traditione facta à non domino justa ex causa, bona fide accipienti: ex propositione hac, quæ est in capite hujus legis, sequitur, actione in rem loca sacra, & religiosa peti non posse, quia nullus eorum dominus est: divini enim, non humani juris sunt. Et hoc quoque sequitur statim in §.1. hujus legis: neque meretur ampliorem disquisitionem, quanquam in eam multa alia possint adferri, sed properamus ad meliora, ad id, quod est in *§. si quis rei.*

AD *§. Si quis rei.* Rem quemque suam hac actione petere posse, etiamsi ei rei rem alienam ita adjecerit, agglutinaverit, ut pars ejus fieret: ut si quis statuæ suæ brachium, aut manum, aut pedem alienæ statuæ adjecerit, hic totius statuæ dominus est, & quasi dominus totam statuam hac actione suam esse petere, asserere, vindicare potest: sed si eam bona fide possideat is, cujus est brachium, aut manus, aut pes, agentem dominum rei vindicatione, exceptione doli mali repellere potest, nisi paratus sit, & brachii, aut pedis pretium exsolvere, *§. in omnibus, inf.* Idemque erit, si quis suo scypho ansam, vel fundum alienum adjecerit (scyphi ansati erant) vel si suo candelabro *ἔμβλημα*, aut sigillum alienum adjecerit: si suæ mensæ ex alieno pedem: si suo lecto fulcrum, si ædificio suo cæmenta aliena. Et ita plerosque recte dixisse Paulus ait in hoc §. plerosque, nempe Servium, Labeonem, Proculum, quorum regula hæc est, in quibus propria qualitas spectaretur, si quid adderetur, id toto cedere velut accessionis vice, totumque ejus esse, cujus fuit ante, *l.26. §.1. de adq. rer. dom. l.7. §.1. ad exhib. l. si statuam, de aur. & arg. leg.* Propria qualitas, id est, proprium corpus, ut Stoici loquuntur, à quibus nostri auctores imbuti sunt, materiam scil. quamcunque corporatam Stoici *qualitatem* vocant. M. Tull. I. Academicarum. Causa autem, & ratio hujus regulæ est prævalentia, ut ait in *§. omnibus*, quam Græci *ὑπεροχὴν* vocant: Mea statua per prævalentiam trahit alienum brachium, quod ei coadunatum est, idque meum efficit: sed si forte meam statuam bona fide nactus sit is, cujus fuit brachium, & ab eo statuam vindicem, is sibi reservabit pretium brachii per retentionem statuæ, opposita exceptione doli mali, quod non sit æquum ex sua jactura lucrum facere dominum statuæ. Eadem ratio intervenit, si quid in charta mea aliena manu scribatur, licet scriptura sit aurea, vel quod in ea scriptum est, rarissimum, & pretiosissimum. Vel etiam si imago in tabula mea pingatur. Scriptura enim tametsi pretiosissima sit, cedit chartæ, & similiter pictura, quamvis pretio longe tabulam exsuperet, ut Apellis pictura tabulæ cedit. Quod in hac l. proponit Paulus in *§. sed & id quod*, & confirmat *l.3. §. ult. ad exhib.* Ideoque actione in rem saltem utili dominus tabulæ tabulam petere, & sibi vindicare potest, si eam pictor possideat, qui eam depinxit bona fide, *l.9. §. literæ, de adquir. rer. dom.* Sed si, ut dixi, scriptor, aut pictor bona fide chartæ, aut tabulæ meæ possessionem nactus sit, non aliter eam ab eo consequar, vel utili actione in rem, quam si ei exsolvam scripturæ, aut picturæ impensas, aut pretium præstem. Cæterum in hac specie de pictura, post multas controversias tandem jure singulari (quia non idem obtinet in aliis speciebus ante propositis, in aliisque exemplis) In hac, inquam, specie de pictura post multas controversias obtinuit, pictori si tab. possideat is, cujus tabula est, dari directam rei vindicationem, ut tamen tabulæ pretium inferat possessori, alioqui obstabit exceptio doli mali. Domino igitur tabulæ datur utilis vindicatio: domino imaginis, sive pictori datur directa. Et potiora igitur sive potentiora jura habet pictor: quæ fuit Sabinianor. sent. quam attingit Paulus in *§. sed & id quod*, illo loco, *licet de pictura quidam contra senserint*. Neque tamen sequitur Paul. eam sentent. in hoc §. sed Proculianorum potius, qui contra dicebant, picturam etiam pretiosissimam tabulæ cedere etiam vilissimæ. Et ideo soli domino tabulæ competere vindicationem directam, nullam pictori competere. Et tandem media sent. obtinuit inter Sabinianos, & Proculianos, quæ & tutior est: media sent. dat utrique vindicationem tabulæ: sed pictori directam propter pretium picturæ, quod non fuit insuperhabendum, aut dissimulandum: domino tabulæ utilem tantum, quasi præpollente pretio picturæ. Idque proponitur in *§. sed & id quod*. Et hæc de pictura inscripta alienæ tabulæ. In aliis speciebus, aliisve exemplis, quæ ante relata sunt, vindicatio ei soli datur, qui ejus rei dominus est, & fuit: cui quidem rei ex alieno junctum, & adjunctum est, quasi & id quoque dominio ejus accesserit, ut si meæ statuæ adjunctum sit brachium alienæ. ego solus totius statuæ vindicationem habeo directam & utilem. Is vero, cujus brachium fuit, nullam neque directam, neque utilem vindicationem habet, sed aliquando habet tantum actionem ad exhibendum in hoc, ut separetur brachium, & tunc vindicetur: nam quamdiu cohæret statuæ meæ, vindicari ab eo non potest. Et sic de cæteris omnibus speciebus dicendum est, excepta illa de imagine depicta in tabula aliena, quæ fuit in controversia, & con-

tro-

troversiæ secandæ causa jure singulari permittit utrique vindicationem tabulæ, sed uni directam, alteri utilem. Sed in exemplo statuæ permaneamus. Secundum hæc, quæ diximus, non potest is, cujus brachium fuit, brachium suum esse, aut statuam suam esse dicere, non certe statuam, quæ majori ex parte mea est, non item brachium, quamdiu cohæret meæ statuæ, quia tota statua uno spiritu continetur, ut loquitur Paulus in hac lege, *§. item quæcunque, in fin.* & Pomponius in *l. rerum, inf. de usurp. & usucap.* qui Stoicorum more *unum spiritum* vocat vim ipsam naturæ, quæ rem coadunat, & devincit, adeo ut vitam efficiat, veluti spiritu quodam eam permeante, vel diffuso per eam, ut Aphrodisæus ait in *l. de mistura,* πνεύματος τινὸς διὰ πάντων διήκοντος. Et ita Fabius II. Instit. *memoriam cæteras eloquentiæ partes veluti spiritu quodam continere*. Quod vero de statua dixi, cui alienum brachium injunctum est, hanc distinctionem recipit, quæ proponitur in *§. item quæcunque*, ut multum intersit, quo genere, quove artificio statuæ meæ brachium alienum junctum sit, ferruminatione, an plumbatura. Ferruminationem fieri per eandem materiam, ut si per ferri materiam ferreæ statuæ jungatur ferreum brachium. Hoc proprie ferruminatio est, & in glossis, σίδηρος ἕνωσις ἄνευ μολύβδου, *Unio, quæ fit ferro adhibito sine plumbo*, Basilicis est λιπασμός. Sed porrigitur hæc quoque appellatio ad quamcunque aliam commixtionem, sive confusionem, quæ fit per eandem materiam, ut si adhibita æris materia statuæ æneæ jungatur brachium æneum. Et ita Plinius 31. cap. 7. *Aqua ferruminari massas salis*: nam & sal ipsum aqua concreta est. Denique ferrumen est gluten, sive glutinum ejusdem materiæ. Plumbaturam vero fieri plumbo, vel stanno adhibito diversæ materiæ, ut si lapis lapidi plumbo jungatur, *l. 2. de sepulc. viol.* Basilicis est κόλλησις, si æs æri plumbo jungatur, ut Lucretius VI. *æreaque res*, inquit, *plumbo fit, uti jungatur ab albo*: plumbum album vocans stannum, ut Cæsar in comment. *in Britannia nasci plumbum album*. Notum est Britanniam hoc præcipue metallo præstare, id est, stanno. De plumbatura Juvenalis 14. Satyra.

Dolia nudi
Non ardent Cynici: si fregeris, altera fiet
Cras domus, aut eadem plumbo commissa manebit:

Hinc credo intelligimus, quid sit ferruminatio, quid plumbatura. Nunc ita dicamus, si plumbatura statuæ tuæ junctum sit brachium alienum, id brachium is, qui dominus fuis brachii, petere quidem non potest in rem actione, sed agere potest ad exhibendum, ut separetur, quia facile solvi plumbatura potest. Quod plumbatum est, facile deplumbari potest, ac deinde deplumbatum vindicari. Quod si ferruminatione statuæ tuæ junctum sit brachium alienum: nec in rem, nec ad exhibendum agere potest is, qui brachii dominus fuit: quia id ita suæ statuæ confusum, & commissum est per eandem materiam, per idem metalli genus, ut id dividi, & separari non possit: & plane, quod tuum fuit, consumptum videtur, usque adeo, ut nec si inde forte abruptum sit brachium, dominium ejus redeat ad priorem dominum, quia alia res esse intelligitur: Nec enim ita examussim abrumpi potest, ut integrum quod fuit ante brachium duntaxat abrumpatur, sed agere potest cujus brachium fuit, quod statuæ ferruminatione junctum est actione in factum generali de pretio brachii quondam sui: hæc actio est omnium aliarum actionum extremum subsidium. Præterea Paulus in hoc *§. item quæcunque*, duo genera corporum facit: alia, quæ constant ex distantib. & disjunctis à se capitibus, sive partibus, quæ διεστῶτα Græci vocant, ut grex, armentum, equitium, chorus, familia. In his corporibus singulæ partes, singula capita, in sua substantia, in sua specie propria durant. Et ideo possum gregem vindicare, licet aries tuus, vel ovis quædam tua, vel oves quædam tuæ immixtæ sint. Et vicissim tu potes vindicare arietem tuum, quia retinuit suam speciem, aut ovem tuam, ovesve tuas, *l. 2. hoc tit.* Et similiter, si choro meo sit immixtus servus tuus, ego possum chorum vindicare, tu servum tuum. Idem de familia servorum dici potest. Idem de frumenti acervo, *l. 5. in prin. hoc tit.* quia & acervus frumenti ex hoc genere corporum est, quia singula grana suam speciem integram retinent, & singula quidem non vindicabuntur, hoc esset ineptum, sed vindicabitur quantum paret in eo acervo suum cujusque esse, *d. l. 5.* Alia vero sunt corpora cohærentia, continuata, & quasi uno spiritu connexa, quæ ἡνωμένα, & ἀλληλουχούμενα, & συμφυῆ vocantur, *d. l. rerum*, & à Plutarcho in lib. de præceptis connubialibus, & in scholiis Dionisii theologi: hujusmodi sunt, *homo, lignum, lapis, & statua*, qua de agimus. Ex his vero corporibus nulla pars ab alio quoquam vindicari potest. Denique brachium ex tua statua junctum meæ à te vindicari non potest, sed neque de eo agi potest ad exhibendum, si statuæ junctum sit ferruminatione. Sed si plumbatura, sane de eo ad exhibendum agi potest. Est & tertium genus corporum, de quo agitur in *§. tignum*.

AD *§. Tignum*. Repetenda sunt, & intexenda iis, quæ sequuntur, ea, quæ diximus postrema recitatione. Quæstio, quæ potissimum agitatur in hac lege 23. hæc est: si rei meæ rem tuam junxero, sive adjecero, ita ut pars ejus fieret, an totius ejus rei dominus sim, totamque eam rem vindicare possim, simul scilicet cum eo, quod ei adjunxi de tuo? Et an etiam tu possis vindicare, quod tuum in ea re est, aut si id non possis vindicare, qua actione tibi consulatur? Hæc est quæstio, quæ ut definiatur, videndum illud in primis est, quo ex genere rerum sit ea res, de qua quæritur. Neque enim omnes res sunt unius generis, sed sunt rerum omnium, id est, corporum tria genera. Alia enim corpora ex distantibus, & à se disjunctis partibus, sive corporibus singularibus constant, ut grex, armentum, equitium, familia, chorus, & frumenti acervus. Plura sunt corpora singularia, ut ait *lex rerum, de usurp. & usucap.* Plura corpora singularia, non soluta, inquit, id est, non separata, sed *quasi acervatim in unum redacta concilium*, ut Boetius ait 1. lib. Arithmet. qui ea etiam corpora proprie *multitudines* appellari scribit. Grex multitudo est: armentum multitudo: populus, legio, & similia. Alia sunt corpora, quæ constant ex cohærentibus, & uno spiritu devinctis partibus, ut homo, arbor, lapis, statua, quæ idem Boetius proprie scribit appellari *magnitudines*. Græci, ut ait *d. l. rerum* ἡνωμένα vocant, id est, unita corpora. Paulus hoc loco vocat *cohærentia corpora, quæ uno spiritu continentur*. Alia vero sunt corpora, quæ constant ex partibus sese contingentibus, sive cohærentibus inter se, non uno quidem spiritu, sed compagine una, quæ ut *lex rerum* ait, dicuntur συνημμένα, Latini dicunt composita, connexa, conjuncta, cujus generis est ædificium, quod constat ex tignis, ex cæmentis, aliisque speciebus sese contingentibus. Item navis, quæ constat ex variis tabulis sese contingentibus, & armarium, quod & fenestram vocat Plautus, *concludere in fenestram firmiter*. Itemque vehiculum, & vestimentum, cui insutæ sunt sæpe institæ multæ, *des bandes*: Hæc sunt tria corporum genera, quæ singula in hac quæstione excutienda sunt. Et in primi quidem generis corporibus, quæ ex distantibus, & disjunctis partibus sunt, quia singulæ partes, ut in grege, retinent propriam speciem, propriam substantiam, ideo cuique dominorum salva est suæ partis vindicatio. Partis, inquam, certæ, vel incertæ, ut si gregi meo immistæ sint quædam oves tuæ, & mihi gregis vindicatio competit, & tibi tuarum ovium, *l. 2. h. t.* Si choro meo immistus sit quidam ex servis tuis, & mihi similiter chori vindicatio competit, & tibi æque servi tui: quia chori distantia sunt corpora, & à se disjuncta, ita ut & disjunctim de singulis agi possit. Item si ex tuo, & meo frumento confectus sit acervus, partis cuique suæ vindicatio competit. Sed hoc casu partis incertæ, puta, quantum paret in illo acervo suum cujusque esse, *l. 5. in princ. h. t.* Et hæc de primi generis rebus. In secundi generis reb. sive corporibus, quæ Paul. in h. l. vocat cohærentia corpora, quæ tamen ejusmodi sunt, ut eis ex alieno quid jungi possit: neque enim in hominem, vel aliud animal hæc disputatio cadit, cui nihil ex alieno jungi potest: Sed si quid ex alieno his corporibus, quæ mea sunt, junctum sit, mihi soli vindicatio totius corporis, totius rei competit, nulla tibi, quamdiu res tua meæ unita est. Sed si à toto resolvi, & separari possit, tu potes agere ad exhi-

bendum,ut separetur à toto pars, quæ tua est,ac separatam A deinde vindicare potes. Contra, si separari non possit, necessaria tibi est de pretio rei tuæ actio in factum prætoria. Exempli gratia, si statuæ meæ brachium tuæ statuæ applumbatum sit, vel si scypho meo ansa, aut fundus scyphi tui, quamdiu ea res in eo habitu sive statu manet, quod ad te pertinet, vindicare non potes: sed quia facile plumbatura resolvi potest, deplumbari potest, tu potes agere ad exhibendum, ut quod tuum in ea re est, separetur, deplumbetur, ut ejus vindicandi sit tibi copia, & facultas,sed si statuæ meæ brachium tuæ sit ferruminatum,aut si scypho meo ansa, vel fundus tui, quia ferruminatio adamussim exactamve rationem resolvi non potest, nec separari, quod per eam de tuo junctum est meo; ideo neque de eo, quod tuum est agere potes rei vindicatione, neque actione ad exhibendum,ut separetur,quia separari non potest. Proinde B nec si casu quodam brachium statuæ meæ, quod erat tuum,abruptum à statua mea fuerit,id potes vindicare,quia non id ipsum est proprie brachium, quod statuæ meæ cohærebat olim: vel enim minus est in eo, vel plusquam olim fuit in tuo: neque enim abrumpi ad exactam rationem potest; quod ferruminatione statuæ meæ ita confusum, & commixum est, ut exacta ratione deduci non possit: si abruptum brachium posses vindicare, posses & de eo adhuc cohærente meæ statuæ agere ad exhibendum. Hoc autem non potes, ergo nec illud. Denique in hoc genere rerum, quando difficilis est separatio rei tuæ ab universo corpore, rei tuæ nomine, neque tibi vindicatio competit, neque ad exhibendum, sed potes agere de pretio ejus rei adversus me actione in factum prætoria, quæ extremum est juris sui obtinendi, & generale subsidium, aliis actio- C nibus deficientibus: Eadem est ratio scripturæ, vel picturæ appositæ in aliena tab. si quid in charta, aut membrana mea tua manu scripseris, quia ejus scripturæ separatio non est: tibi chartæ, aut membranæ non competit vindicatio, neque eo nomine ad exhibendum agere potes, sed pretium scripturæ consequi poteris per exceptionem doli mali, si chartam, aut membranam apud te habeas, vel si non habeas, per illam in factum actionem prætoriam, ut tandem obtinuit; ratio longe alia est scripturæ, alia picturæ: namque propter excellentiam picturæ plus tibi datur jure singulari, si in tab. mea pinxeris imaginem: nam potior est causa picturæ sive imaginis, quam tabulæ, hoc est tabula picturæ cedere videtur potius, quam pictura tabulæ. Qua de causa, & tabulæ pictæ tabular. nomen fere amittunt, & nomen imaginis assumunt. Et certe quas *tab. pictas* Livius D vocat 38. Polybius in fragmento 28. vocat *τὰς γραφὰς, picturas*.Commune est Græcis picturæ, & scripturæ nomen: & vero tibi,qui pinxisti imaginem in mea tab.datur directa vindicatio tabulæ, quia præcellit causa picturæ, oblato tab. pretio: mihi tantum datur utilis vindicatio tab. si eam teneas oblato picturæ pretio. Hæc sententia obtinuit, *l. 9. §.literæ, de adquir. rer. dom.* non obtinuit sententia Pauli, quæ proponitur in *§. sed & id quod*, picturam tabulæ cedere, quod pictura sine tab. stare non possit. Hæc erat ratio Pauli, sed media sententia obtinuit, ut si dominus tabulæ eam teneat, vindicet pictor ab eo tabulam oblato pretio tabulæ directa vindicatione, & quasi jure potiore. Sin autem eam tabulam pictor teneat, vindicet ab eo tabulam tabulæ dominus utili tantum vindicatione oblato pretio picturæ. Et hæc de secundi generis rebus,de quibus E quod diximus,idem plane videtur statuendum esse in tertii generis corporibus, quæ scil. ex variis partibus se contingentibus composita sunt, ut in navi, armario, ædificio,vehiculo, vestimento: nam quod in ejus generis re mea de tuo junctum est, non potes quidem id tu vindicare quamdiu rei meæ cohæret,cui id cedit accessionis vice: sed si separari possit, potes agere ad exhibendum, ut separetur, & tum vindicetur à te, ut si navi, vel armario meo junxero tuam tabulam, tuam tabulam vindicare non potes, sed prius debes agere ad exhibendum, ut ea separetur,ac deinde eam vindicare. Idemque est si vehiculo meo aptaverim tuam rotam, rotam vindicare non potes, sed ut ea separetur agere potes ad exhibendum,quo sit tibi ejus vindicandæ copia,& facultas.Idem est si vestimento meo tuam purpuram intexuero, si candelabro meo sigillum tuum, si (genus poculi est)phialæ meæ ἔμβλημα tuum junxero,si annulo meo gemmam tuam inclusero, gemmam non potes vindicare, sed ut ea separetur agere potes ad exhibendum, & tunc vindicetur, *l.6. & 7.§.1.ad exhib.*Sed si quod rei meæ ex tuo junctum est non possit separari, ut si ædificio meo junxero tignum tuum, quo nomine & cæmentum continetur, & testa, & generaliter omnis materia, qua ædificium fit,vel etiam,quæ ad vineæ tutelam necessaria est,ut puta tigni appellatione continentur perticæ, pedamenta, juga, ridicæ:quia vero & tigna tua,quæ juncta sunt ædificio meo, aut vineæ meæ separari non possunt,de his neque tu potes agere rei vindicatione, neq; ut separentur, eximantur, excludantur actione ad exhibendum.Ideo autem separari non possunt,non quia id natura non ferat,nihil enim est facilius, quam tignum eximere ædificio, aut trabem, aut cæmenta, aut vineæ pedamenta: Non, inquam, quia separationem natura non ferat, sed quia lex 12. tabul. nominatim vetat tignum alienum junctum ædibus, aut vineæ resolvi,excludi, eximi,ne diruantur ædificia:publice enim interest non dirui ædificia: ne item vinearum cultura turbetur, *l. 1. de tig. juncto*. Denique tignum tuum quamdiu cohæret ædificio meo, aut vineæ meæ, neque vindicari potest, neque de eo agi ad exhibendum: *nisi*, inquit, Paulus *in §. pen. adversus eum, qui sciens alienum junxit ædibus*, id est, adversus furem: nam in eum est actio ad exhibendum, non quidem ut separetur tignum, quia hoc lex vetat, sed quia dolo fecit, quo minus possideret dum id junxit ædibus suis, vineæve suæ, *l.1.in fi.de tig.junct.* agi, inquam, in eum potest ad exhibendum pretii nomine quanti in litem juratum erit:pretii nomine,quod fecerit juratus actor,non quia dolo desiit possidere: neque enim id possedit ante, neque nunc possidet, quum junctum est ædibus suis. Qui ædes possidet, non possidet singula tigna, *l. qui universas, de adquir.poss.* Non igitur quia dolo desiit possidere, sed quia dolo fecit, quo minus possideret, quia tigna juncta suis ædibus non possidet. Eademque ratione ei dari poterit actio in rem, quia dolo fecit, quo minus tignum possideret,dum junxit ædibus suis.Est enim in eum,id est,in furem actio in duplum ex 12.tab.quæ meram dupli pœnam continet extra rem,*l.2.de tig.junct.*At notandum,eandem quoque in duplum actionem ex 12. tab. dari etiam in non furem, qui tignum junxit ædibus suis, id est, qui ignorans alienum tignum, quod erat furtivum, id est, quod alius furto subripuerat, suo ædificio, vel suæ vineæ junxit. Hoc ostendit Paulus in *h.§.*quod prima facie durum videtur, ut qui bona fide junxit tignum alienum suis ædibus, quasi fur teneatur in duplum, sed ideo tenetur, quia olim non tantum furti erat actio in eum, qui furtum fecerat, sed etiam erat actio furti concepti in eum, qui furtum non fecerat, apud quem tamen res furtiva inveniebatur. Ideoque adversus eum, qui bona fide tignum alienum, quod erat furtivum junxit suis ædibus,est actio in duplum ex 12. tab. quia tignum furtivum apud eum conceptum est,vel tignus furtivus apud eum conceptus est (Utrumque recte dicitur, ut apud Livium sæpe tignus,& tignum)qui tamen habet regressum adversus eum, qui id tignum ei obtulit,ut apud eum inveniretur,non apud se per actionem furti oblati, *§.conceptum, Inst.de oblig.quæ ex delicto*. Actio furti concepti solemni more per lancem, & licium, idem continet ex 12. tab. quod actio furti manifesti, auctore Gellio. At actio furti concepti alia ratione, quam lance, & licio per lictorem,puta furti non quæsiti, sed cogniti facile in ædificio alieno, idem continet, quod actio furti nec manifesti, id est, duplum. Et quod necessario est sciendum, in furem, qui sciens junxit, tota est pœnalis, *d.l.2.* in non furem est mixta: id est, continet rem, aut rei pretium, & pœnam in alterum tantum. Unde nunc magis accedo priori sententiæ meæ, maxime monitus in originali Festi, quod nuper edi curavit Fulvius Ursinus, de tigno juncto *legem 12.tab.* ita esse perscriptam: *Tignum junctum ædibus, vineæve, & concapit ne solvito*. Mea opinione fuit pro *& concapit*, esse legendum, *& concapitum*, id est, conceptum cognitumve,

ut

ut in Glossis veterum *concapito*, id est, concipito, & similiter in 12. tab. *incapito antestari*, id est incipito. Conquiri res furtivæ solebant per lictores lance, & licio, quod Festus interpretatur, res scilicet furtivæ, quæ abditæ erant, quæ non erant in propatulo quæri, deinde cognosci de illis. Quæ autem erant in propatulo, ut tigna ædificiorum, aut vinearum, cognosci tantum. Et ad id facit nonnihil locus fœderis icti cum Antiochо apud Livium 58. *si quid ablatum est, id conquirendi, cognoscendi, repetendique jus esto*. Et hæc ita se habent, si tignum furtivum fuerit, quod vel fur, vel non fur junxit suis ædibus: nam si tignum furtivum non fuerit, cessat actio legitima in duplum, quia ea actio tantum est de tigno furtivo, *l. de eo, de donat. int. vir. & uxor.* Quod & tituli de tigno juncto vicinitas cum titulo de furtis satis aperte demonstrat. Sed hoc casu, videlicet quum tignum non est furtivum, erit in eum, qui junxit suis ædibus bona fide, quia furtivum non est, quod apud eum concipitur, & esse cognoscitur: hoc, inquam, casu in eum tantum est actio in factum prætoria de tigni pretio sive æstimatione, *l. qui res, §. ult. de solut.* Et rursus hæc omnia ita se habent, quamdiu tignum cohæret ædificio: nam diruto ædificio ex causa aliqua dominus tigni tignum vindicare, & de eo agere ad exhibendum potest, si nondum sit consequutus duplum ex 12. tab. *§. cum in suo, Institut. de rer. divis.* quod ostendit §. ultimus hujus legis. Qui ex alienis cæmentis, quæ etiam veniunt tignorum appellatione, in suo ædificat, domum totam vindicare potest, quia superficies cedit solo. Prior autem dominus non potest cæmenta vindicare, vel eo nomine agere ad exhibendum, ut separentur, quia obstat *l. 12. tab.* diruta tamen domo prior dominus eam vindicare potest, vel agere ad exhibendum, si non ante egerit in duplum. Idemque est, si domus illa à quodam extraneo, non domino, vel ab alio quodam, qui in alieno solo ædificavit, transierit ad bonæ fidei possessorem, vel emptorem, & ab eo usucapta sit: nam etsi usucapta sit domus, dissoluto ædificio, domino competit vindicatio tignorum suorum, & cæmentorum suorum, quia domus usucapta est, non singula cæmenta, & possessa est domus, non singula cæmenta & tigna. Et ideo usucapio domus ei non abstulit dominium cæmentorum, tignorum suorum: quod ostenditur in *l. 7. §. illud recte quæritur, de adquir. rerum dom. & l. eum, qui, de usurp. & usucap.*

Ad L. XXVI. eod. *Sin autem, cum à Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere, & ideo liti se obtulit: & hoc ipsum in re agenda testatione probavero: omnimodo condemnandus est.*

Ad §. *Possidere autem aliquis debet utique, & litis contestatæ tempore, & quo res judicatur. Quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res judicatur sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. Item si litis contestatæ tempore non possedit, quo autem judicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur: ergo & fructuum nomine, ex quo cœpit possidere damnabitur.*

Ad §. Si homo petitus, *dolo possessoris deterior factus sit: deinde sine culpa ejus, ex alia causa mortuus sit: æstimatio non fiet ejus, quod deteriorem eum fecerat: quia nihil interest petitoris: Sed hæc, quantum ad in rem actionem: Legis autem Aquiliæ actio durat.*

Ad §. Sed & is, *qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione: Idque ex Senatusconsulto colligi potest, quo cautum est (ut diximus) ut dolus præteritus in hereditatis petitionem veniat. Cum enim in hereditatis petitione, quæ & ipsa in rem est, dolus præteritus fertur; non est absurdum per consequentias, & in speciali in rem actione dolum præteritum deduci.*

Ad §. Si per filium, *aut per servum pater, vel dominus possideat, & is sine culpa patris, dominive, vel judicandæ tempore absit: vel tempus dandum, vel cavendum est de possessione restituenda.*

Ad §. In rem petitam *si possessor ante litem contestatam sumptus fecit: per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali judicio servum defendit, & damnatus præstitit pecuniam; aut in area, quæ fuit petitoris, per errorem insulam ædificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum ædificium. Quod & in area uxori donata, per judicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt. Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum Proculus existimat: quia neque carere servo meo debeam, nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus.*

Intelleximus ex l. 23. rei vindicationem ei dari, qui dominium adquisivit jure civili, veluti usucapionis jure, aut jure gentium, veluti traditionis jure factæ à domino ex justa causa adquirendi dominii, vel etiam, ut in eadem l. explicatum fuit, accessionis seu prævalentiæ jure. Nunc intelligimus ex hac l. 27. adversus quem detur. Et primum quidem constat eam dari adversus eum, qui rem possidet, quive dolo malo fecit, quo minus eam possideret. Hoc enim est, quod dicitur in *l. non alias, §. ult. de judic.* in rem actionem esse ex præsenti possessione: ex præsenti scil. aut præterita, quam amiserit dolo malo, quæ pro præsenti habetur, licet non sit præsens juxta regulam leg. 131. *& l. 150. de reg. jur.* Hoc idem est, quod dicitur in *l. 1. C. de alien. jud. mut. caus. fac.* In rem actionem possessionem parere adversario, ut in *l. ult. hoc tit.* actionem in rem non pati eum, qui dicit se non possidere. Et hoc etiam titulo in *l. 36.* eum, qui agit in rem actione frustra agere, si is, cum quo instituit actionem, neque possessor sit, neque dolo desierit possidere. At nonnunquam etiam in rem actione tenetur quasi possessor is, qui neque possidet, neque dolo desiit possidere, puta si mentiatur se possidere, & ultro se rei defensioni offerat, & litem contestetur, hoc enim exigitur omnimodo, atque ita frustretur, moretur, decipiat, eludat actorem ignorantem persuadendo ei se rem possidere. Dico *si litem contestetur*: Nam si cum ante litem contestatam falso dixisset se possidere, pœnitentia actus etiam ante litem contestatam vere dixerit non possidere: absolvitur, quia nondum litem contestatus est, & ex ejus pœnitentia nulla fraus, nulla captio actoris est. Post litem contestatam non est ei integrum negare, se non possidere. Ideoque etiamsi id negaverit post litem contestatam condemnandus est, quasi possessor, vel ex clausula doli mali, dolum malum abesse, & abfuturum esse: quæ pars est stipulationis judicatum solvi, quam interponere initio judicii debet: & hæc ostenduntur obtinere etiam in petitione hereditatis, in omnibus judiciis in rem, vel quæ præparant judicium in rem, ut in actione ad exhibendum, *l. iter, §. non solum, l. qui se liti, sup. de petit. hered. l. 25. hoc tit.* Damnandus, inquam, est quanti actoris interfuit non decipi. Cujus rei & simile argumentum est in *l. electio, §. neque homini, de noxal. act. l. heres, de petit. hered.* mendacium corrigi potest ante litem contestatam re integra, quia ea res actori non est fraudi, qui nondum quicquam in litem impendit. Post litem contestatam sera est correctio mendacii, id est, si actor veri fuerit ignarus, id est, fuerit deceptus mendacio ejus, qui primum dixit se possidere: Nam si ab initio litis actor sciverit eum non possidere, is certe absolvendus est, quia sciens decipi non videtur, quin potius ipse se decepit, quam decipiatur, qui sciens agit cum eo, quem scit non possidere, *l. 26. hoc tit.* Imo vero in uno casu, qui proponitur initio hujus legis 27. etsi ante litem contestatam ille, qui falso dixit se possidere, & rei defensioni se obtulit, pœnitentia actus mendacium correxerit, damnandus est, quanti interfuerit actoris ignorantis non decipi: puta, si mendacio suo, sive falsa persuasione effecerit, ut quum dominus agere vellet adversus Titium verum possessorem, non egerit adversus eum. Quare factum sit, ut interim Titius, qui erat bonæ fidei possessor, rei usucapionem impleret, quæ res maxime est fraudi domino. Et ideo etiam correcto mendacio ante litem contestatam, is, qui mentitus est, damnandus est ei, videlicet, quod & exprimitur, si & hoc ex scripto habita testatione, adhibitis testibus actor protestatus sit, puta se ideo non agere cum Titio, quod ille alter diceret se possidere, non Titium, & in re agenda testationem illam proferat, atque adeo per eam judici probet, se dolo illius delusum, & circumscriptum fuisse: mendacium species est doli. Testa-

tionem vero hoc loco recte Basilica interpretantur ἔγγραφον διαμαρτυρίαν. A Testatio ita facta, ex scripto scilicet, & adhibitis signatoribus, plurimum valet ad fidem faciendam judici, dolumque comprobandum, ut *l. ult. de custod. reor. testationibus id probandum est, ut hoc loco, & hoc ipsum testatione probavero*. Hoc vero testationis genus Ovidius de Ponto expressit his verbis.

Confiteor, testere licet, signate Quirites.
Nil opus est legum viribus, ipse loquor.

Illo autem condemnato ob suum mendacium, non est existimandum, ideo minus dominum rei posse agere cum Titio vero possessore rei vindicatione, videlicet, si nondum Titius rem usuceperit, nam & à Titio rem vindicabit, quam nondum usucepit, *l.7. hoc tit.* Et ab illo, qui mentitus est, consequetur quanti sua interest: neque enim mendax condemnatur nomine possessoris, sed suo nomi- B ne ex dolo proprio.

AD *§.Possidere.* Sequitur in *§.1. h.legis.* Quotiens in rem actione agitur adversus possessorem, ut sequatur condemnatio, non satis esse, si rem possederit tempore litis contestatæ, nisi etiam eam possederit tempore rei judicatæ: nam si pendente lite nondum re judicata, sine dolo malo, & culpa sua amiserit ejus possessionem, ut puta si res, qua de agebatur, naturaliter interierit, si homo, qui petebatur sua morte interierit, exuerit hominem, condemnandus non est, sive bonæ fidei possessor fuerit, sive malæ fidei, si modo res eo modo interierit, quo erat interitura apud actorem, si statim ei restituta fuisset, *l.15.§.ult. hoc tit. l. illud, de petit. heredit.* Satis autem est, si rei judicatæ tempore rem possederit, licet eam non possederit tempore litis contestatæ. Unde C inf. in hac l. rectius Florentini, *rei judicandæ tempore*, quam vulgares, *rei vindicandæ tempore*. Quia rei judicandæ tantum tempus spectatur. Ergo & fructuum ratio habetur, ut subjicit Paulus, ex eo tantum tempore, quo rem possidere cœpit, non ex tempore litis contestatæ, quo rem non possederit. Et hujus sententiæ auctores sunt Proculiani, ut Paulus in hoc §. significat his verbis: *Probanda est Proculi sententia, ut omnino condemnetur*, qui rei judicatæ tempore possidet: licet non possideat tempore litis contestatæ: Quam etiam esse probandam Ulpianus ait in *l. quæsitum, in princip. de pecul.* Et Proculo adjungit Pegasum, qui etiam fuit ejusdem sectæ, itemque Celsum, in *l. item videndum, §. pen. de petit. hered.* Sabiniani dissensisse videntur, quod perperam inchoatum sit judicium in rem in non possessorem. Hi initium judicii spectabant, illi exitum, quorum sententia D probatur, & legibus prævaluit: Et addit Ulpianus *in d. l. quæsitum*, idem servari in actione ad exhibendum, ut *l.7.§. pen. & ult. ad exhib.* & in actione de peculio: Nam etsi nihil sit in peculio litis contestatæ tempore, cum actione de peculio agitur adversus patrem, vel dominum, modo sit rei judicatæ tempore, condemnatio facienda est, ut *l. Fulcinius, §. si qui actione, quibus ex caus. in possess. eat. l. 26. §. pen. de jurejur.* Idem etiam servatur in petitione hereditatis, *l. si quo tempore, & d. l. item videndum, §. pen. de petit. hered.* In qua etiam actione dicimus in *l. si à domino, §. pen. eod. tit.* quum quæritur, an bonæ fidei possessor factus sit locupletior, tempus rei judicatæ spectari, non tempus litis contestatæ.

AD *§. Si homo.* Proculianorum autem sententiæ congruit E etiam, quod sequitur in hac lege, *§. si homo.* Si post litem contestatam possessor servum, quo de agebatur, dolo malo deteriorem fecerit, puta debilitaverit, aut vulneraverit, utique officio judicis continetur, ut habeat rationem damni dati, ut æstimet quanti deterior servus, qui petebatur factus sit post litem contestatam, ut *l. non solum, sup. h. t.* excepto uno casu, qui proponitur in hoc §. Si dolo malo à possessore servo petito, deteriore facto, postea adhuc pendente judicio, pendente lite, is servus, sine dolo malo, & culpa possessoris suo fato interierit, non ex vulnere, sed ex fati necessitate, aut vi majore quadam. Hoc enim casu, ut ostenditur in hoc §. absolvendus est possessor à judicio in rem, quod est de proprietate, quia inepte quæritur de proprietate mortui. Et quia igitur rei judicatæ tempore non possidet servum, ut necesse est, nec dolo culpave sua possidere desiit. Quod adeo verum est, ut nec æstimare judex possit, quanto servus ille deterior factus antea fuerit. Post litem contestatam tamen, quia suo fato interempto servo, jam nihil ob eam rem actoris interest, & actio in rem, ut & actio ad exhibendum datur tantum ei, cujus interest rem restitui utroque tempore, scilicet litis contestatæ, & rei judicatæ, ut est nominatim proditum in *l.7.§. ult. ad exhib.* In hac tamen specie actori integra manet actio legis Aquiliæ in simplum, si reus confitetur, vel in duplum, si negat. Morte hominis petiti extinguitur judicium in rem. Non extinguitur tamen ratione damni dati, id est, deterioris servi effecti, semel nata actione legis Aquiliæ, quæ competit maxime, cum sit pœnalis, etiam ei, cujus interesse desiit. Satis est enim, si olim interfuerit semel, quod & in omnibus aliis actionibus locum habet, quæ vel pœnam, vel id, quod interest, vel vindictam persequuntur, *l.3. §. ult. ad l. Fab. de plag. & l. quæcunque, de oblig. & act. l. doli, §. ult. de serv. corrup.* Et hoc, ut dixi supra, sive ab initio is, quo cum agebatur in rem, bonæ fidei possessor fuerit, sive malæ fidei, si tamen eo modo post litem contestatam servus interierit, quo & apud actorem interiisset, si ei in tempore restitutus fuisset. Et ita explicandus est *§. si homo.* Porro in hoc libro Paulus prius docuit, actionem in rem dari in possessorem, eumve, qui possessorem se esse diceret, id est, qui se liti offerret, eumve, qui post litem contestatam dolo malo desiisset possidere.

AD *§. Sed & is.* Deinde in *§. sed & is, qui*, docet & adversus eum dari actionem in rem, qui ante litem contestatam dolo malo desiit possidere. Præteritum scilicet dolum venire non minus in actione in rem speciali, quam in petitione hereditatis, *l.13.§. is autem, & l.25.§. si ante, de pet. hered.* quod in petitione hereditatis nominatim est comprehensum SC. Adriano, ut in ea habeatur ratio doli præteriti, id est, admissi ante litem contestatam. Valde supinus est error Basilicῶν, quæ interpretantur præteritum dolum, ἀμνημόνευτον, quasi silentio præteritum, ut præteritum filium vocamus. Satis manifestum est, significari præteriti temporis dolum, qui scilicet admissus est ante litem contestatam in utroque judicio, non tantum præsentem dolum aut futurum, sed & præteritum venire. Et hoc quoque in hoc *§. sed & is* Paulus scribit, se ante dixisse, nempe in *l. si à domino, §. si prædo, sup. de petit. hered.* Et argumentatur à petitione hereditatis ad actionem in rem specialem: inquit, *per consequentias, & in speciali in rem actione dolum præteritum deduci*. Per consequentias, inquit, quasi scilicet magnitudo centumviralis judicii, quale est petitio hereditatis exemplum, sive specimen esse debeat cæteris judiciis privatis in rem. Par enim in omnibus intervenit ratio, ne quis quod dolo fecit impune ferat: ergo & in omnibus deducitur,ferturque dolus præteritus. Senatusconsultum de petitione hered. quod palam definit in ea præteritum dolum deduci, per consequentias, & sequelas quasdam necessarias juris, & patis necessitatis, ut Stoicā loquuntur, κατὰ παρακολούθησιν apud Gell. 6. cap. 1. Id Senatusconsultum locum habet etiam in qualibet actione in rem speciali.

AD *§. Si per filium.* Mox Paulus inquit in *§. si per filium*, hac actione teneri etiam eum, qui rem mobilem (species enim hæc congruit tantum rei mobili) possidet per alium, puta per filium, aut servum, qui rem mobilem possidet, non suo, sed alieno corpore. Sed si sine culpa ejus rei judicandæ tempore absit filius, vel servus, quod tempus potissimum spectari oportet, ut jam ante dixi, dandum est ei spatium certi temporis, intra quod jubeat filium, aut servum redire, qui rem mobilem secum pertulit, aut certe cautionem eum præstare debere, de re restituenda certa die, aut quum in suam potestatem pervenerit, ut in *§.1 Inst. de off. jud. l.5.§. ult. l. de eo, §. si justa causa, ad exhib.*

Ad

AD *§. ult.* In hoc §. ult. ostenditur, possessorem, qui in rem actione convenitur, petitori reputare posse impensas utiles, & necessarias, quas in rem, quæ ab eo petitur, fecit ante litem contestatam: ut si servum, qui petitur, ægrotum curarit suis sumptibus, & persanaverit, *l. ult. C. in quibus caus. cess. longi temp. præscr.* vel si domum, quæ petitur refecerit, si in agro, qui petitur novelleta instituerit, vineta, oliveta petitionem quidem earum impensarum possessorem non habere, sed reputationem habere opposita exceptione doli mali, quia petitor dolo facit, qui ex aliena jactura lucrum facere tentat, *l. plane, de pet. hered.* Beneficio hujus exceptionis possessor rem, quæ petitur, retinet, nec ante petitori restituere cogitur, quam is reddiderit ei impensas, quas in eam rem fecit, vel si forte possessor eam exceptionem omiserit, per judicem earum impensarum ratio habetur, ut in *l. sumptus inf. hoc tit.* ut fit in petit. hereditatis, *d. l. plane*. Et in *d. l. sumptus, ἀσυνδέτως*, sine copula ulla, quæ tamen subintelligi debet, scriptum est, sumptus servari exceptione doli posita per officium judicis æquitatis ratione, quia hæc verba sic exaudienda sunt, exceptioni doli opposita, vel per officium judicis, ut in *d. l. plane, & l. bona fide, de noxal. action. l. 3. §. ult. nautæ, caup. stab. l. judicatæ, de except. rei judic.* conjuncta *l. cum filius, de leg. 2.* Duo enim sunt remedia diversa, exceptio doli, & officium judicis. Hanc autem reputationem impensarum utilium, & necessariarum, maxime si res exstet, in quam factæ sunt, habet non tantum bonæ fidei possessor, sed & prædo, non quidem ex rigore juris, sed ex æquitate, ut fusius ostendi in *d. l. plane*. Et Paulus quidem hoc loco juris rigorem spectat, quum de bonæ fidei possessore tantum loquitur, ut hæc verba indicant, *per errorem*. Sed benignius tamen est, idem quod hic scribit in bonæ fidei possessore, admittere in prædone, id est, in malæ fidei possessore, si modo, ut explicat *d. l. plane*, res extet, in quam malæ fidei possessor impendit. Et eadem æquitate moti dicimus indistincte, si ante litem contestatam possessor bonæ, aut malæ fidei servum, qui petitur noxali judicio defenderit, & damnatus præstiterit pecuniam, id est, litis æstimationem, noxæ sive damni æstimationem, cum id utilius esset, quam servum dedi in noxam, quæ etiam utilis impensa est, *l. util. de pet. her.* ejus impensæ rationem ferri atque deduci in judicio in rem per exceptionem doli mali, vel per officium judicis. Bivium enim patet possessori cuilibet ad servandas sibi impensas, quas fecit in rem alienam. Itemque si ante litem contestatam possessor in alieno solo, in aliena area domum suis sumptibus ædificaverit, qui etiam sumptus proculdubio utiles sunt, maxime si per errorem, ut ait, id est, bona fide, cum existimaret suam aream esse, id fecerit, domino domum vindicante eo jure, quo dicitur superficies semper solo cedere: ejus esse superficiem, cujus & solum est, quæ regula est non civilis tantum, sed etiam naturalis juris, *l. ult. de superf.* Domino, inquam, eo jure vindicante domum in suo solo ab extero inædificatam, per retentionem domus opposita exceptione doli mali, servare eos sumptus potest. Petitionem eorum non habet, nullam scil. actionem habet, qua eos sumptus petat, sed habet retentionem tantum, sicut in jure, atque etiam in oratione quadam Demosthenis: multa sunt exempla, quibus quarum rerum est retentio, non tamen earum est actio, non est earum petitio. Et in proposito similiter possessor petitionem horum sumptuum non habet, sed retentionem tantum, *l. si in area, de cond. indeb. l. Paulus respond. de doli except. l. 14. in princ. comm. divid. l. idque, §. 1. de actio. empt. l. sed si vir, §. si vir uxori, de don. int. vir. & uxor. l. 2. Cod. Gregor. de rei vind.* Prædo autem summo jure, nec retentionem eorum sumptuum habet, quia de se queri debet, qui sciens temere in rem alienam impendit, *l. 7. §. ex diverso, de adquir. rer. dom. l. 1. Cod. Gregor. de rei vind.* Verum ex æquitate etiam retentio prædoni accommodanda est, si modo ædificium extat incolume, quod sciens imposuit alieno solo, *d. l. plane:* nisi, ut subjicit Paulus, quæ exceptio locum habet in utroque possessore, petitor negligat ædificium, quod in suo solo impositum est, idque patiatur tollere possessorem diruto ædificio. Quæ exceptio aptari debet, ut dixi etiam ad malæ fidei possessorem. Tollere ædificium, est diruere ædificium, & materiam secum asportare, quod ruri facile conceditur: in urbe publice interest non tolli, non dirui ædificia, non deformari ruinis urbis aspectum, quod vel lex 12. tab. de tigno juncto satis comprobat. Denique secundum hæc, posset quis dicere, & argumentari in hunc modum: Si satis est possessori, quod petitor eum patitur tollere ædificium, nec quicquam ei amplius petitor præstare debet: Igitur non satisfit possessori in totum, neque enim inde recipit mercedes fabrorum, asportat tantum materiam, & rudera, aut tigna, non est unde sumat, aut sibi reficiat fabrorum mercedes. Denique sola licentia tollendi ædificii, sola deductio materiæ non resarcit possessori omnia ædificationis impendia, & durum videtur esse, ut non ei resarciantur omnia. Verum ut paucis respondeam, hæc exceptio, quam hic Paulus subjicit, *nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum ædificium:* hæc, inquam, exceptio eo tantum casu locum habet, quo petitor non habet unde possessori ædificii refundat impensas: nam si habet unde eas refundat, omnimodo refundere cogitur per exceptionem doli, vel per officium judicis. Quod si non habet unde eas impensas possessori refundat, melius est possessorem alienæ rei in damno aliquo morari, quam dominum re sua carere. Cujus rei argumentum etiam est in *l. fundo, inf. h. t.* Subjicit Paulus, etiam judicem, qui de dote cognoscit, arbitrum rei uxoriæ, arbitrum dotis reciperandæ in *l. Titia, de solut.* idem servare in area uxori donata, cui uxor suis sumptibus ædificium imposuit. Nam divortio facto, si mulier agat de dote, & maritus utatur retentione ob aream uxori donatam, quod possit, aut potuit semper ante Justinianum, *l. fructus, §. ob donationem, l. rei judicatæ, §. 1. sol. mat.* contra mulier poterit marito reputare sumptus ædificii, nisi si maritus, qui non est solvendo, pati paratus sit eam tollere ædificium. Et ita hic locus de dote explicandus est, qui erat concisus nimis, ut solent esse omnia, quæ Paulus scribit. Hoc autem, quod dixit servari in area, idem mox jungit, non ita servari posse, si possessor alienum servum rudem adhuc, & impuberem erudivit, artemve, aut artificium aliquod edoceri curavit suis sumptibus, qui sumptus etiam utiles sunt, *l. 6. de imp. in reb. dot. fact. l. impensæ, de verb. signif.* Idem servari in hac specie non potest, quod diximus esse servandum in area: Nam si dominus servi non habeat unde impensas eruditionis possessori restituat, quid fiet? carebit ne servo suo? Sic videtur prima specie, quoniam remedium illud, quod adhibetur ædificio in aliena area posito, nimirum, ut petitore non existente solvendo, possessor tollat quæ posuit: in hac specie idem remedium adhiberi non potest. Ars enim, quam servus didicit, ei eripi non potest. Est enim ars habitus intellectus: omnis autem habitus, ut ait Aristot. δυσκίνητος, id est, amoveri & avelli perdifficilis. In hac igitur specie melius est, ut possessor servi alieni, qui eum erudivit suis sumptibus, suæ pecuniæ damnum faciat, sua pecunia careat, quam ut propter inopiam dominus suo servo careat: exceptis tamen duob. casibus, quorum unus in l. 29. ponitur. Si dominus forte, cum esset venalitiarius, id est, mango servorum, mox eum servum promercalem habiturus, & propter eruditionem servi ex pretio plus consecuturus sit: Nam hoc casu æstimatio facienda est officio judicis, quanto scil. is servus pretiosior factus sit, ut id vel possessori reddatur, vel servus à possessore retineatur, atque ita dominus carebit suo servo: nisi conquisierit pecuniam, quo refundat sumptus eruditionis, quos etiam mox est recuperaturus vendito servo. Et hujus rei argumentum est in *d. l. in fundo, & l. 10. de imp. in reb. dot. fact.* Alter casus est in l. 30. si bonæ fidei possessor domino denuntiaverit, cum vellet eum servum erudire, ut impensas eruditionis solveret aut faceret, & ipse id dissimulaverit, nec tamen vetuerit, eum servum erudiri: Nam & hoc casu servo suo carebit, si impensas eruditionis possessori non restituat, vel restituere non possit: quia sciente eo, nec vetante factæ sunt, cujus rei est argumentum in *l. 8. de imp. in reb. dot. fact.* Exceptis his duob. casibus, domino, eidemque petitori servi, quia aliunde impensas eruditionis, & mercedes magistrorum possessori solvere non potest, possessor eas non

repu-

reputat, nec ab eo consequitur per exceptionem doli, vel per officium judicis, sed eis impensis non deductis possessor condemnandus est, ut servum domino restituat.

Ad L.XXXI.eod. *Cæterum, cum de fructibus servi petiti quæritur, non tantum pubertas ejus spectanda est, quia etiam impuberis aliquæ operæ esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus æstimari, qui ex artificio ejus percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.*

ET quemadmodum idem Paulus ostendit in *l. 31.* hoc tantum habet possessor in hoc casu, ut si ab eo dominus petat fructus pueri: nam & pueri sunt operæ, atque adeo fructus quidam: & de puero jam cœpit loqui Paulus in *§.ult. leg.27. illo loco: Sed si puerum meum cum possideres, erudisses*: hoc, inquam, tantum habet possessor, ut si ab eo dominus petat fructus pueri, eos compenset cum impensis factis in eruditionem pueri, sicut perpetuo, & generaliter obtinet, impensas factas fructuum quærendorum causa, quemlibet possessorem pensare cum fructibus, & improbe facere petitorem, qui fructus sibi restitui desiderat, non deductis, aut reputatis sumptibus à possessore factis fructuum quærendorum causa, *l.si à domino, §.ult. sup. de petit. hered.* ubi id fusius explicavimus. Et observandum, quem puerum dixit Paul. in *§.ult.l.27.* eum in hac l.impuberem vocari, dum ait, etiam impuberis aliquas esse operas, aliqua esse ministeria: ergo & fructus aliqui sunt: operæ servi, aut mercedes operarum in fructu sunt servi. Itaque pueri nomine in *d.§. ult.* significatur non conditio servilis, ut quum dicitur *marcipor*, aut *quintipor*, id est, Marci puer, aut Quinti puer, sed significatur in illo §.ultimo, ætas pupillaris. Solent autem pueri eruditi plerique à quinto ætatis anno usui, & fructui esse, ut proditum est aperte in *l.ult.§.dabitur, de oper. serv.* Unde & in *l. seq.* jampridem ostendi, esse legendum, *post quintum annum*, non *post 25.* quæ verba pro interpretatione l. proximæ superioris sunt. Quod si artificem fecerit post quintum annum ejus, qui artificium consequutus est, impensæ factæ poterunt compensari cum operis infantis pueri, quia à quinto anno fructus est quidam etiam pueri infantis; & certissimum est, non à 25. tantum servos nobis esse usui, sed à 5.6.7. & 8. antequam pubuerint, imo & antequam infantiam excesserint, non autem ante quintum, *l.de arboribus, §. de illo, l.si infantis, de usufr.* Ubi infans dicitur, qui est quinquennio minor, cujus plane nullæ sunt operæ, nulli fructus. Quinquennis vero sunt fructus quidam, & generaliter impuberum sunt ministeria quædam, sunt operæ ei ætati congruentes, quod etiam Paulus ait in hac l.31. ut si librarii fuerint, id est, καλλιγράφοι, *l.7. §.dabitur, de oper.serv.* quin exemplo utitur *l.28. hoc tit.* forte quod pictorem, aut librarium docuerit, vel etiam si calculatores fuerint, si histriones: nam & in scenam producuntur impuberes: si nomenculatores, ut ait *d.§.dabitur*, qui hero aliena nomina dictent, qui & factores dicebantur, & monitores, *l.ult. in fin. de liber. causa.*

Ad L.XXXIII. eod. *Fructus non modo percepti, sed & qui honeste percipi potuerunt, æstimandi sunt: & ideo, si dolo, aut culpa possessoris res petita perierit, veriorem putat Pomponius Trebatii opinionem putantis, ejusque fructuum rationem habendam quousque haberetur, si non periisset, id est, ad rei judicandæ tempus, quod & Juliano placet. Hac ratione, si nudæ proprietatis dominus petierit, & inter moras ususfructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem ususfructus reversus est, ratio fructuum habetur.*

IN l. 33. Paulus ostendit in actione in rem officio judicis æstimari non tantum fructus perceptos, sed & eos, qui percipi honeste potuerunt, & perceptos quidem honeste, vel inhoneste, ut *l.27.28. & 52.de petit. hered.* Eos autem, qui percipi εὐπρεπῶς, non qui inhoneste. Eos igitur, qui percipi potuerunt honeste, nec percepti sunt, vel ut idem Paulus scribit in Sententiis, eos, quos honestos, & diligens paterfamilias colligere potuisset: & rursus perceptos, etiamsi eos petitor percepturus non fuerit, si ei possidere licuisset, *l.cum hereditas, de petit. hered.* & eos, qui percipi potuerunt à petitore ipso, si ei possidere licuisset, etiamsi possessor eos percipere non potuisset, *l.si navis, §.ult. inf.* Loquitur autem Paulus de fructibus perceptis, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam: quoniam ait: *Æstimandi sunt fructus*, scilicet, æstimandi per judicem, & officio judicis, ut *l.non solum, inf. hoc tit.* Quoniam hi soli fructus in æstimatione judicis sunt, qui soli in actionem in rem veniunt officio judicis, qui post litem contestatam, non qui ante percepti sunt, percipive potuerunt: ante percepti nominatim petendi sunt, longe alia ratione, quam in petitione hereditatis, in qua etiam fructus percepti ante litem contestatam veniunt judicis potestate, sive à malæ fidei possessore, sive à bonæ fidei possessore percepti fuerint, si modo ex eis bonæ fidei possessor locupletior sit, & hi etiam, qui à malæ fidei possessore percipi debuerunt, nec percepti sunt: quia hosce fructus omnes quasi augmenta hereditatis, quæ petitur, hereditatis nomen comprehendit, quod nomen est universi juris. Rei autem, quæ petitur nomen, quod nomen est corporis non juris, hosce fructus non comprehendit; quo circa nec petiti intelliguntur, nisi nominatim petiti sint, nec non petiti officio judicis æstimantur, *l.2.C.de petit. heredit.* quia præteriti temporis ratio nihil pertinet ad officium judicis, *l.ædiles, §.idem sciendum, de ædilit. edict.* Quod memini me latius exponere: hanc nimirum differentiam inter actionem in rem specialem, & petitionem hereditatis, quod ad fructuum rationem attinet, in *l.26.sup.de petit. heredit.* Præterea hoc loco Paulus loquitur de fructibus perceptis, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam, in quorum restituendorum causa certum est, omnes possessores pares esse. Id etiam prior pars hujus legis ostendit illo loco, *res petita*, & posterior pars illa, *si nudæ proprietatis dominus petierit*: neque enim res petita dicitur, nisi post litem contestatam, ut *l.27.§.si homo, sup.* & apertius in *l.35.* quæ continuatio est hujus legis 33. illo loco, *lite contestata*. Infert autem in priori parte hujus legis 33. Paulus ex eo, quod proposuit initio, fructus æstimari perceptos, & qui percipi potuerunt: Infert, inquam, quod si post litem contestatam res, quæ petebatur, perierit dolo, aut culpa possessoris, ut si homo petitus interierit dolo, aut culpa possessoris: dolo, si eum occiderit: culpa, si ægrum neglexerit, ex Trebatii, & Juliani sententia Paulus ait fructus æstimari, qui, si res non periisset, percipi potuissent usque ad tempus rei judicatæ: nam re perempta necesse est rem judicari, *l.16. sup.* Iterum dico, usque ad tempus rei judicatæ, non usque ad id tempus, quo res perierit. Et refert Paulus, Pomponium existimare hanc Trebatii sententiam esse veriorem: quia dicit veriorem esse, ergo quidam alius juris auctor in alia videtur fuisse sententia, forte Labeo, qui à Trebatio institutus fuit, nec tamen in ejus institutis permansit, sed ab eo sæpissime dissensit. At verisimile tamen non est, Labeonem, vel alium quempiam in alia sententia fuisse, puta, ut existimaret homine petito mortuo dolo, aut culpa possessoris, fructus tantum æstimari quoad vixerit homo, id est, usque ad tempus mortis, non usque ad tempus rei judicatæ. Nemo unquam fuit juris auctor adeo stultus, ut id existimaret. Quid enim est æquius quam plecti dolum, aut culpam possessoris, qua factum est, ut homo interiret post litem contestatam: & plecti scilicet habita ratione, sive æstimatione fructuum, quos haberet, si homo non interiisset: ergo usque ad rei judicatæ tempus, cum & ipsius hominis mortui nomine, quod mortuus sit dolo, aut culpa possessoris post litem contestatam certissimum sit possessorem damnari debere. At è contrario homine petito, suo fato defuncto sine dolo malo, aut culpa possessoris, justa est causa existimandi, fructus æstimari oportere usque ad tempus mortis duntaxat, quia possessor dolo, & culpa caret, non in longius tempus produci æstimationem fructuum. Et ita sensisse Labeonem constat ex *l.pen. inf. hoc tit.* quæ est Labeonis. Et in hac quidem specie, quum homo petitus obiit sua morte, suo fato, semper existimavi à Trebatio dissensisse Labeonem, Pomponium, & Julianum assensisse Trebatio potius, quam Labeoni: Nam & Juliani sententia extat in *l.17.§.1. sup.*

sup. quæ est Juliani, videlicet, etiam homine petito suo fato mortuo sine dolo, & culpa possessoris fructus æstimari debere usque ad tempus rei judicatæ: quia etsi hoc casu, quod ad hominem petitum attinet, absolvi debeat possessor, quia is homo suo fato interiit post litem contestatam, & possessorem fatum præstare non oportet post litem contestatam. *Et utique possessor*, inquit Paulus, *post litem contestatam fatum præstare non debet*, ubi tamen Florentiæ perperam *factum* pro *fatum*. Ergo quamvis, quod ad hominem petitum attinet, qui suo fato interiit post litem contestatam, absolvi possessor debeat, sive bonæ fidei possessor fuerit, sive malæ fidei, dummodo fuerit æque is homo apud auctorem interiturus, si statim ab initio litis ei restitutus fuisset, ut diximus in *l.16. sup.* & in *l.illud, de petit. heredit.* tamen non iniquum est, possessorem, qui non statim hominem restituit, qui maluit litigare, quam restituere, fructuum nomine damnari, qui percipi potuissent, si homo non interiisset usque ad tempus rei judicatæ, quamvis petitor percepturus eos non fuerit, videlicet si eos ab alio recipere non possit, ut in *l.21. sup.* Et hanc speciem hoc loco in priori parte legis 37. attigisse Paulum opinor: hanc, inquam speciem de homine petito mortuo sine dolo, aut culpa possessoris, & ita scripsisse: *Et ideo si sine dolo, aut culpa possessoris res petita perierit, &c.* In hac specie à Trebatio dissensisse Labeonem, & Trebatii sententiam tamen placuisse magis Pomponio, & Juliano, non attigisse autem in hac specie Paulum superiorem speciem de homine petito mortuo dolo, vel culpa possessoris, in qua non est verisimile non omnes juris auctores idem sensisse: non omnes scilicet rationem fructuum perduxisse usque ad tempus rei judicatæ, vel doli possessoris, aut culpæ plectendæ causa. Non est verisimile quenquam rationem fructuum in hac specie coarctasse ad tempus mortis duntaxat. Et hæc de priori parte hujus legis. In posteriore parte Paulus infert aliud, elicit aliud, ex eo etiam, quod initio proposuerat, fructus æstimari, non tantum perceptos, sed etiam eos, qui percipi potuerunt. Ex eo, inquam, infert, quod si cum ejusdem fundi, quam partem male explicat Accursius, unus haberet nudam proprietatem, alter usumfructum, alius possessionem, (constituendæ sunt tres personæ) nudæ proprietatis dominus à possessore fundum petiisset instituta in rem actione, & inter moras hujus judicii mortuo, vel capite minuto fructuario, ususfructus ad proprietatem redierit, ex eo tantum tempore fructus æstimari debeant, ex quo ususfructus ad proprietatem rediit, ex quo ususfructus ad petitorem redit, quod etiam ostenditur *l. videamus, inf. de usufr.* quoniam ex eo tempore fructus à petitore percipi potuerant, si ei possidere licuisset. Quod cum eo congruit, quod dixit in *l.27. §.1. sup. illo loco*. *Ergo & fructuum nomine ex quo cœpit possidere, damnabitur.*

Ad L.XXXV. eod. *Ex diverso, si petitor lite contestata usumfructum legaverit, ex eo tempore, ex quo discessit à proprietate, fructuum rationem non habendam quidam recte, putant.*

Ad §. Ubi autem *alienum fundum petii, & judex sententia declaravit meum esse: debet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore & de fructibus condemnaturum: non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit. Alioquin, ut Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur judex mihi restitui: & quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?*

Ad §. Petitor possessori de *evictione cavere non cogitur rei nomine, cujus æstimationem accepit. Sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem.*

Ad §. Eorum quoque, *quæ sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat.*

ET ex diverso idem Paulus subjicit in l.35. quæ est ex eodem libro, & conjungenda est cum l.33. subjicit, inquam, Paulus in ea, quod etiam infertur ex propositione l.33. si plene proprietatis dominus post litem contestatam adversus possessorem fundi, usumfructum ejus fundi alii legaverit, & vita decesserit, translato judicio in heredem

A suum, vel quod est expeditius, si post litem contestatam usumfructum ejus fundi alii donaverit, & cesserit, ex eo tempore, ex quo legati, aut donationis genere ususfructus à proprietate discessit, fructus non æstimari, quia scilicet ex eo tempore petitor, heresve ejus fructus percipere non potuisset. Et hoc est, quod proponitur initio l.35.

AD §. *Ubi autem.* Sequitur in §.1. quod etiam est de fructibus, qui post litem contestatam percepti sunt, aut percipi potuerunt, si fundum alienum petii actione in rem speciali quasi meum, cum non esset meus, & judex per imprudentiam, per errorem sententia sua declaraverit, *fundum meum esse*, eumque mihi restitui jusserit, quod fit his fere verbis: *Fundum illum, de quo agitur, L. Titii petitoris esse videri: itaque placere illum fundum L. Titio petitori recte restitui*: ut in *l.Pomponius, §. sed & ii, qui, in fine, de procur.* In
B hoc judicio sententia judicis dominium non addicit, sed declarat, ut loquitur hoc loco, apud quem dominium sit, aut quis rei, qua de agitur, dominus sit, ut *l.sicut, §.sed si quæratur, si servit. vindic.* Eadem vero imprudentia, qua judex pronuntiavit fundum petitori restitui, qui non erat petitoris, qui jus petendi non habebat, eadem imprudentia, eodem errore, eadem saliva debuit possessorem de fructibus condemnare perceptis, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam: nam si possessor rem restituere debet, ergo officio judicis incumbit, ut & debeat, cogaturque restituere fructus perceptos, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam: neque enim lucro victi possessoris cedere debent, sed petitoris potius, qui existimatus esse dominus rei, quia res judicata pro veritate habetur, neq; est æquum,
C ut victus possessor habeat, quod non esset habiturus, si statim possessionem petitori restituisset. Ergo sive vero, sive falso judex declaraverit rem, quæ petebatur, petitoris esse, debet & simul pronuntiare, ut ei restituantur fructus percepti, aut qui percipi potuerunt post litem contestatam, aut eorum fructuum æstimatio, quæ erat in duplum ex 12. tab. olim: & ob id dicebantur fructus majores, hodie in simplum tantum. Ratio habetur simpli fructuum perceptorum, aut qui percipi debuerunt post litem contestatam.

AD §. *penult.* In §. penult. hujus legis ostendit, possessore arbitrio judicis non restituente rem, & idcirco damnato in æstimationem litis, quanti actoris interest, vel quanti actor in litem juraverit, ut definit *l.qui restituere, inf. h.t.* non debere actorem, cui possessor solvit litis æstimationem, vel
D rei, qua de agitur, æstimationem possessori, qui rem retinet, cavere de evictione, quod tamen tentari poterat hac ratione: quia litis æstimatio similis est emptioni venditioni, *l.1. & 3. pro emptore, l.si propter 22. ff. rer. amot.* Videtur enim possessor, qui rei, sive litis æstimationem actori solvit, & rem retinet, ab actore rem emisse, actor eam illi vendidisse, nec tamen ideo cavere debet possessori de evictione, quia ex contumacia possessoris id ita accidit, ut eleganter ait *l.ideoque, rer. amotar.* Ex contumacia, inquam, possessoris id ita accidit, ut quasi coactus actor rem possessori vendiderit, de qua agebatur, qui maluit subire litis æstimationem, quam rem restituere. Neque obstat huic §.1. *l.si donatæ, inf. de donat. inter vir. & uxor.* quia (ut Accursius paucis verbis notavit, & illa lex demonstrat satis aperte) uxor in specie illius legis, rem sibi donatam à marito possidet. Possidet
E igitur eam à marito, id est, causam possidendi eam rem uxor habet à marito, quo pœnitentia revocante donationem, ut potest, & vindicante rem, si mulier maluerit ei solvere æstimationem rei, quam rem restituere, primum non restituet ei, non solvet ei nisi justam æstimationem rei, id est, veram æstimationem rei, non quanti maritus in litem juraverit, sed & mulier satis habere debet, si maritus ei caveat de evictione simpli, non ut fieri solet in aliis venditionibus de dupla: Neque enim inter conjuges res geri oportet amare, ut ait *l. si id, quod, §. 1. eod.* inter conjuges rem summo jure geri non oportet, res est apertissima.

AD §. *ult.* In extremo hujus legis hoc tantum Paulus ait, hoc judicio etiam earum rerum, quæ salva substantia,

quæ

Digitized by Google

quæ sine interitu dividi non possunt, quæ divisionem non recipiunt, partem peti posse, partem pro indiviso, scilicet partem incertam, ut in *l. quæ de tota, §. 1. inf.* non partem pro diviso, quia ea res divisionem non recipit, veluti partem hominis: hominem dividere, est perdere: sed vindicatur etiam pars hominis, non pro diviso, sed pro indiviso, eaque deducitur in æstimationem officio judicis, quod & de re qualibet mobili, aut de hereditate dici potest ex *l. 8. sup.* Neque enim animalia, neque res mobiles divisionem recipiunt. Navis est res mobilis: vas est res mobilis: si eam diviseris, perdideris. Denique res mobilis pro diviso possideri non potest, nec ullum animal. Hereditas etiam, quæ jus est successionis, divisionem non recipit. Corpora tantum possunt divisionem recipere, non jura incorporalia.

Ad L. LXXIV. eod. *Id est, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem præstet.*

Ad §. Culpa Leg. XVI. eod. L. XII. de usurp. & usucap. Leg. XXVIII. de Verb. sign. & LL. I. & III. Si ager vectigal.

In titulo de rei vindicat. restat tantum ex libr. 21. Pauli parva lex 74. Sed quia admonitus sum me in *l. 16. hoc tit.* prætermisisse *§. culpa*, ab eo me expediam, & quidem paucis. Certum est, possessorem, qui in rem actione convenitur, pati æstimationem litis, non tantum si res petita dolo malo ejus perierit post litem contestatam, sed & si culpa, *l. 36. §. 1. hoc tit.* At si servum petitum miserit per insidiosa loca, & is perierit per præcipitia aquarum, vel si eum in arenam descendere, & digladiari concesserit, & occisus sit, vel si eum, cum vinciri, & custodiri diligenter soleret, veluti stigmaticum, aut ex genere ferratili, ut Plautus loquitur, si hominem eum non custodierit pendente lite, & is fugerit, vel si navem petitam adverso tempore, veluti brumæ tempore navigatum miserit, & ea naufragio perempta sit. Sed si sine dolo, aut culpa possessoris res petita perierit, quantum ad ejus rei æstimationem attinet, ut si navem petitam congruo tempore navigandam miserit, & commiserit idoneis hominibus, gubernatoribus, remigibus peritis, licet navis perierit, sane non tenetur, quia dolo, & culpa caret. Congruo tempore, inquit Paulus in *§. culpa*. M. Tull. idonea tempestate, ad Q. fratrem. *Primam*, inquit, *navigationem dummodo idonea tempestas sit, ne omiseris.* Duo igitur exiguntur, ut idonea tempestate navem navigatum miserit, & ut idoneis hominibus eam commiserit: non debuit eam habere otiosam, etsi petita esset: non debuit non ex ea fructum colligere, eam locare, ea uti frui, alioquin fructuum non perceptorum, qui interim percipi potuerunt, nomine damnaretur, sed debuit ea uti frui prudenter, & caute, alioquin culpæ, imprudentiæ suæ nomine damnabitur. Ergo hoc adnotari ad illum *§. culpa*, quem prætermiseram, satis est. Nunc venio ad legem nostram 74. Post actiones in rem speciales directas, & civiles, de quibus supra dixit, & quas in *l. 23. in princip.* dixit competere iis, qui jure gentium, aut jure civili dominium acquisierunt, competere dominis. Post directas, inquam, actiones scripsit in hoc libro Paulus de utilibus, & prætoriis, quæ non dominis accommodantur quasi dominis: ex quarum numero primum est actio in rem, quæ superficiario accommodatur, qua vindicat quasi suam esse superficiem, quamvis non ipse superficiei dominus sit, sed is, cujus est solum, quia certissimum est, superficiem solo cedere, superficiem jus soli sequi, *l. Paulus, §. domus, de pignorib. l. domum, de pignerat. act. l. ult. de superfic. l. qui domum, ad l. Aquil. l. 4. de obligat. & act.* Verum prætor superficiarium tuetur quasi dominum adversus quemvis possessorem, atque etiam adversus dominum ipsum data utili actione in rem, & de possessione utili interdicto uti possidetis, *l. 1. de superfic. l. tutor, §. ult. de pignor. act.* Superficiarium autem definit in hac l. 74. Paulus, eum esse, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem, certamve mercedem præstet. Qui igitur in solo conducto superficiem habet: est enim superficiarius quasi inquilinus, *l. 3. §. pen. de oper. novi nunciat.* sed & est plusquam inquilinus, quia inquilinus nullum in re jus habet, quam inhabitat, superficiarius jus habet in re, & quasi servitutis jus, *l. si tibi, §. pen. de leg. 1.* Quod jus Doctores nostri appellant utile dominium, sed perperam: nullum est dominium utile: omne dominium est directum, & est proprietas rei, vel jus ejus, quo qui fretus rem suam propriam esse asserit. Ea vero pensio, quam domino superficiarius quotannis infert pro conductione soli, proprio nomine appellatur solarium, quod pro solo pendatur, *l. etiam, qui pot. in pign. hab. l. 2. si quis neminem, ne quid in loco publico*. Symmachus 4. Epistol. *Solvere solarium patris jussus est, taxatione pretiorum graviter aggerata.* Justinus 18. *Statuto*, inquit, *annuo vectigali pro solo urbis.* Hæc vero ita dicimus, puta solarium solvi pro conductione soli, ut in eo solo superficiario quasi propriam superficiem impositam habere liceat, hæc, inquam, dicimus, quia plerumque superficiarius in solo conducto superficiem habet, & in solo conducto non ad modicum tempus, puta ad 10. aut 20. aut 30. annos, vel quandiu advixerit, quia si superficiem conduxerit ad modicum tempus, puta ad quinquennium, ut Irnerius sensit recte, quoniam hoc erat solemne tempus omnium conductionum tam privatarum, quam publicarum. Si, inquam, solum conduxerit ad quinquennium tantum, aut in singula lustra, in singula quinquennia, plane inquilinus est, qui nullum jus in re habet, non superficiarius, nec in rem actionem ei prætor daturus est, *l. 1. §. quod autem, de superfic.* Quamvis autem plerunque superficiarius dicatur, qui in solo conducto superficiem habet sub pensione certa, tamen superficiarius etiam dicitur, qui non conduxit solum, sed absque solo separatim superficiem emit certo pretio, sub onere pensionis annuæ, solarii annui, *d. l. 1. §. 1. de superf.* Is autem, qui in alieno solo suis sumptib. superficiem ædificavit sine permissu domini ob id solum, quod ædificavit non est superficiarius: nisi postea inter eum, & dominum convenerit, ut ædificium sibi haberet sub pensione certa. Et hæc est prima actio in rem utilis prætoria, quæ superficiaria dicitur: est & alia utilis etiam prætoria in rem actio, quæ Publiciana dicitur, & ei competit, qui rem alienam emit bona fide à non domino, necdum usucepit. Quia ergo dominus non est, datur tantum ei quasi domino utilis, & honoraria in rem actio adversus quemvis possessorem, sed & plerisque casibus, quos Accursius notat in *l. ult. tit. seq.* adversus dominum ipsum. Et de hoc quoque genere actionis in rem utili, id est, de Publiciana hoc libro egisse Paulum dixi in *lib. 19.* legib. quæ titulo sequ. tribuuntur lib. 19. Pauli ad edict. in Florentinis redditis secundum vulgarem editionem huic lib. 21. Cui etiam lib. 21. in omnibus editionibus attribuitur *l. 12. de usurpat. & usucap.* quæ omnino pertinet ad actionem Publicianam: negat enim eum posse usucapere, qui rem aliquam sciens emit ab eo, quem prætor vetuit alienare, veluti ab eo, cui interdixit bonis propter dissolutionem morum. Ex quo efficitur necessario, nec eum habere Publicianam actionem, quia quod non potest usucapi, nec Publiciana actione peti potest, *l. 12. §. si res, tit. seq.* Et huic quoque legi 12. ex eod. lib. 21. conjungenda est *l. 28. de verb. signif.* quæ ait, alienationis verbo & usucapionem contineri. Quod & verum esse testimonio est lex Julia de fundo dot. non alienando, *l. si fundum, de fun. dot.* eum ergo, qui patitur usucapi rem suam, alienare videri. Et ideo rem ejus, quem prætor vetuit alienare, usucapi non posse est consecutio necessaria: non posse etiam eum, quem prætor vetuit alienare, ut in ea l. 2. subjicit Paulus, non utendo servitutes ammittere. Servitutes prædiorum rusticorum non usucapiuntur, sed non utendo certo tempore amittuntur. At si ille, quem prætor vetuit alienare, occasione acquirendi non utatur, ut si hereditatem sibi delatam intra tempora legitima non adeat, si tempore excludatur ab hereditate, vel si optionem servorum sibi datam intra certum tempus, ut *l. 10. ad exhib.* non amplectatur, alienare non videtur: nemo videtur alienare, quod nunquam habuit. Quod servatur etiam in actione Pauliana, & in actione Fabiana, quibus rescinduntur alienata in fraudem creditorum, vel patronorum, non etiam non acquisita non restituuntur. Quod sequitur in ea leg. 28. de oratione soluta, id est, quæ neque conjunctionem, neque disjunctionem habet, quam Græci διάλυτον vocant ἀσύνδετον, eam pro Cicerone pronuntiantis,

tis, vel pro disjuncta oratione, vel pro conjuncta accipi: A Cujus rei multa sunt exempla in jure nostro. Ut si quem prætor vetuerit alienare, donare, pignorare, quæ est oratio soluta, ex mente prætoris hanc orationem haberi pro conjuncta, quasi vetuerit, ut neque donaret, venderet, neque pignoraret. Nam & *neque* conjunctionem facit. Tertia, & ultima actio utilis in rem est, quæ vectigalis dicitur, sive de fundo vectigali in *l. si finita*, *§. si de vectigalibus*, *de damno inf. l. si cum venditor*, *de evict.* de fundo vectigali, sive de fundo emphyteuticario. Fundus vectigalis, & emphyteuticarius idem est, ut demonstrat tit. *si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur*, & *l. penult. §. 1. qui satisd. cog.* Agrum vectigalem, inquit, id est, emphyteuticarium. Et de hoc tertio genere actionis in rem utilis ex hoc lib. 21. est *l. 1. & 3. si ager vectigal.* Datur hæc actio emphyteuticario, qui fundum totum conduxit in perpetuum, vel in lon- B gum tempus, sub vectigali annuo sive annua pensione certa, quo interim meliorem, & fructuosiorem eum faceret, inserendo, implantando, & omni culturæ genere. Datur, inquam, ei ut lis in rem actio ejus vindicandi gratia, si amiserit possessionem, quamvis fundi dominus non sit, & datur adversus quemvis possessorem, imo & adversus dominum ipsum, ut Paulus ait in hac *l. 1. §. ult.* Et de superficiario diximus, plerunque eum quasi inquilinum esse, imo & plusquam inquilinum, quia jus habet in superficie, quod procul dubio jus ἐμβατευτικὸν dicitur in *l. 3. §. pen. de reb. cor. qui sub tut.* Jus, inquit, ἐμβατευτικὸν, vel ἐμφυτευτικὸν, solent passim in jure auctores jus superficiarium conjungere juri emphyteuticario. Sic ex conjunctione igitur juris emphyteutici, illo loco intelligitur jus ἐμφυτευτικὸν esse jus superficiarium, quasi ingrediendi, & jus insidendi alieno C ædificio. Hoc enim est ἐμβατεύειν, & ἐμβατεῦσαι, ut Josuæ 19. καὶ ἐπορεύθησαν ἐμβατεῦσαι τὴν γῆν. Ita recte dicimus emphyteuticarium quasi inquilinum esse, qui fundum fruendum conduxit, quia fundus fruendus ei locatus est: imo & plusquam inquilinum esse, quia non in quinquennium tantum conduxit, sive in singula lustra, in quæ fieri solebant locationes, & conductiones omnes, non in longius tempus, *l. 4. §. pen. de reb. cred. l. qui per collus. de act. emp. l. 3. §. quum quinquennium, de jure fisci*, & sæpe in titulo locati, & apud Var. 5. de lin. Latina. Emphyteuticarius non conduxit fundum in singula lustra, alioquin nudus esset inquilinus, *sed cum conduxit in perpetuum*, ut ait Paulus in *d. l. 1.* vel ut idem ait in *l. 3. eod.* ad tempus .i. ad longius, quam quinquennii tempus, ad non modicum tempus, ut recte Glossa notavit, puta ultra quinquennium, ut in superficiario di- D ximus. Et hic quoque emphyteuticarius jus habet in re, *l. si domus, §. ult. de leg. 1.* quod jus ἐμφυτευτικὸν dicitur in *l. 3. §. pen. de rei vind.* Ne mutemus verba juris auctorum, ne pro jure emphyteutico dicamus dominium utile, quia etsi habet utilem actionem, non ideo apte dicitur habere utile dominium: sicut qui habet utilem actionem, non ideo apte dicitur habere utile dominium: sicut qui habet utilem actionem hypothecariam, non nisi inepte dicitur habere utilem hypothecam. Hoc vero jure, quod ἐμφυτευτικὸν dicitur, conducuntur etiam hodie privatorum agri, olim non conducebantur hoc jure, hac lege, sive pactione, sive conventione, nisi agri civitatum, aut populi Romani. Qua de causa & agri vectigales proprie dicebantur, quia vectigal proprie est, quod publicum est: perquam improprie, quod privatum est, sed pensio dicitur, vel pretium, vel canon, E vectigal abusive. Et ob id ex Juliano Paulus in hac l. 1. alios dicit esse agros civitatum vectigales, alios non vectigales: non vectigales esse, qui civitatum nomine locantur, ut privatorum agri locari, id est, colendi dari solent, nempe in singula lustra, quod modicum tempus dicitur: vectigales autem esse, qui in perpetuum civitatum nomine locantur, vel in longum tempus, ut dixi, sub vectigali annuo, ita ut nunquam, vel non ante quam locationis, conductionis tempus finitum sit, hi agri conductoribus, successoribusve eorum auferri possint, quamdiu vectigal pendatur suis statis temporibus: nam cessantibus conductoribus, aut successoribus eorum in solvendo vectigali, sane tum agri eis auferri possunt, quasi commissi rei- A publicæ vel civitati, videlicet si cessaverint per biennium, ut olim obtinuit, & obtinet etiam hodie in agris ecclesiasticis, *l. quæro*, *§. inter*, *l. cum domini*, *ff. loc. & Novel. 7.* In privatorum autem agris, si cessaverint hodie per triennium in solvendo vectigali ex constitutione Justin. *l. 2. C. de jure emphyt.*

Ad L. ult. Si usufr. pet. *Qui de usufructu judicium accepit, si desierit possidere sine dolo, absolvetur. Quod si liti se obtulit, & quasi possessor de usufructu actionem accepit, damnabitur.*

PAulus postquam dixit de actione in rem speciali, sive de vindicatione rerum singularium, quæ corporales sunt, cum directa, tum utili, transit ad vindicationem ser- B vitutum, quas res corporales personis, aut rebus debent. Transit scilicet à vindicatione rerum corporalium ad vindicationem rerum incorporalium. Servitutes enim res incorporales sunt, & earum duo genera; aliæ, quas res corporales personis debent, ut usus, & ususfructus: Aliæ, quas res rebus debent, ut servitutes urbanorum prædiorum, *l. 1. de servit.* Ac primum de vindicatione ususfructus hoc habemus ex Pauli libro 21. in *l. ult. si ususfr. pet.* quod & in vindicatione rei corporalis servari constat ex *l. 25. & 27. de rei vindic.* Eum, qui de usufructu judicium accepit, id est, reum, cum quo is, qui agit confessoria in rem actione, usumfructum fundi suum esse petens, litem contestatus est, si ante rem judicatam sive dolo malo, aut culpa desierit fundum possidere, ut si fundus chasmate perierit, terræ fragore, absolvendum esse, quia nulla est in rem actio C efficax, nisi adversus eum, qui rem, qua de agitur, vel de cujus jure agitur, possidet rei judicandæ tempore, *d. l. 27. §. 1. & §. si per filium*, *l. quæsitum*, *in princip. de pecul.* Cæterum præteritorum fructuum ratio habenda erit, *l. 5. §. ult. hoc tit. l. 16. de rei vind.* Idemque est, si dominus fundi egerit negatoria actione adversus possessorem, qui usumfructum contendit ad se pertinere. Hic enim, qui hoc ostendit, videtur naturaliter fundum possidere jure ususfructus, *l. naturaliter*, *de acquir. possess.* M. Tullius pro Cæcinna: *Cæcinnam*, inquit, *propter usumfructum possidere non nego*, vel etiam usumfructum quasi possidere, *l. ait prætor*, *§. item ei*, *ex quib. caus. major. l. 3. §. pen. de vi, & vi arm.* Nam & hic, qui se fructuarium dicit, cum quo dominus fundi agit negatoria, si sine dolo malo, & culpa ante rem judicatam desierit possidere, id est, si desierit habere D facultatem restituendi, ut *l. 1. §. quod ait prætor, quod legat. nom.* absolvendus est. Is autem (quæ est alia species) qui ut subjicit Paulus in hac *l.* se obtulit liti de usufructu sine causa, cum non possideret, nec dolo desiisset possidere, quive tanquam possessor actore ignorante de usufructu actionem accepit, id est, qui jam litem contestatus est, hæc tria idem possunt, judicium accipere, vel suscipere, actionem accipere, & litem contestari. Hic, inquam, si tanquam possessor, cum mendacium ejus ignoraret actor, litem contestatus sit, omnino condemnandus est, quia decepit actorem: nec ei jam post litem contestatam integrum est pœnitere, & negare se possidere, *d. l. 25. de rei vindic.* Et hæc hæc est sententia hujus legis ult. nec quicquam amplius ex Paulo habemus de vindicatione ususfructus.

E

Ad L. III. de Servit. *Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.*

IDem tamen Paulus postea dicturus de vindicatione servitutum, præmisit in *l. 3. de servit.* servitutes prædiorum alias in superficie consistere, alias in solo, quæ verba Accursius non intellexit, ut in extremo ostendam. Ait, *prædiorum* generaliter, id est, servitutes omnium prædiorum urbanorum, & rusticorum, vel in superficie consistere, vel in solo. Et ait, *consistere*. Consistunt autem servitutes in eo prædio potius, cui debentur, quod prædium dominans vocatur, quam in prædio serviente, quod eas servitutes debet,

A nimirum à prædio serviente profectæ in prædio dominante consistunt, & prædii dominantis jura esse dicuntur, *l. arbor, §. ult. comm. divid.* quam in hanc rem hic Bartolus recte adfert. Inhærent quoque servitutes prædio, dominanti nimirum, ut & ususfr. dicitur inhærere personæ, cui debetur. Et inde *§. prædiorum, Instit. de servit.* prædiorum, inquit, urbanorum servitutes sunt eæ, quæ ædificiis inhærent: ædificiis scilicet dominantibus. Id vero demonstrat aperte *lex servitutes, tit. seq.* quæ servitutes in superficie consistere dicit eas, quæ pertinent ad superficiem, id est, quæ superficiei debentur, ut jus tigni immittendi ex meis ædibus in tuas ædes, ut in tuis requiescat, utve à tuis ædibus sustentetur: vel, ut ait, jus mænianum in tuum immittendi, ut jus stillicidii in tuum projiciendi. Ex ædib. igitur meis: nam mæniana, aut stillicidia non prodeunt, nisi ex prædiis, ex ædibus meis. Sed non adjicit in ædes tuas, sed *in tuum,* B quia non tantum in ædes tuas, sed & in aream tuam, vel cloacam tuam mænianum, aut stillicidium projici potest. Tignum autem immitti ex ædibus meis non potest, nisi in ædes tuas. Proprie immitti dicitur trabes, vel tignum, quod aliquo loco requiescit, *l. malum, §. 1. de verb. signif.* Improprie autem mænianum dicitur immitti, quod nusquam requiescit: quod imo ne usquam requiescat, Zeno constituit in *l. 12.* quæ est constitutio græca, *C. de ædific. privat.* Improprie igitur eadem lex *servitutes* dixit, mænianum immitti, in qua sane manifesta est πλοκή, ut Grammatici vocant, in usu ejus verbi immittere. Nam immittere tignum proprie est eo protendere, ubi requiescat. Immittere mænianum improprie dicitur pro projicere, ita ut sit in suspenso, nec usquam requiescat. Et cum ea l. dicat, servitutes eas, quæ in superficie consistunt, possessione retineri: & quod idem est, qua- C si facto quodam, ut ait, nam possessio magis est facti, quam juris, *l. 1. §. adipiscimur, de acquir. possess.* Possessione, inquam, retineri, & facto quodam, puta immissione tigni, aut projectione mæniani, aut stillicidii perpetua. Cum igitur ea lex hoc dicat, aperte dicit, eas servitutes in superficie consistere, quæ superficiei, sive superficio debentur. Et his consequens est, atque consentaneum, ut & illæ similiter dicantur consistere in solo, vel quod idem est pertinere ad solum, quæ solo debentur, puta ut mihi liceat in meum solum, in meam vineam ire per tuum ædificium, & per aream solumve tuum, ut in *l. certo, de servit. rust. præd.* Vineis enim, quæ est species illius legis, acquisita servitute, vinearum appellatione solum significatur, non vites, non arbusta, quæ solo implantata sunt: ideoque vitibus sublatis servitus manet, quæ non maneret si acquisita esset vitibus, non solo. Et est D in illa *l.* alia πλοκή in verbo vineæ. Uno enim loco vineæ accipiuntur pro vitibus, cum ait, vineis sublatis servitutem manere, nisi aliud actum sit. Altero loco vineæ dicuntur sola, in quibus vites consitæ sunt, quum ait, certo generi agrorum, ut vineis servitutem acquiri posse. πλοκή est unius verbi in eadem oratione diversa significatio, ut quum dicimus, *amici dum vivimus, vivamus.* Et apud Cornificium, *avium cantus ducit nos ad avium.* Superficies porro, vel superficium non est tantum ædificium, sed etiam quodcunque solo impositum, insitum, implantatum est, ut vineæ superficies sunt vites, arvi segetes: silvæ, sive saltus arbores, neque igitur idem est superficies, & ædificium: Nam & ædificium constat ex duabus partibus, ex solo, & superficie, *l. eum, qui ædes, de usurp. & usuc. l. solum, de rei vindic. l. qui res, §. ult. de sol.* Ædes dicunt illæ leges, sed & ædes E ædificia sunt: at non omnia ædificia ædes. Quapropter ea recte separavit Titus Livius 38. *quæ ædes, ædificiave intra fines regni Antiochi sunt.* Superficium autem per se dicitur sine solo, & nonnunquam ædificium pro superficio tantum accipitur, in *l. domo, de pignorat. act. l. 9. §. quæsitum, de dam. infec.* Et ita hanc legem interpretandam esse censeo, non ex interpretibus, sed ex legibus ipsius, ex *d. l. servitut. & d. l. certo.* (†) Accursius scitur in aliam omnino interpretationem. Ac primum facit servitutum divisionem, sicque accipit, ac si servitutes, quæ in superficie consistunt, sint servitutes prædiorum urbanorum. Quæ autem in solo

A consistunt, rusticorum prædiorum. Male: Nam & servitus prædii urbani in solo consistere potest: puta, ut mihi liceat cloacam immittere in tuas ædes, servitus est urbani prædii auctore Cajo 2. Instit. quæ tamen in solo consistit ædium mearum, in quo est cloacarum origo. Idemque erit, si iter per urbana prædia constituatur, ut *l. inter, communia præd.* vel aquæ ductus, *l. si ego, §. 1. de Publ. in rem act.* Contra servitus rustici prædii potest in superficie consistere, veluti, ut mihi liceat tollere altius prætorium meum, & officere prospectui tuo, si tuum prætorium meo sit vicinum, quod non raro evenit, ex sententia Neratii, qui prætorium accipit pro prædio rustico. Ea servitus est servitus rustici prædii, *l. 2. de servit. rustic. prædior.* quæ tamen in superficie consistit prætorii mei. Item si hoc agatur, ut vineis meis, quamdiu in eo habitu fuerint, servitus debeatur, rustica est servitus, quæ tamen in superficie est, & in vitibus, non in solo B consistit, *d. l. certo.* In hac quoque interpretatione Accursius non perseverat, sed transit ad aliam, & ait in superficie consistere servitutes constitutas à superficiario, vel emphyteuticario: In solo autem consistere servitutes constitutas à domino. Etiam male. Nam hæc interpretatio coarctat nimis verba Pauli: Pertinet enim hæc interpretatio tantum ad prædia aliena, in quibus quis jus superficiei, sive ἐμφυτευτικὸν, aut jus emphyteuticum habet, & ad servitutes, quæ in superficie jure prætorio constituuntur, non jure civili: neque enim ipso jure civili valent, quæ constituuntur à superficiario, vel emphyteuticario, sed jure prætorio tuentur, *l. 1. §. ult. de superfi.* Permaneamus igitur in ea interpretatione, quam initio protulimus.

C Ad L.VI. eod. *Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest.*

IDem Paulus in lege sexta ait, *ad certam partem fundi, &c.* Certa pars, est pars pro diviso: certum dicitur à cernendo, ut certa pars sit ea, quæ cerni potest, & digito demonstrari. Denique certa pars est pars pro diviso, *l. places, quibus modis ususfr. amittu. l. 1. §. hoc interdictum, uti poss.* In parte pro diviso, quia ea jam totum est, totumve efficit quoddam, totum quoddam est, post divisionem in parte pro diviso servitus imponi, ac constitui, aut quæ jam imposita, aut constituta est, remitti potest: non in parte pro indiviso, quæ in parte, non in toto consistit, neque cerni, neque demonstrari potest, quæ solo intellectu abstrahitur, & percipitur, *l. seq. in fine, l. 11. & 17. h. t. l. 6. §.* D *si quis partem, inf. commun. præd.* in parte, inquam, pro indiviso servitus constitui non potest, quia pro parte indivisa, uti servitute non possum, quin ea utar ex fundo toto. Usus servitutis est individuus, denique in hac l. 6. hoc vult Paulus, non tantum fundo servitutem imponi, aut impositam remitti posse, sed etiam loco, id est, certæ portioni fundi.

Ad L.XXI. de Servitut. quæ alias L.I. de Servit. urban. præd. *Si intercedat solum publicum, vel via publica: neque itineris actusve, neque altius tollendi servitutes impedit, sed immittendi, protegendi, prohibendi: item fluminum, & stillicidiorum servitutem impedit, quia cœlum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.*

E Ad §. Si ususfructus *tuus sit, ædium proprietas mea, quæ onera vicini sustinere debeant, mecum in solidum agi potest: tecum nullo modo.*

IDem Paulus in l. 21. quæ debet esse lex ultima h. t. non ut in Florentinis prima tituli sequentis, tractat de eo, an si inter meum, & vicini prædium intercedat solum publicum, aut via publica, ea res impediat, quo minus in prædio vicini servitus possit constitui: Et non impediri quidem ea re ait itineris, vel actus servitutem altius tollendi suas ædes, & officiendi prospectui vicini, quia per viam publicam, locumve publicum cuilibet commeandi jus est, & sublatis ædibus nihil ea res officit loco publico: attamen impediri servitutem immittendi tigni, aut protegendi tecti, protendendive, aut projiciendi stillicidii, aut projiciendi pri-

(†) *Vide Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 12.*

privati fluminis, proiiciendæ aquæ scilicet, quæ crescit solo meo, quia intercedente via publica ex meis ædibus in eas immitti, protegi, protendi, proiici nihil potest, quin officiatur aeri, qui est super viam locumve publicum, qui & ipse aer publicus est, & liber esse dicitur, non minus quam locus ipse publicus, ac patere omnib. Hæc satis perspicua sunt. At addit de servitute oneris ferendi agi actione confessoria .i. eam servitutem vindicari, non adversus fructuarium, sed adversus proprietarium in solidum. Si forte ædium, quæ onus vicinarum ædium ferre debent alius sit fructuarius, alius proprietarius, confessoria actione non agi de ea servitute cum fructuario, sed cum proprietario in solidum, quamvis solidam, id est, plenam proprietatem non habeat, nimirum abscedente usufructu, quia proprietati ædium ea servitus imposita est, non usuifructui, quia ea servitus est in rem, & nomine rei proprietas significatur, non in personam. Quod & in omnibus aliis prædiorum servitutib. locum obtinere sit *l.6. §. hæc etiam, inf. si serv. vin.* Ut sc. & cæteræ omnes servitutes vindicentur adversus proprietarium tantum, non adversus fructuarium, sed de servitute oneris ferundi dubitabatur, quia in hac servitute hoc est proprium, ut qui eam debet, reficere debeat parietem oneri ferundo suis sumptibus: & videbatur refectio potius pertinere ad fructuarium, ut & cæteræ refectiones dicuntur pertinere ad fructuarium, *l.7.§.quoniam, de usufr.* Et quamvis aliarum servitutum non sit ea natura, ut aliquid faciat, qui eas debet, *l.15. §. ult. h.t.* excipienda tamen est servitus oneris ferundi: nam refectio parietis, aut columnæ oneri ferundo, pertinet ad eum, qui servitutem debet, *l.eum debere, tit.seq. l.5.§. etiam, si servit. vind.* Sed tamen negatur in §. 1. hujus legis ad refectionem ad fructuarium pertinere, quum negatur agi posse confessoria adversus fructuarium. Quod autem dico idem obtinere in aliis servitutib. pugnat valde cum *l. 1. §. competit, de aq. & aqua pluv. & l.10. §. ult. si servit. vind.* quæ dicunt, servitutem posse vindicari adversus quemcunque, qui prohibeat nos ea uti, non adversus dominum tantum: Sed loquuntur de servitute, quæ jam cœpit, & prædio imposita est, quam tueri, & nobis defendere seu vindicare possumus adversus quemvis, qui nos ea uti prohibeat. Loquuntur de servitute, quæ jam cœpit, quæ jam prædio imposita est: de ea, quæ nondum cœpit, dicimus adversus dominum tantum prædii servitutis agi posse, ut eam constituat, & cedat. Et hic est primus locus de vindicatione servitutum.

Ad L. VII. de Servit. præd. rustic. *Qui sella, aut lectica vehitur: ire, non agere dicitur. Jumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, & plaustrum ducere, & jumenta agere potest. Sed trahendi lapidem, aut tignum, neutri eorum jus est: quidam, nec hastam rectam ei ferre licere: quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret; & possent fructus eo modo lædi. Qui viam habens, eundi, agendique jus habent: plerique & trahendi quoque, & rectam hastam referendi, si modo fructus non lædat.*

Ad §. In rusticis *autem prædiis impedit servitutem medium, quod non servit.*

PErgam de eadem actione dicere in *l. 6. de serv. rust. præd.* Servitutes prædiorum rusticorum plures sunt, frequentiores hæ 4. iter, actus, via, aquæductus. De tribus primis itinere, actu, via magna est controversia, vel ἀμηχανία potius inter juris interpretes, ducta ex eo, quod in *l. 1. h. t. Iter* definitur esse jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi: *Actum* vero hoc amplius, jus esse agendi, vel jumentum, vel vehiculum. *Viam* autem ex itinere, & actu constare. Eum, qui actum habet, & iter habere, etiam sine jumento, aut vehiculo, id est, ire solum posse, quia actus constitutus est, etiam si nihil agat, nihilve ducat: Eum vero, qui viam habet, utrumque habere, iter & actum. Unde quæritur, quid igitur distat via ab actu? Memini me semper dicere eum, qui actum habet, per consequentias tantum, non recta, & principaliter & iter habere, vel ex occasione potius, quam jure, ut sit *l. 2. de rivis*. Ideoque & actum duntaxat, non iter ab eo vindicari posse, *l.4.§.1. si serv. vind.* cum vero, qui viam habet, utrumque habere principaliter, & vel iter, vel actum separatim, vel utrumque simul iter, & actum, aut uno verbo viam vindicare posse. Hæc est summa, & præcipua differentia. Sed sunt etiam aliæ: Viæ latitudo lege 12. tab. finita est, nimirum, ut sit in porrectum, in directum 8. pedum: in anfractum, εἰς κάμψιν, in flexum, sexdecim pedum, in flexu viæ altero tanto majus est spatium, propter vehiculorum obvertendorum facilitatem. Et hoc ostenditur in *l.seq. & l.6. §. ult. quemadmod. servit. amittant.* Actus autem latitudo lege finita non est, sed finitur conventione contrahentium, vel judicio testatoris, qui actum legat, vel arbitrio boni viri, *l. certo, §. latitudo, inf. h.t.* Rursus via non est, nisi qua & jumentum, & vehiculum ire potest, quod via dicatur quasi veha. Unde vehiculum, & in Cod. Th. *Tot vehas debere municipes in causam reip.* id est, tot vicib. debere eos vehiculis vehere oneras, quæ ad rempubl. pertinent, veluti annonam, & in idiotismo nostro vox *der corvees*, nihil aliud est, quam corporis veha. Via igitur non est, nisi qua vehiculum, & jumentum ire potest. Actus est etiam, qua vehiculum duci non potest, modo agi jumentum possit, *l. 13. de servit. infr. h. t. l. 13. h. tit.* Vehicola proprie dicuntur, quib. jumenta, & pecora aguntur, aut minantur, quod minis scilicet adigantur. Ovid. 1. Fastorum.

Pars, quia non veniunt pecudes, sed aguntur ab actu,
Nomen agonalem credit habere Deum.

Ponitur & alia differentia in hac l. quæ est de itinere, actu, & via. Et docet, quid intersit inter iter, & actum, quidque inter actum, & viam. Eum, qui iter habet, non tantum ire pedib. & ambulare, id est, spatiari valetudinis causa posse, sed etiam equo vehi, ut *l.12.inf.h.t.* vel ut ait *l.7.* Sella vehi, aut lectica, sella gestatoria, ut Sueton. loquitur, *sella portatoria*, ut Cellius Aurelianus medicus chronicon lib.1.cap. 1.& 5.& lib.2.cap.1.ubi eam sellam *fertorium* vocat. Sella sedemus, lectica decumbimus, sive jacemus, utramque ferebant servi, & lecticam plerumque 8. Unde & octofori, & 8.lecticariorum legatum, *l.8.§.ult.de leg.1.* Nunc lecticis, sive carrucis dormitoriis subjunguntur equi, ut *l. uxori, de aur. & arg.leg.* Porro is, qui iter habet tantum, potest ire pedib. potest quidem transire, vel ambulare, id est, spatia facere multa subinde valetudinis causa, aut equo vehi, sella, vel lectica, verum jumentum etiam agere, aut plaustrum, aut vehiculum ducere non potest: is, qui actum habet, & ea omnia facere potest, quæ is, qui iter habet, & præterea etiam jumentum agere, & plaustrum, aut vehiculum ducere. Trahere autem tignum aliquod ingens, vel lapidem neuter potest, neque etiam *hastam rectam* ferre, ut hic Paulus ait, sed supinam ferre debet. hastam demittere debet, non erigere, quia hastæ erectio nihil pertinet ad causam itineris, vel actus, id est, hasta recta non fertur eundi, vel agendi causa, hasta recta nihil facit ad iter, vel actum. At si eam rectam ferre liceret, possent eo modo decuti fructus actui junctarum arborum, quod erat vetitum lege duodecim tab. puta ne quis arbores alienas cæderet, aut feriret cædendi causa, aut stringeret, id est, deglabraret, decorticaret, *l.cædere, arb.furt. cæs.* forte & ne quis quatefaceret, & fructus decuteret. At qui viam habet, etiam trahere lapidem, aut tignum, vel hastam rectam ferre potest, quia cum via latior sit, quam actus, id utique facturus videtur sine læsione arborum, & fructuum, cujus tamen rei si quis justus metus existat, forte via ex conventione angustiore facta ex *l.23.inf.h.t.* & ab hasta recta gestanda & a tractu lapidis, aut tigni, qui viam habet abstinere debet, quæ est sententia Pauli: ita enim servitutibus, quæ nobis competunt uti debemus, ut ne quid fiat extra causam earum, extra utilitatem prædii nostri, quod vicinis damno esse possit, videlicet si nihil latius fumus, nisi ut officiamus vicinis, ut ait *l.in fundo, de rei vind.* Et hæ sunt differentiæ inter iter, & actum, & viam, & actum, verissimæ & cer-

& certissimæ: nec ab aliis, quæ diximus discrepant leges, A quæ dicunt aliud esse iter, aliud actum, *l.11.§. si iter, de excep. rei judic. l. si pupillus, §. ult. de novat.* quia & hoc ipsum nos diximus plus esse actum, quam iter: & plus esse viam, quam actum: Viam in se propalam continere & iter, & actum. Idemque prorsus esse viam cedere, & cedere iter, & actum, ut in *l. si eo loco, §.1. si servit. vind.* Prius dicit viam, posterior iter, & actum, quemadmodum *l. 2. inf. quemad. serv. amit. l.13.§.1. de acceptil.* Actui non propalam, sed tacite, & per consequentias iter inest, ad agendum scilicet, & ducendum, & eum tamen, qui actum habet, non tantum agere jumentum, aut vehiculum ducere posse, non tantum ire posse agendi, vel ducendi causa: sed quod minus est, per se etiam sine ullo jumento, aut vehiculo ire, aut ambulare posse, ut est aperte, & sine vitio scriptum in *l.1. h.t.* Quod & *d. l.2. quemad. servit. amitt.* quæ est ex eodem libro B Pauli, plane comprobat.

Ad L. II. Quemadmod. servit. amitt. *Qui iter, & actum habet, si statuto tempore tantum jerit, non perisse actum, sed manere Sabinus, Cassius, Octavenus ajunt: nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet.*

DUm ait, *Eum, qui iter, & actum habet*, id est, qui viam habet, ut jam exposui, si constituto tempore ad non utendo amittendam servitutem jerit tantum, non egerit ulla jumenta, aut vehicula duxerit, non amisisse actum ex Sabinianorum sententia, quia verum est, & eum via, aut actu usum, qui solo itinere usus est, quia & iter per se solum in via, vel in actu inest. In via nominatim; in actu, tacite. C Et eum quoque, qui actum habet, per se, sine jumento, aut vehiculo ire, & eundo actum retinere, quod nostris est usurpare posse. Actum, dico, sine itinere esse non posse, scilicet ad agendum, vel ducendum, *l.1. de adim. leg.* Rursus dico actum sine itinere esse, ex *l.4.§.1. si servit. vindic.* Nam & hoc, & illud verum est, nec ulla est pugnantia: actum, inquam, sine itinere esse, quia actus tantum ceditur, non iter nominatim; idcirco & actus tantum, qui cessus est vindicari potest, non iter, quia ita est contracta servitus, ut ait *l. certo, ff. de servit. rust.* Et actionem sequi oportet contractus formam, quo cessus est actus, non iter, aut si etiam nominatim cessum est iter, jam via est, quæ cessa est, non actus. Cæterum, ut dixi, is, cui actus cessus est, per se solus ire, & ambulare potest: sicut & is, cui cessum est iter, non tantum ire, & transire, sed quod minus est, deambulare potest, quamvis jus deambulandi non sit per se servitus predii, D *l.7. de servitut.* non sit jus prædii, sed hominis: jus, quod hominem respicit, hominis sanitatem, aut voluptatem, non prædii utilitatem. Unde *lex 1. de servit. rust.* iter est, inquit, jus eundi ambulandi hominis. Quomodo etiam legendum est in Institut. Sed cui licet quod plus est, ei non debet non licere quod minus est. Cui licet ire, & transire pedibus, vel equo, vel sella, vel lectica, cur non licebit ei ambulare, cur non licebit etiam ire per se? cui licet hoc amplius agere jumentum, aut vehiculum ducere, cur non licebit, & ire per se, & deambulare? Nihil est verius. Imo exemplo actus recte dices, aquæ haustui tacite inesse iter ad hauriendum, sive aditum ad fontem ex occasione magis, & consequentia, quam jure, ut *l.3.§. qui habet, hoc tit.* Et tamen per se non aquæ hauriendæ causa eodem itinere eum ire posse, qui aquæ haustum habet, vel fontis visendi, E vel ambulandi valetudinis causa. Quidni? Res est manifestissima.

Ad §. ult. In rusticis *autem prædiis impedit servitutem medium prædium, quod non servit.*

SEquitur in hac lege septima, *In rusticis, &c.* quod conjungendum videtur cum eo, quod dixi supra in *l. ult. de servit.* Si medius intercedat locus publicus, aut via publica inter meum, & tuum prædium, itineris, vel actus servitutem non impediri, adde vel aquæ haustus, ex *l. si prius, §. via, de aqua, & aqua pluv. arc.* Quia & cuilibet jure publico per locum publicum, aut viam publicam liber transitus est, liber commeatus. Si tamen medium intercedat prædium alterius, non locus publicus, quod meo non serviat, sane ea res impedit, quo minus tuum prædium meo iter, vel actum, vel aquæ haustum debere possit. Si tamen, & prædium alterius meo serviat, iter, vel actus non impeditur ex meo prædio in tuum, vel ex tuo in meum, sicut si medius sit fundus alterius, inter me, & te haustus servitutem in fundo tuo ex fonte, qui in eo oritur, imponere possum, si modo mihi medius dominus cesserit iter, non aliter, quia medius fundus, qui non servit, mihi obstaculo est, *d. l. si prius, §. ult.* Et ait Paulus, medium prædium, quod non servit, prædium igitur alienum, non tuum, non meum. Nam meum prædium, quod est inter aliud meum prædium, & tuum, non impedit servitutem itineris, vel haustus, quamvis medium prædium mihi non serviat, cum sit meum, *d. l. si prius, §. licet, l.8.§. ult. tit. seq. l. si cum servitus, inf. quemad. servit. amit.* Et similiter, si medium prædium sit tuum, ea res non impedit, quo minus tu in ulteriori tuo prædio, aut per ulterius tuum prædium mihi cedas iter in meum, si modo & id mihi cedas per medium tuum prædium, non aliter. Et hæc de rusticis servitutib. Alio jure est servitus altius non tollendi: Nam & si inter meas, & tuas ædes sint intermediæ ædes alterius, quæ meis non serviant, possum tuis imponere servitutem altius non tollendi, ne prospectui meo officias, quia donec medius dominus suas non extollit, utilis mihi servitus ea est: quod est relatum in *l.5. si servit. vindic.* & merito huic §. ult. leg. 7. conjungendum est: & conjuncto utroque capite, inde constituenda est hæc separatio in hac re inter servitutes rusticorum prædiorum, veluti inter actum, viam, aquæ haustum, & servitutem altius non tollendi, quæ urbanorum prædiorum servitus est, vel etiam servitutem altius tollendi, quæ ejusdem generis est: nam etsi mediæ ædes Titii inter meas, & tuas tuis non serviant, possum tibi cedere servitutem, ut altius ædes tuas extollas, si velis, contra morem antiquum ædificiorum urbis nostræ, ut luminibus meis officias, *l.7. §.1. commun. præd.*

Ad L. VII. Si servit. vindic. *Harum actionum eventus hic est, ut victori officio judicis, aut res præstetur, aut cautio. Res ipsa hæc est, ut jubeat adversarium judex emendare vitium parietis, & idoneum præstare. Cautio hæc est, ut eum jubeat de reficiendo pariete cavere: neque se, neque successores suos prohibituros altius tollere, sublatumque habere, & si caverit, absolvetur. Si vero neque rem præstat, neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem juraverit.*

POstrema recitatio, quæ sequetur, hunc absolvet lib. Hæc lex est de servitute, quæ oneris ferundi causa imponitur ædibus vicini: in qua hoc proprium, & singulare est, ut tametsi aliarum servitutum ea non sit natura, ut aliquid faciat is, qui eas debet, sed ut patiatur, vel non faciat aliquid, *l.15.§. ult. de servit. & l. seq. §. distat, hoc tit.* tamen is, qui debet servitutem oneris ferundi, cogatur reficere parietem ædium suarum ad sustinenda onera vicini, & idoneum reficere, utque eo nomine cum eo agi possit actione confessoria, nempe hoc modo: *sibi jus esse adversarium cogere ad reficiendum, vel fulciendum, aut restituendum parietem, aut columnam, vel simulachrum,* ut erant olim Telamones, & Cariatides ad onera ferenda, ut vocabant, quod ferat onus ædium actoris, *l. prox. §. etiam, sup. hoc tit. l. eum debere, sup. de servit. urbanor. præd.* Cum illo, inquam, agi potest, qui suis ædib. imposuit servitutem oneris ferendi: cum illo, nempe cum domino proprietatis, ut parietem reficiat, restituat, non cum fructuario: Nam si earum ædium ususfructus sit alterius, hujusmodi refectio, aut restitutio, fructuario non incumbit. Quod jam habuimus sup. in *l. ult. §. ult. de servitut.* Et harum quidem actionum, ut Paulus ait in hac *l. 7.* quæ videlicet sunt de servitute oneris ferendi, vel ut inferior vicinus æquo animo sustineat onus ædium vicini superioris, cui ea servitus debetur, vel ut parietem reficiat, aut collapsum restituat, vel ut emendet vitium, sive convitium, ut loque-

ban-

bantur, quod paries facit: Paulus, inquam, in hac l. 7. A docet, harum actionum hunc esse exitum, & eventum, ut superiori vicino, si justam vincendi causam habere videatur, quo solo & jam victor esse videtur, victorque appellatur hoc loco, qui tamen nondum obtinuit sententiam, primum judex arbitretur, & jubeat adversarium actori, id est, superiori vicino rem præstare, aut cautionem: rem, puta, ut reficiat, aut restituat parietem oneri ferundo destinatum, ut emendet ventrem, quem paries facit, ut nostri auctores loquuntur, ut emendet vitium parietis: vel cautionem, puta ut jubeat adversarium cavere, id est, satisdare de reficiendo pariete, & neque se, neque successores suos prohibituros, quo minus superior vicinus ædes suas altius tollat, vel altius sublatas habeat. Hanc enim servitutem oneris ferundi superiori vicino, qui ædes superiores possidet, inferior debet: ut & aperte indicat lex, quæ sequitur in B principio, quo maxime distat à servitute tigni immittendi, quam etiam superior vicinus inferiori debere potest. Et ita ut dixi, si caverit inferior vicinus superiori, absolvitur: sin vero neque ita caverit, neque rem præstiterit, ad extremum definitiva sententia damnatur, quanti actor in litem juraverit, id est, quanti actor juratus eam rem, sive litem æstimaverit. Damnationem, sive absolutionem præcedit arbitrium, sive officium judicis, quo rem, aut cautionem actori præstare jubeat, ut fit etiam in vindicatione rerum corporalium, nempe, ut possessor, qui dolo malo, neque rem restituit, neque cavet de ea restituenda, tanti damnetur, quanti actor in litem juravit: Qui vero restituit, aut cavet, cum in præsentia non potest restituere: Qui, inquam, restituit, aut cavet, absolvatur, *l. qui restituere, de rei vindic.* (†) Ex quo intelligimus, non tantum rerum corporalium, sed etiam incorporalium, puta servitutum etiam vindicationem esse arbitrariam, quia damnationem, vel absolutionem in omni vindicatione præcedit arbitrium, officium, jussum judicis, quo jubet sine cunctatione rem actori restitui, vel præstari cautionem vice rei. Paulus loquitur de eo, cum quo agitur de servitute oneris ferundi, qui judicio adest, & rem defendit. Itaque nihil ad hanc legem pertinet *lex si prius quam, de novi operis nuntiat.* quam in medium adducit Accursius, quia ea lex est de reo, deve pœna ejus, qui rem non defendit. Transeamus ad *l. 9. h. t.*

Ad L. IX. eod. *Si eo loco, per quem iter mihi debetur, tu ædificaveris: possum intendere jus mihi esse ire, agere. Quod si probavero, inhibebo opus tuum.*

Ad §. Item Julianus scripsit, *si vicinus in suo ædificando effecerit ne stillicidium meum reciperet: posse me agere de jure meo, id est, jus esse immittendi stillicidium: sicut in via diximus. Sed si quidem nondum ædificavit: sive usumfructum, sive viam habet: jus sibi esse ire, agere, vel frui intendere potest. Quod si jam ædificavit dominus: is, qui iter, & actum habet, adhuc potest intendere jus sibi esse: fructuarius autem non potest: quia amisit usumfructum, & ideo de dolo actionem dandam hoc casu Julianus ait. Contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, ædifices, recte intendam, jus tibi non esse ædificare, vel ædificatum habere: quemadmodum si in area mea quid ædifices.*

Ad §. Qui latiore via, *vel angustiore usus est, retinet servitutem: sicuti qui aqua, ex qua jus habet utendi alia mixta usus est, retinet jus suum.*

Si eo loco ædificas, per quem mihi iter debes, prohibere te possum per actionem confessoriam, agendo, *jus mihi esse ire*, vel *ire & agere*, quoniam si in ea actione probavero, mihi jus esse ire agere, inhibebo opus tuum, ædificium tuum. Et hoc proponitur initio h. l. Ubi iter, quod notandum, accipit pro via, quia dicit ire agere, & mox in §. 1. id se de via dixisse ait. Quum autem dicit opus novum inhiberi posse per actionem civilem de via, per vindicationem viæ, tacite demonstrat, quod est verissimum, hoc solum remedium suppetere inhibendo operi instituto: nec posse etiam te prohiberi per novi operis nuntiationem. Et ita propalam scriptum est à Juliano in *l. qui viam, de nov.* *op. nunt.* ex quo hoc Paulum scripsisse verba, quæ sequuntur, indicant, à quibus incipit *§. 1. item Julian. scripsit.* Ergo si ædifices eo loco, per quem mihi debes viam, non possum te prohibere per novi operis nuntiationem, quo minus ædifices, sed per vindicationem viæ tantum. Et tamen in *l. 6. §. ult. sup. h. t.* dicitur, quod adversari etiam videtur huic legi de servitute oneris ferendi, eum, qui deteriorem parietem facit, qui parietem oneri ferundo mutat in deterius, aut per rei vindicationem, aut per novi operis nuntiationem prohiberi posse. Cedo rationem differentiæ. Ratio differentiæ hæc est, quia ut jam ante dixi servitutem oneris ferundi vicinus inferior superiori debet. Et ideo inferior non potest ædes suas altius tollere, sed eas depressas, & humiles habere cogitur oneris superioris vicini ferundi causa: eoque nomine superior vicinus eum eo agere potest jus inferiori vicino non esse altius ædificare, aut altius ædificatum habere. Itaque non mirum, si & per novi operis nuntiationem prohiberi inferior vicinus potest, ne ædificet, & ratio servitutis ejus est onus. Quid vocas onus? Onus totum ædium superiorum, onus universarum ædium superiorum sustinendarum: non quod sint superpositæ ædes ædib. sed quod superior pars ædium superiorum ab inferioribus sustineri debeat. Idemque servatur in servitute altius non tollendi, ne luminibus, vel prospectui officiatur: nam qui eam servitutem debet, si altius ædificat, prohiberi potest, non tantum per actionem civilem, id est, per vindicationem servitutis, sed etiam per nuntiationem novi operis, *l. iter, de servit. urb. præd.* quia ei, cui ea servitus debetur, licet agere jus non esse vicino, se invito altius ædificare, vel altius ædificatum habere. Et quod dicitur in *l. 1. §. jus, de remiss.* ei jus esse nuntiandi novi operis, qui servitutem habet, de hujus generis servitute dicitur, quam qui habet, intendere potest jus non esse vicino ædificare, non de omni servitute. Certe qui habet iter, vel actum, vel viam, vel aquæductum in fundo vicini, intendere non potest, vicino jus non esse eo loco ædificare, per quem illi actus, iter, via, aquæductus debetur, quia ita non est contracta servitus, & ejus quoque loci solum ejus est, qui eam servitutem debet, non ejus cui debetur, *l. 4. in princ. hoc tit. l. 2. §. viam, ne quid in loco publ.* Et quia igitur is, qui iter, vel actum, vel viam habet, intendere hoc tantum potest jus sibi esse ire, vel ire agere per illum locum, vel etiam vicino jus non esse in eo loco ædificare, ideo nec in eo loco, in suo nimirum solo, ædificantem vicinum prohibere potest per novi operis nuntiationem, sed per vindicationem servitutis tantum, D eo probato scilicet eam servitutem sibi deberi. Jus nuntiandi novi operis adversus ædificantem, ei tantum competit, qui & agere possit civiliter jus non esse vicino, se invito ædificare. Eandemque esse rationem servitutis stillicidii recipiendi Paulus indicat in *§. 1.*

Ad *§. Item.* Nam vicino, qui stillicidium recipere debet in ædes suas: vel in aream, ædificante in suo, atque ita ædificantem, ne stillicidium meum recipiat, contra servitutem, quam mihi debet, ego non possum intendere jus ei non esse ædificare: quia ita contracta servitus non est: & consequenter, nec prohibere eum possum per nuntiationem novi operis, sed vindicare tantum possum servitutem stillicidii projiciendi, vel ut improprie loquitur, stillicidii immittendi, quo judicio, si probavero eam servitutem mihi deberi, inhibebo opus vicini. Et hac ratione sola, non etiam per nuntiationem novi operis. Denique vicino in suo ædificante, & impediente servitutem itineris, vel actus, aut viæ, aut aquæductus, aut stillicidii projiciendi, quæ mihi competit, novum opus ei nuntiare non possum. Sed sive nondum ædificarit, sive jam ædificarit, servitutem, quæ mihi competit, tantum vindicare possum: neque enim immolitio, aut inædificatio eam servitutem exstinguit, ut & id declarat eleganter Paulus. Alia est ratio usufr. Nam si dominus proprietatis in area, cujus usufr. alterius est ædificaverit, usufr. areæ exstinguitur, quasi mutata re, & ideo vindicari non potest. Quinimo hoc casu superest tantum fructuario adversus dominum proprietatis, qui in area ædificavit, actio de dolo, & fraude in id, quod interest, *l. repeti, §. ult.*

(†) *Vide Merill. Variant. ex lib. instit. Cujac. cap. 1.*

§.ult. quib.mod. usufsr.amit. Et hæc quidem scribit hoc loco A Paulus de domino, qui eo loco ædificavit, aut ædificare molitur, aut parat, per quem alii supradictæ servitutes debentur. Contra si non dominus eo loco ædificet, sed is, cui servitus debetur, tunc sane recte dominus aget cum illo jus ei non esse ibi ædificare, aut ædificatum habere, sicut si in area sua ille tentaret ædificare, & consequenter poterit dominus ei nuntiare novum opus. Denique vel per civilem actionem eum prohibere poterit, vel per nuntiationem novi operis. Et hæc est sententia §. primi elegantissima.

AD *§. ult.* In §.ult. ait, eum, qui viam habet, non amittere viam quasi non utendo, si statuto tempore ad eam amittendam non utendo, ea via usus sit, vel angustiore, vel latiore, quia & qui via angustiore utitur, tota via uti videtur: neque igitur viam inusu amittit, imo usu totam reti- B net, & usurpat, si vel minimum via utatur, si vel angustiore, vel latitore via utatur. Ac similiter eum, qui aquæductum habet ad certum modulum, ut puta si ei datus sit digitus aquæ, ut in *l.Lucius 37.de servit. præd. rust.* eum non amittere aquæductum, si vel minorem aquæ modulum duxerit statuto tempore, vel ampliorem alia immixta aqua, quoniam & hic toto modulo usus intelligitur. Quæ est sententia §.ult. Et mox arbitror Paulum attigisse, quod est in *l.2.tit.seq.* quæ jam exposita fuit: pari etiam ratione scil. eum, qui viam habet, viam retinere, & usurpare, non amittere, vel eum, qui actum habet, eum non amittere, si ierit tantum statuto tempore, non etiam egerit jumentum, aut duxerit vehiculum: quia & hic tota servitute usus intelligitur, quia partis usus totius servitutis usurpatio est, *l.8. §.ult. & l.9. i.seq.* vel eo maxime, quia servitutis prædii usus individuus C est, *l.viæ, de servit.* Non potes uti partim servitute, partim non uti, sed dum, vel minimum ea uteris, tota uteris: & eam igitur quasi usu retines, non inusu amittis. Et hoc in usufructu, qui est dividuus, proculdubio expeditius est, ut domus, vel insulæ ususfructu legato, vel cesso, quamdiu quælibet portio insulæ, vel domus remanet, totius soli ususfructus usurpetur, & retineatur, *l.si cui insulæ, sup. de usufr.*

Ad L.II. ad Exhib. *Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat experiundi sit copia.*

HÆ omnes leges seqq. sicut superiores pertinent ad rei vindicationem. Ac primum *l.2.ad exhib.* est certissimum ad eam pertinere, cum respiciat apertè ad actionem ad exhibendum, quæ maxime propter rei vindicationem D inducta est, ut ait *l.1. hoc tit.* ut scilicet res, posteaquam exhibita fuerit, vindicetur, *l.3. §.est autem, hoc tit. l.2. commod. l.2. expil. heredit. l. in rem, §. item quæcunque, de rei vindic. l.3. §. si ipse, de tab. exhib.* Et est actio ad exhibendum de re mobili tantum, *l.ad rem, de procurat.* nam de immobili non agitur ad exhib. cum sit in propatulo. Hoc vero est quod ait *l.2. hujus tit.* Exhibere scilicet, esse facere in publico, rei mobilis scilicet, aut se moventis videndæ, aut cognoscendæ potestatem, sive copiam. Et alibi, præsentiam rei præbere, *l.22.de verb.signif.* Quo fine? ut ei, qui agit, sit statim copia experiundi, puta agendi in rem actione, propter quam actio ad exhibendum comparata est, quamve præparat actio ad exhib. sicut interdictum de liberis exhibendis præparat interdictum de liberis ducendis. Exhibentur enim ut postea ducantur, & sic exhibentur res, ut ex- E hibitæ vindicentur. Denique acturus in rem prius agit ad exhibendum, ut re exhibita mox apud eundem judicem eam rem suam esse petat. Actio directa, id est, actio principalis, quam intendit is, qui sibi rem exhiberi desiderat, est rei vindicatio: hæc ei principaliter est in animo, *l.3. §.ibid. & l.si quis hominem, hoc tit.* ubi actio directa, est principalis, quæ est rei vindicatio, quam potissimum intendit, qui agit ad exhib. Et recte, & eleganter Ulpianus in *l.Julianus, §. quantum, hoc tit.* idcirco agi ad exhibendum, ut actor *copiam rei habens, possit exsequi actione, quam destinavit, in nullo causa, quam intendit, læsa*, id est, ut possit prosequi rem, quam animo destinavit, in nullo causa, quam intendit, principaliter scilicet, læsa, id est, re exhibita integra, incolumi, & cum omni causa sua: alioqui non videtur exhibita. Et hoc adnotasse ad hanc l.2. satis abundeque est.

Ad L.LI. de Contr.empt. *Littora, quæ fundo vendito conjuncta sunt, in modum non computantur: quia nullius sunt, sed jure gentium omnibus vacant: nec viæ publicæ, aut loca religiosa, vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viæ, item littora, & loca publica in modum cedant.*

PErtinet etiam ad rei vindicationem *lex 51. de contrah. empt.* & conjungenda est cum eo, quod idem Paulus dixit *sup. in l.in rem, §.1. de rei vindic.* Loca sacra, vel religiosa quasi nostra, in rem actione peti non posse. Sane, quia non sunt nostra, quia nullius in bonis sunt, adeo ut nec publicis bonis adnumerentur, nec privatis, nec publicis igitur, *l.17. de verb.signif.* Iis enim convenienter ait Paulus in hac l.51. si in vendendo fundo, ut fit, venditor dixerit modum fundi, puta centum jugerum esse, in eum modum non cedere littora, quæ fundo conjuncta sunt: Fac fundum esse maritimum, quia littorum proprietas nullius est, & usus tantum eorum publicus, sive communis est jure gentium, *l.præscriptio, de usurp. & usuc. §.littorum, Instit. de rer.div.* quia, inquit Paulus nullius sunt, sed jure gentium omnibus vacant: non etiam cedere in modum fundi, quem venditor dixit, vias publicas, quæ in fundo sunt, si quæ sint, quia & hæ nullius sunt, adeo ut nec publicis bonis adnumerentur, *d.l.17.* sed publicis usibus deserviunt: viis publicis junguntur etiam limites in *l.id quod, §. ult. de peric. & comm. rei vend.* Nempe limites, qui dicuntur actuarii, per quos iter populo debetur, sicut per vias publicas ex l. Sempronia, & Cornelia, & Julia, ut Higynus scribit lib. de Limitibus constit. Addit Paulus in hac lege, non etiam cedere in modum agri loca religiosa, vel sacra, veluti *πολυάνδρεια*, quæ nos *dormitoria*, *κοιμητήρια*, vocamus, vel mausolea, quæ fundum tangunt. quæ Frontinus, & Urbicus videntur in lib. de limitibus vocasse *messilea*. Loca autem sacra, ut lucos, paganorum more, aut templa: hæc, inquam, omnia, non cedere in modum fundi venditi, nisi (addenda est una exceptio) in contrahendo ita actum sit, ut vel littora, vel viæ publicæ, vel limites actuarii, vel loca publica, aut loca sacra, aut religiosa in modum agri cederent: ea enim conventio valet, & venditori proficit, *d.l.id quod, §.ult.*

Ad L.XLIII. Locati. *Si vulneraveris servum tibi locatum: ejusdem vuleris nomine legis Aquiliæ, & ex locato actio est: sed alterutra contentus actor esse debet. Idque officio judicis continetur, apud quem ex locato agetur.*

ITem hæc lex accommodanda est ad rei vindicationem hoc modo. Sicut si servum tibi locatum vulneraveris, ejusdem vulnerati nomine l. Aquiliæ, & ex locato adversus te locatori actio competit, sed officio judicis, apud quem locator agit eo nomine ex locato, continetur, si in eam actionem locator deducat causam vulneris, æstimationem ejus damni, ejusque rationem in judicio locati habere velit, ut remittat actionem l. Aquiliæ, atque ita ut alterutra sit contentus, quod proponitur in *l.43.* Ita vero prorsus, si possessor servi alieni, eum deteriorem fecerit, ejusdem facti nomine in eum domino competit actio leg. Aquiliæ, & actio in rem, sed in actione in rem per judicem ratio habebitur, id est, æstimabitur quanti servus deterior factus sit, ita demum si actor remittat actionem leg. Aquiliæ, *l.non solum, de rei vindic.* Finge, inquit, debilitatum fuisse servum, aut vulneratum: debilitatum intelligit fustibus, aut flagellis, ut sæpe in martyrologiis legimus, Christi martyres debilitatos fustibus, aut flagellis, aut taureis, ut vocantur. Si dominus prius egerit l. Aquilia, non poterit deinde in judicio in rem deducere causam damni, causam debilitati, aut vulnerati servi, qui petitur, quia actio in rem arbitrarium judicium est, & arbitrio æquitatique judicis, quasi viri boni congruit, ne id fiat, id est, ne bis idem exigatur, ne exigatur æstimatio rei judicio in rem, quæ jam exacta est prius actio-

ne

ne l.Aquiliæ. Sed si dominus egisset in rem,& causam damni in hoc judicium deduxisset, ejusque rationem judex habuisset, sane postea non prohiberetur agere actione leg.Aquiliæ,vel in id,quod amplius in ea est,quia actioni l.Aquiliæ præter æstimationem damni, est etiam pœna: non prohiberetur,inquam,agere l.Aquiliæ, quia hæc actio est stricta, non bonæ fidei, non arbitraria, ut in ea possit aliquid judicis arbitrium.Ideoque in judicio rem,quo prius agitur,arbitrio judicis,apud quem agitur,congruit, ut non aliter damni æstimationem faciat,quam si remittatur actio l. Aquiliæ,cum maluerit actor agere in rem, quam l.Aquilia. Ab initio cur non elegit l.Aquiliam?cur elegit potius actionem in rem? Contentus ergo sit simplo, & remittat pœnam actionis l.Aquiliæ,præstita cautione,qua promittat, se non acturum l.Aquilia.*l.si à domino.§.si possessor,de petit.her. l.unde quæritur,commod. l.si merces,§.culpæ, hoc tit.*

Ad L.XXV.de Verbor.significat. *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est. quia usufructus non domini pars, sed servitutis sicut via, & iter: nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse,hoc & Julianus: & est verius.*

Ad §.Quintus Mucius ait,*partis appellatione rem pro indiviso significari. Nam quod pro diviso nostrum sit,id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.*

NOn est etiam dubium, hanc legem ad rei vindicationem pertinere, quia ait nos recte intendere, recteve dicere, fundum nostrum esse, id est, recte totum fundum vindicare hoc modo: *Si paret totum illum fundum, qui est in agro illo, ex jure Quiritium meum esse*:non tantum, si plenam, & solidam proprietatem fundi habeamus, sed etiam nudam tantum, usufructus autem sit alterius,quia rei vindicatione dominium proprietatis vindicatur.Et ususfructus hujusce domini pars non est, licet quibusdam casibus habeatur pro parte dominii: non est, sed habetur quandoque, aut fingitur quandoque habere instar dominii, ut fusius exposuimus *lib.2. ad leg.4. de usufr.* Denique ususfructus non est pars proprietatis, sed servitutis, inquit, per quam fundus servit homini, cui debetur ususfructus: sicut, inquit, iter, & via, per quam fundus servit fundo:iter, aut via servitus est prædiorum, & rerum, id est, quæ debetur rebus,& à rebus.Vsusfruct.est servitus hominis,id est, quæ debetur homini à rebus quibuscunque,*l.1.& 15. de servit.* Colligamus in pauca rationem Pauli. Recte dico, totum fundum meum esse, recte eum vindico totum, etiamsi ususfructus sit alienus, non meus, quia ususfructus non est pars dominii,sed servitutis:non dicitur autem falso res tota nostra esse, cujus nulla pars dici potest alterius esse: si non falso, ergo vere dicitur tota nostra esse. Et hoc loco recte, id est, vere, ut *l.in rem, §.si quis rei,de rei vind.vere statuam suam dictuum*.Sed observandum est in hac lege esse πλοκὴν in verbo *partis*, quum dicit, usumfructum non dominii partem esse, sed servituris: repeti enim debet ἀπὸ τοῦ κοινοῦ sed servitutis partem esse. Nam usumfructum non esse dominii partem, est, non esse veluti membrum totius,quia etiam sublato, & abscedente usufructu manet dominium integrum, & perfectum, *l.Mevius, §.fundo, de leg.2. l.si à reo, §.si reo, de fidejuss. l.13. §.1. de acceptil.* Usumfructum autem esse partem servitutis, est, esse speciem servitutis. Quo modo & M.Tullius sæpe partes vocat, quas formas, vel species dicimus. Ex his genus constat, ex illis totum constituitur,ex formis scilicet, sive speciebus genus constat: ex partibus,quæ proprie partes dicuntur, totum constituitur. De speciebus genus affirmatur, non de partibus totum. Generis natura universa in nulla suarum partium inest. Genus speciebus natura prius est: totum vero partibus, & tempore,& natura posterius. Porro ex his intelligimus, in titulo de rei vindicatione, rei appellatione significari non tantum plenam, sed & nudam proprietatem. Et hoc cum docuisset Paulus, subjicit in hac ipsa l. *§.Quintus*, de parte rei cujusque eam dupliciter accipi, pro indiviso, vel pro diviso:pro diviso esse certam,pro indiviso incertam. Et ex Servii sententia, utramque partem recte vindicari: partem pro diviso absque dubio, quia totum quoddam potius est, quam pars: & commune pro diviso, proprium potius, quam commune; proprium pro regione cujusque, quam cuique divisio attribuit: sed & partes pro indiviso vindicari possunt, ut *l.3. §.ult. l.76. §.1. de rei vindicat.* Hæc proprie est pars: & proprie commune, quod pro indiviso est commune. Unde & agri compascui, sive compascua, ut Aggenus Urbicus scribit, quidam vocant pro indiviso, quæ alii *communialia*, quod verbum hodie retinet idiotismus,commune individuum, ut ait *lex 3. C.in quibus caus. cessat præscript. long.tempor.* Et Servius non ineleganter ait, *partis appellatione utramque partem significari, vel pro diviso, vel pro indiviso*, & utramque, quoniam ad id hæc lex respicit, vindicari posse. *Non ineleganter* Græci interpretantur εὐφυῶς, *non inscite*. Et ita sæpe in libris nostris scribitur *eleganter*, id est, perite, scite admodum.

Ad L.CXXIX. de Regulis juris. *Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit.*

Ad §.Cum principalis causa *non consistit: ne eadem quidem, quæ sequuntur, locum habent.*

HÆc lex sane non potest apte, aut vere ullo modo aptari ad rei vindicationem.Et videtur non libro vigesimoprimo attribuenda esse,sed libro vigesimo, quoniam apte potest ad commodari ad petitionem hereditatis, de qua fuit liber 20. Qua tamen actione non tenetur quasi dolo malo desierit possidere quidquid ex hereditate alienavit, æris alieni hereditarii exsolvendi gratia,quia hæc causa necessaria est, *l.non solum, de petit.heredit.* Sed neque creditor, cui possessor hereditarius, hereditatis pecuniam solvit hereditario nomine, tenetur condictione indebiti, *l.de hereditate, C.eod.* Etiamsi ab eo acceperit pecuniam, cum sciret heredem eum non esse, quia,ut ait in principio hujus l. nihil dolo creditor facit, qui suum recipit à quocunque solvente. Creditor hereditarius est etiam is, cui legatum relictum est, *l.hereditarium, de oblig. & actio.* Et ideo si possessor hereditatis, quasi heres ex testamento legatum solverit,vel non exacta cautione evicta hereditate legatum reddi, vel etiam exacta cautione, ut *l.6. de pet. heredit.* Idemque omnino dicemus, nisi postea testamentum injustum, aut ruptum, aut irritum, aut falsum pronuntietur. Hoc enim casu is, cui legatum solutum est,tenetur ex cautione, si interposita sit, vel tenetur condictione indebiti, quia legatum id indebitum fuisse apparet. Quum enim, ut Paulus subjicit, principalis causa non subsistit, neque ea quidem, quæ sequitur,locum habebit. Et principalis causa est testamentum, id est, heredis institutio. Tribus tantum verbis fit heredis institutio: *Titius heres esto*:hæc sola heredis institutio, testamentum facit. Quum autem testamentum non valet, nec legata, nec fideicommissa, nec codicilli quidquam valent. Hoc est certissimum, & hoc casu indebiti condictio dabitur, non possessori, qui solvit ex hereditate, sed vero heredi. Neque hoc est novum,ut alius, quam qui solvit repetat solutum, & condicat, *l.2. §.1 l.5. de cond. indeb.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XXII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.penult.Naut.caup.stabul. *Licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis diverteris: non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum injuria passus es.*

Ad §.Si servo meo *in nave, vel in caupona utaris, & damnum mihi det, vel furtum faciat:quamquam & furti actio,& damni injuria mecum sit,hæc tamen actio,quia in factum est,* etiam

etiam servi mei nomine adversus te competit. Idem dicetur etsi communis sit. Tu tamen, quod mihi præstiteris ejus nomine, vel communi dividundo, vel pro socio actione, aut si partem ejus, vel totum conduxisti, etiam ex conducto habebis me obligatum.

Ad §. Sed si damnum *in eo datum sit ab alio, qui in eadem nave, vel caupona est, cujus factum prætor æstimare solet: non putat Pomponius ejus nomine hanc actionem utilem futuram.*

Ad §. In factum *actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hospitio repentino recipitur, veluti viator.*

Ad §. Possumus autem *furti, vel damni injuriæ actione uti cum nautis, ut certi hominis factum arguamus, sed una contenti esse debebimus. Et si cum exercitore egerimus, præstare ei debemus actiones nostras, quamvis ex conducto actio adversus eos competat exercitori. Sed si absolutus sit exercitor hac actione, deinde agatur cum nauta, exceptio dabitur: ne sæpius de ejusdem hominis admisso quæratur: & contra si de admisso unius hominis actum sit, deinde in factum actione agatur, exceptio dabitur.*

POST vindicationes, de quibus dixit superioribus Libris XX. & XXI. Paulus sequutus ordinem edicti perpetui, hoc Libro XXII. proposuit noxales actiones, de quibus etiam nonnihil ante dixerat lib. 18. sed ex occasione magis, quam ex ordine edicti perpetui, cum tractaret potissimum de jurejurando, de quo & in tractatu de noxali actione incidit quæstio, sive inspectio quædam. Et ex earum quoque genere quasdam proponere anteverterat lib. 19. veluti servi corrupti, & de dejectis, vel effusis. Quæ vero ex hoc lib. 22. prima lex se offert, ea est *l. pen. naut. caup. stab.* explicatu sane quam difficilis, neque omnium hominum lex. Initio ostenditur, actionem in factum prætoriam ex edicto prætoris adversus exercitorem navis, vel cauponæ, & diversorii, vel stabuli meritorii dari vectori, aut viatoribus, non tantum si contracta locatione conductione, certa mercede navi vehantur, vel in caupona diversentur, vel in stabulo eorum jumenta stabulentur, sed & si gratis navigarint, aut si in caupona gratis diverterint, aut si jumenta sua gratis stabulati fuerint, nullo dato, aut convento vecturæ, vel mansionis pretio, ut *l. 3. §. si vero res, & l. 6. sup. hoc tit.* Et ait, in factum actiones, plurativo numero, quia edicto prætoris duæ sunt, qui Latinis numerus pluralis est; duæ in exercitorem navis, aut cauponæ, aut stabuli, sunt actiones in factum. Una est ex contractu, id est, ex recepto, si exercitor res sibi commissas, & creditas à vectoribus, aut viatoribus salvas fore receperit à furto, & damno: neque enim solet recipere omne periculum: non solet recipere vim majorem, vim divinam, sed periculum tantum furti, vel damni dati; si eæ scilicet res in navi, vel caupona, vel stabulo furto subreptæ, aut deteriores factæ fuerint ab iis, quorum opera, & ministerio in navi, caupona, stabulo utebatur, sive liberi, sive servi fuerint, & sive servi alieni, sive proprii; in propriis hoc casu cessante noxali actione, ut *l. 3. §. item si servus, hoc tit.* vel etiam si subreptæ, aut corruptæ fuerint ab aliquo ex vectoribus, aut viatoribus, tametsi nulla exercitoris culpa intervenerit: nisi enim eas res exercitor restituat ei, à quo recepit, cuique recepit salvas eas fore, hac actione in factum tenetur in id, quod interest. Altera actio in factum est, non ex contractu, ut illa scilicet, sed quasi ex maleficio, qua etiam exercitor tenetur in duplum, si res, quas vectores, aut viatores intulerunt subreptæ, aut deteriores factæ sint ab iis, quorum opera navem, cauponam, stabulum exercebat, tametsi eas salvas fore non receperit. Utraque actio est honoraria, sive prætoria: scilicet prior ex contractu, posterior quasi ex maleficio. Item priori actione exercitor non tantum suorum hominum factum præstat, sive liberi, sive servi fuerint sui, vel alieni, sed etiam factum vectorum, aut viatorum. Posteriori autem actione suorum hominum tantum factum præstat, sive liberi, sive servi alieni fuerint, non si servi proprii fuerint. Vectorum autem, aut viatorum factum non præstat, sed eorum tantum, ut dixi, quorum opera utitur in exercenda navi, caupona, vel stabulo, sive fuerint liberi homines, sive servi alieni, quia aliquatenus culpæ reus est, quod opera pravorum hominum utatur in exercenda caupona, navi, aut stabulo, *l. 5. §. ult. de oblig. & act.* Nam quum eos adhibebat ad instruendam navem suam, vel cauponam, debebat explorare cujus fidei, cujus innocentiæ essent. In suis servis venia dignus est, si quales quales adhibuit ad instruendam navem, vel cauponam suam, *l. seq. §. servorum:* Et ideo, ut ait, servorum suorum nomine tenetur tantum noxali actione furti, vel damni injuria dati, non in factum actione posteriori ex hoc edicto. Porro hæ duæ actiones dantur, ut initio hujus legis proponitur, non tantum his, qui certa mercede, sed & his, qui gratis navigant, vel diversantur, vel stabulantur, si furtum, vel damnum injuria passi sunt in navi, vel caupona, vel stabulo.

AD §. *Si servo*. Additur in §. 1. hujus legis, quod valde notandum est: etiam ex hoc edicto adversus exercitorem recte agere viatorem, aut vectorem servi sui nomine, id est, qui in dominio viatoris, aut vectoris est, puta si servi sui opera, si servi viatoris, aut vectoris opera in navi, aut caupona exercitor utebatur, & is domino suo in navi, vel caupona damnum dederit, vel furtum fecerit: neque pugnare, aut obstare quicquam huic sententiæ, quod dominus exercitori tenetur actione noxali furti, vel damni injuria dati ex l. Aquilia propter servum suum, qui furtum fecit, vel damnum dedit, quia hæc ratio quidem efficit, ut subtiliter respondet Paulus, sed obscure tamen, ut non possit dominus ejus servi nomine cum exercitore agere noxali actione, qui scilicet (ut est in veteri regula juris) tenetur noxali actione, non potest agere noxali actione unquam, *l. sed si unius, §. si servus, de injur. l. ut tantum, §. si servus, de servo corr. l. pen. C. de furt.* Verum actio, qua dominus agit cum exercitore in proposito casu servi sui nomine, est actio in factum ex hoc edicto. Est actio in factum, inquit Paulus, quod de utraque actione in factum accipi velim, sive ex contractu nascatur, sive quasi ex maleficio. Est actio in factum, in qua scilicet prætor, ut paulo post ait, æstimat factum ejus, qui damnum dedit, vel furtum fecit. Est actio in factum, in qua scilicet omnino venit æstimatio facti, sive reatus, æstimatio admissi delicti. Denique est in factum actio, non noxalis actio furti, vel damni injuria dati. Ergo non offendimus in veterem illam regulam, cum domino servi sui nomine in exercitorem damus actionem in factum, quia actionem in factum damus, non noxalem actionem, quæ utique in dominum nunquam est. Et subjicit idem esse, si servus fuerit communis inter exercitorem, & viatorem, & cum ejus opera in caupona exercitor uteretur, damnum viatori dederit, qui alter est ex dominis suis, furtumve ei fecerit: nam & ejus servi nomine viatori in exercitorem ex hoc edicto dantur actiones in factum. Sed quod exercitor ei præstiterit, ab eodem id consequetur actione pro socio, vel communi divid. *l. 8. l. cum servus, de nox. act. l. 61. in princ. de furt.* vel actione ex conducto, si servi partem à viatore socio suo conduxerit. Priori etiam casu, si servum viatoris proprium exercitor totum conduxerit, ut ejus opera in navi, vel caupona uteretur, quod exercitor domino præstiterit, ejus servi nomine conventus actione in factum ex hoc edicto, id ab eo consequetur actione ex conducto. Et ita sunt accipienda hæc verba Pauli: *aut si partem ejus, aut si totum conduxisti, etiam ex conducto habebis me obligatum*, ut quod ait *partem*, referatur ad servum communem: quod ait *totum*, referatur ad servum proprium vectoris, aut viatoris. Quia vero iis casibus, quod præstiterit exercitor vectori, aut viatori conventus actione in factum ex hoc edicto, id mox ab eodem superioribus casibus repetere potest pro socio, vel communi dividundo, vel ex conducto: ideo recte dices, & ab initio agentem vectorem, aut viatorem actione in factum adversus exercitorem ob factum servi proprii, vel communis, posse submoveri ab exercitore, opposita vulgari exceptione doli mali. Dolo facis qui petis, quod redditurus es, *l. 8. de doli except.* Hic erat locus difficilior hujus legis.

Digitized by Google

AD §. *Sed si damnum.* Sequitur in §. *sed si damnum*, quod etiam aliquantum difficultatis habet; si servo vectoris, aut viatoris, cujus opera exercitor in navi, vel caupona utebatur, aut gratuita, aut conductitia, nihil refert, si ei, inquam, servo damnum datum sit, puta si corpori ejus nocitum sit ab alio, qui in eadem navi, vel caupona erat, si vulneratus, aut debilitatus fuerit ab alio, cujus factum alias prætor æstimare solebat, puta ab alio quocunque, aut viatore, aut vectore, in actione priori in factum, quæ est de recepto, vel ab alio quoque, nauta scilicet, sive remige, aut ministro cauponio, in posteriori actione in factum, quasi ex maleficio, hoc, inquam, casu ejus servi nomine domino exercitor nulla tenetur actione in factum: non posteriori, quia ei locus non est, cum ministeria, quibus exercitor utitur, sibi invicem damnum furtumve fecerint, *l. seq. §. sed si quid nautæ.* Sed tum duntaxat locus ei est, quum illa ministeria vectoribus, aut viatoribus damnum furtumve fecerint, non etiam priori actioni in factum, quia exercitor ministeria, quibus utitur, resve eorum salvas fore non recepit, sed res vectorum, aut viatorum tantum, & ideo nec priori actioni locus est, servo unius ex vectoribus, aut viatoribus læso, rupto, vel usto. Et ita, quæ hactenus dicta sunt, aptanda censeo ad utramque actionem in factum. Quæ sequuntur pertinent tantum ad posteriorem actionem in factum, quæ est quasi ex maleficio, & in duplum, in quam actionem, ut ullenditur in §. *in factum*, tametsi non veniat factum vectorum, aut viatorum, qui hospitio repentino recipiuntur, quia hos caupo, vel stabularius non elegit, nec iter facientes repellere potest: signum cauponæ appensum obligat eum excipiendis sine delectu omnibus viatoribus, *l. unica. §. ult. furti advers. naut.* Quamvis, inquam, in hanc actionem non veniat factum vectorum, vel viatorum, venit tamen factum eorum, qui in caupona habitant, quia perpetuos habitatores caupo ipse quodammodo elegit, qui non rejicit: & ideo factum eorum præstat. Viatores, quorum factum non præstat, ibi non habitant, sed hospitantur, *d. l. un. §. ult.* His sobjungit Paulus; si in navi, vel caupona nobis damnum furtumve fecerint ii, quorum opera exercitor utebatur, non tantum nos habere in exercitorem actionem in factum jure honorario quasi ex maleficio, quæ est utilis actio furti, & actio furti etiam appellatur à Paulo *secundo sentent. tit. penult.* & similiter est utilis actio legis Aquiliæ in duplum, etiam in confitentem. Non ergo hanc tantum actionem habemus in exercitorem, sed etiam adversus nautas ipsos, sive remiges, sive cauponios ministros, qui damnum furtumve fecerint jure civili, sive liberi homines fuerint: in eos, inquam, habemus directam actionem furti, vel legis Aquiliæ, *d. l. un.* vel si servi alieni, vel proprii exercitoris fuerint, actionem noxalem habemus adversus dominos, sed alterutra nos debemus esse contenti, vel actione in factum prætoria in exercitorem, vel actione civili furti, vel legis Aquiliæ in eum, qui damnum furtumve fecit, aut noxali actione in dominum ejus. Et si quidem cum exercitore prius egerimus actione in factum, & duplum nobis præstiterit, jam non possumus agere furti adversus nautam, qui furtum fecit, sed ipse exercitor in eum furti agere potest, quia ejus interest cum duplum præstiterit nobis, *l. 4. sup. hoc tit.* Ex lege Aquilia in nautam agere non potest, quia hæc actio solis dominis competit: sed nos, qui domini sumus rerum corruptarum, exercitori, à quo duplum tulimus, debemus cedere actionem legis Aquiliæ. Et ita recte Accursius interpretatur hæc verba Pauli: *Præstare ei debemus nostras actiones*, id est, cedere actionem legis Aquiliæ: nam actionem furti suo jure habet sine cessione nostra. Exercitor etiam in nautas, quorum ex facto conventus duplum præstitit, si operas eorum conduxerit, præter actionem furti, vel sibi cessam actionem legis Aquiliæ, habet actionem ex conducto in id, quod interest. Verum ut posui initio, si prius cum exercitore egerimus in factum, duplum vero non abstulerimus, quia exercitor absolutus sit, forte injuria judicis, an superest nobis actio furti, vel legis Aquiliæ in nautas, vel in nautam, qui furtum fecit nobis, damnumve dedit? Superest quidem. Sed nobis agentibus obstat exceptio (ut Paulus ait) doli, quia, optima est ratio, ex ejusdem hominis admisso sæpius queri non oportet, alioqui nullius esset querelarum, aut judiciorum finis, *l. 3. & 4. de his, qui dejec. vel effud.* Atqui de nautæ admisso jam quæsitum est semel judicio in factum, quo actum est in exercitorem: ergo de eo non est querendum iterum, data actione furti, vel legis Aquiliæ in nautam sine metu exceptionis. Hac ratione utitur Paulus hoc loco, quæ & in aliis plerisque caulis valet: & ideo summe notanda est. Eadem quoque ratione idem Paulus in extremo hujus l. ostendit, si ex diverso posita contraria specie prius egerimus cum nauta furti, vel legis Aquiliæ actione, sive condemnatus, sive absolutus fuerit nauta, postea agentes nos cum exercitore actione in factum repellendos esse exceptione doli mali, ne de ejusdem hominis admisso sæpius quæratur, & ita hæc l. ad facilitatem redigenda est.

Ad L. II. Si quad. paup. fec. dic. *Hæc actio non solum domino, sed etiam ei, cujus interest, competit: veluti ei, cui res commodata est, item fulloni: quia, eo quod tenentur, damnum videntur pati.*

Ad §. Si quis *aliquem evitans, magistratum forte, in taberna proxima se immisisset, ibique à cane feroce læsus esset: non posse agi canis nomine quidam putant. At si solutus fuisset, contra.*

Ad L. IV. eod. *Hæc actio utilis competit etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.*

ACtiones noxales, de quibus est hic liber 22. non tantum ex facto, & noxa servorum sunt adversus dominos, sed etiam ex noxa quadrupedum: quæ noxa in 12. tabul. proprio nomine pauperies appellatur. Et vel ea noxa quadrupedum eadem l. 12. tab. sarciri jubetur à domino præstita damni æstimatione, vel quadrupes viva in noxam dedi. In legibus Georgicis Justin. apud Harmenopulum, pauperies illa quadrupedum appellatur *præda*. Sane & Emanueli Moschopulo libro περὶ σχεδῶν præda dicitur esse, *ἡ γινομένη βλάβη ἐν ἀμπελῶσι καὶ ἀγροῖς, καὶ τοιούτοις: damnum, quod infertur vineis, vel agris, & his similibus*, à quadrupedibus scilicet. Hanc autem actionem Paulus scribit in *l. 2.* non tantum domino dari, cui quadrupes aliena damnum dedit, rebusve ejus pauperiem fecit, sed etiam ei, cujus interest, ut puta ei, cui res locata commodata, & conducta est: *fulloni*, inquit, id est, ei, cui vestimenta lavanda, & polienda locata sunt, si ea vestimenta quadrupes aliena deteriora fecerit, quia eo nomine fullo domino vestimentorum tenetur actione ex locato, & commodatarius commodati. Et quia tenetur, ideo æquum est ei dari actionem noxalem adversus dominum quadrupedis. Et tamen, si servus alicujus damnum dederit rei commodatæ, vel locatæ, certum est, eo nomine commodatario, vel conductori non dari actionem legis Aquiliæ, sed soli domino tantum, *l. 11. §. pen. tit. seq.* Et ratio differentiæ hæc est, quia præstare commodatarius, & conductor diligentiam debet in servanda re sibi commodata, vel locata, quam si adhibeat, facile consequetur, ne eam rem quadrupes deteriorem faciat: sed ne homo eam rem deteriorem faciat, qui viribus antecellit, nulla cura, aut diligentia adsequi potest, *l. ad eos, commod. l. sed de damno, loc.* Et ideo damnum ab homine datum, cui resistere non potuit, ad eum non pertiner. Damnum datum à quadrupede, quam abigere potuit, ad eum omnimodo pertinet. Quamobrem æquum est ei adversus dominum quadrupedis accommodari noxalem actionem ex 12. tabulis. Ad hæc sciendum est, hanc actionem legitimam dari in dominum de damno dato à quadrupede, id est, pecude, veluti ab equo, bove, mulo, ariete. Canis inter pecudes non est, *l. 2. & 29. §. hac actione, tit. seq.* Inter pecudes tantum sunt, quæ gregatim pascuntur. Canis igitur inter pecudes non est: sed tamen ad damnum, quod canis alienus dedit, constat hanc actionem pertinere ex *l. 1. §. sed etsi canis, hoc tit. & ex §. 1. hujus l. 2.* Idque ita nominatim de cane lege Solonis cautum fuisse Paulus scribit 1. *sentent. tit. 15.* & Plutarchus in Solone, & Plato quoque 11. de legibus, de cane, qui pauperiem fecit, eandem legem condidit. Itaque

si, quis forte, cum evitaret magistratum, quæ est species A l.2. pone exemplum in aleatore, vel in negotiatore vitiosarum mercium ædilem fugiente, qui se in proximam tabernam immiserit, ibique à cane feroce, qui solutus erat, læsus fuerit, in dominum canis ei competit actio noxalis: sed si vinctus fuerit canis, dominus eo nomine non tenetur, maxime, si *cave* pro taberna inscripserit, *cave canem:* quod veteres inscribere solitos in janua ædium suarum Petronius ostendit in Satyrico, & Varro apud Nonium in verbo *præbitio*. In taberna, vel in domo cuique sua canem habere licet, modo si ferocem interdiu vinctum habeat. Qua autem vulgo iter fit, neque solutum, neque vinctum habere licet ex ædilitio edicto, quia & vinculis quidam contineri non possunt, ut damnum non inferant, *l.40.& seq. de ædil.edict.* Et qui adversus edictum illud ædilitium fecerit, tenetur ædilitia actione in duplum, ut illo loco pro- B ponitur, & distinguitur, vel in solidos ducentos, vel in quantum bonum, & æquum judici videbitur, & tenetur etiam actione noxali. Denique tenetur duabus actionibus, quasi ex duobus factis, quod scilicet, ipse fecit contra edictum, quod ibi canem ferocem habuerit, & quod canis damnum fecerit. Duo sunt facta, & duæ actiones, nec altera alteram consumit, *§. ult. Instit. eod.* Ac præterea sciendum est, utilem actionem noxalem dari ei, qui damnum passus est, etiamsi non quadrupes, sed aliud quodcunque animal damnum dedit: directa est de quadrupede, utilis de quocunque alio animali, *l. 4. hoc tit.* Ubi Græci exemplum ponunt in ansere, accipitre, qui & acceptor dicitur, & struthione.

Ad L. VI. ad L. Aquil. *Præceptoris enim nimia sævitia culpæ adsignatur.* C

HÆc lex pertinet ad speciem propositam in *l.5. §. ult.* quæ etiam ab eodem auctore repetitur in *l.13.§.item Julianus, inf. loc.* Sutor cum docendum conduxisset ingenuum filiumfam. ei parum bene facienti, quod monstrabat magister, forma calcei, sic loquitur, ut & nos vulgo, & forma, formula. Ammian. Marcellinus 21. *calcei*, inquit, *nullis formulis aptati*: forma calcei, inquit Jurisconsultus cervicem ita percussit, ut oculus puero perfunderetur, & sua sede procideret. In *d.§.item Julianus* ait, *effunderetur*, quod Grecis est ἐκραγῆναι τὸν ὀφθαλμὸν, & paulo ante *eluscare hominem*: ictus cervicis rumpit oculum. Et ait, sutorem patri teneri actione legis Aquiliæ, quasi damno injuria dato, ut *l.cum duobus,§.socium, pro socio*, quia, inquit D Paulus, *præceptoris nimia sævitia culpæ adnumeratur.* Et injuria scil. in l. Aquilia pro culpa accipitur. Eademque est ratio *l.10. hoc tit.* si cum jaculo quidam in campo luderet, servus jaculo fuerit occisus, hasta, vel pilo, domino competit actio l. Aquiliæ, etiamsi dolo malo non occiderit: nam inquit *l. 10.* lusus quoque noxius in culpa est. Et injuria in l. Aquil. culpa est, sive negligentia.

Ad L. XIV. eod. *Sed si ipse heres eum occiderit, dictum est, dandam in eum legatario actionem.*

SEquitur in *l.14. eod.* servo legato ab herede injuria occiso, legatario in eum dari actionem leg.Aquiliæ. Quod utique verum est, si servus legatus occisus sit post aditam hereditatem, & legatarius vivente servo jam legatum agno- E verit, quia legatarius ejus servi dominus factus esse intelligitur ex die aditæ hereditatis. Sed si ante aditam hereditatem heres eum servum occiderit, legatario non potest competere in heredem actio legis Aquiliæ, quoniam priusquam factus esset dominus servi, interemptus is est. Et hoc casu legatario tantum competit in heredem actio ex testamento, qui scilicet postea adivit hereditatem, *l. 6. §. item si servum, de dolo, l. si ex legati 23. de verb. obl.* Actio leg. Aquiliæ soli domino competit, aut, ut est in *l. 11. §. 6. legis Aquiliæ actio hero competit, hoc est, domino.* Qui locus demonstrat Aquiliam ita scriptam fuisse, *tantum æs hero dare damnas esto*. Et scribitur illo loco, ero, sine ullo spiritu, ut sæpissime in aliis auctoribus, & in glossis Placidus *Ericium* interpretatur dominium sine spiritu. Et similiter sine spiritu *eritudinem*, id est, dominationem, ut in glossis Philoxeni δεσποτείαν. Et quod ait Festus, etiam sine spiritu *eritudo*, servitudo, non hoc est, eritudinis nomine significari servitudinem, quandoquidem dominatio significatur, non servitus, sed hic dici eritudinem, & servitudinem. His addamus quod est in *l.22.*

Ad L. XXII. eod. *Proinde si servum occidisti, quem sub pœna tradendum promisi: utilitas venit in hoc judicium.*

Ad §. Item *causæ corpori cohærentes existimantur, si quis ex comœdis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum, vel unam occiderit: non solum enim perempti corporis æstimatio facienda est: sed & ejus ratio haberi debet, quo cætera corpora depretiata sunt.*

SErvo alieno occiso, in actionem legis Aquiliæ non tantum venire æstimationem corporis, quanti in illo anno plurimi fuerit retrorsum computato, sed etiam venire, & deduci æstimationem ejus, quod actoris interest servum non esse occisum, ut si eum servum certa die daturum se promiserit sub pœna certa, quæ servo occiso commissa fuerit: committitur enim pœna semper, quæ in stipulatum deducta est, etiamsi nihil inter sit actoris, sicut homine occiso nihil interest, quod ad stipulationem attinet tradendi hominis, *l.3. de verb. oblig. l. cum pœna, de recept. qui arbitr. recep.* Hoc vero etiam in actione leg. Aquil. æstimabitur, nempe, quod actor pœnæ nomine stipulatori præstitit, nempe ob servum sua die non traditum. Et hoc est, quod lex 22. in princ. subjicit, causas etiam corpori occiso cohærentes æstimari, ut si ex comœdis unus occisus sit, æstimatur quanto ob id cæteri comœdi depretiati sunt. Item si ex Symphoniacis unus occisus sit, unius occisio, amissio chorum viliorem facit. Et hoc quoque æstimatur in actione l. Aquil. Idemque erit, si ex fratribus gemellis unus occisus sit: nam ex gemellis uno interempto, vilescit quodammodo, & depretiatur alter. Et hujus quoque damni per judicem ratio habetur in actione leg. Aquil. Idem erit si ex pari mularum, quæ forte rhedæ, vel carrucæ subjungebantur, una occisa sit, vel si ex triga, vel ex quadriga equus unus, ut *l. 34. de ædil. edict.* Item si servum meum heredem ab aliquo institutum occideris, antequam jussu meo hereditatem adierit, in actione legis Aquiliæ hereditatis amissæ habenda est ratio, *l.seq.in princ.* Et generaliter igitur, in hac actione non tantum corporis æstimatio fit, sed etiam ejus, quod interest.

Ad L.XXIV.eod. *Hoc apertius est circa vulneratum hominem: nam si confessus sit vulnerasse, nec sit vulneratus, æstimationem cujus vulneris faciemus? vel ad quod tempus recurremus?*

SEquitur in *l. 24.* eum, qui falso confitetur, si servum alienum vulnerasse, si servus à nemine sit vulneratus, non teneri ex sua confessione lege Aquilia, quia nihil subest damni, quod æstimari possit: non potest etiam repetitio ulla iniri, ut fit servo vulnerato, triginta dierum, quum ex eo tempore ea ineunda, & retroducenda sit: cujus, inquit, vulneris æstimationem faciemus, quod nullum subest: vel ad quod tempus recurremus, cum illati vulneris nullum tempus sit? Ubi non potest iniri ulla æstimationis, aut temporis ratio, consequens est necessario cessare actionem legis Aquiliæ, *l. si quis testamento, inf. hoc tit.* Quemadmodum, inquit, ratio inibitur? *l. naturalis, §.ult. de præscr. verb.* Seneca 3. de Benefic. multas actiones impediri propter difficultatem æstimationis. Idemque esse si quis confiteatur, se hominem occidisse, nec sit occisus. Idem esse ostendit *l.prox. §. ult. sup.* Sed si sit occisus, aut vulneratus ab aliquo, etiamsi non ab eo, qui confitetur se occidisse, aut vulnerasse, ipse ex sua confessione tenetur in simplum, in simplum æstimationem damni esse actione legis Aquiliæ, quæ confessoria appellatur in *l.23.§. ult.* In qua judex datur non rei cognoscendæ, & judicandæ, quæ jam satis cognita est ex ore rei, sed datur rei æstimandæ, ut si actor non sit contentus æstimatione damni, quam offert reus, qui con-

confitetur se damnum dedisse, si actor desideret majorem A
æstimationem, eam rem judex disceptet, atque dirimat, ut in hac l.24. sicut in specie *l. vinum, de reb. cred.* quæ ita est explicanda breviter.

Ad L.XXII. de Rebus credit. *Vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petitum est: quæsitum est, cujus temporis æstimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res judicaretur? Sabinus respondit: si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc quum petitum esset. Interrogavi, cujus loci pretium sequi oporteat? respondit: si convenisset ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.*

Reo parato solvere æstimationem vini, quod debet, B
quod copia non sit vini eo anno, atque adeo parato reo tantum solvere æstimationem vini, nec faciente moram, judex datur, non judicandæ rei, sed æstimandæ actione triticaria, de qua est *lex vinum*, sicut & *l.ult.de condict.tritic.* quæ idem omnino dicit. Utraque docet, quomodo vinum æstimari officio judicis oporteat, cujus temporis causam, cujusve loci rationem habere oporteat in æstimando vino, cujus æstimationem reus offert, si actor non sit eo contentus, sed pluris litem æstimet. Et ita *lex vinum* est accipienda de debitore, ut *l.ult. de condict. trit.* qui non fuit in mora, qui paratus est solvere litis æstimationem: at *l.pen.de condict. tritic.* quæ pugnare videtur cum illis, satis demonstrat per se in ea agi de debitore, qui moram fecit. Nam post moram gravior fit æstimatio, quanti scilicet vinum plurimi fuerit, ut latius in ea l. explicavi: Sed C
hoc obiter. Summa hæc sit: in omnibus casibus, in confitentes nullas esse partes judicandæ, id est, cognoscendæ rei, quæ satis ex confessione patet: quandoque superesse tantum æstimationis rationem, de qua si non conveniat inter partes, eam judex æstimat, & arbitratur.

Ad L.XXX. ad legem Aquil. *Qui occidit adulterum deprehensum servum alienum, hac lege non tenebitur.*

Ad §. Pignori *datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed an & creditori danda sit utilis? quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quæritur, sed & hic iniquum est, & domino, & creditori eum teneri, nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem: & quod sit amplius, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam* D
actionem: & ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliæ actionem, ut prosit hoc debitori: ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliæ actio.

Ad §. Si quis *alienum vinum, vel frumentum consumpserit, non videtur damnum injuria dare: ideoque utilis danda est actio.*

Ad §. In hac quoque actione, *quæ ex hoc capitulo oritur, dolus, & culpa punitur. Ideoque si quis in stipulam suam, vel spinam, comburendæ ejus causa, ignem immiserit: & ulterius evagatus, & progressus ignis alienam segetem, vel vineam læserit, requiramus, num imperitia ejus, aut negligentia id accidit: nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est: nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In* E
eodem crimine est, & qui non observavit, ne ignis longius procederet: at si omnia, quæ oportuit, observavit, vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.

Ad §. Si vulneratus *fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit: de vulnerato actio erit, non de occiso.*

Quod initio legis proponitur est apertissimum: maritum, qui domi suæ deprehensum servum alienum in adulterio occidit, non teneri domino actione leg. Aquiliæ, quia nimirum id fecit permittente leg. Julia. Et quod lege permittente fit, nullam pœnam meretur, *l.Gracchus, C. ad l.Jul. de adult.* Vox illa est frequens in decl. Quint. *quod lege agitur, non solet lege vindicari.*

Ad §. *Pignori.* At mox in §.1. hujus l. Paulus tractat de servo à debitore creditori pignori dato, & occiso ab alio quodam, an sicut ex l.Aquil. actio in occisorem debitori competit tamquam domino, sicut actio servi corrupti, *l.14. pignoris, de ser.corr.* pignus enim manet in dominio debitoris, *l. 8. C. de pign. act.* an ita vero saltem utilis actio leg. Aquiliæ creditori detur? Et negat dari, nisi ejus intersit. Et ex his duabus causis ex alterutra harum duarum, vel quia debitor redactus sit ad inopiam, ita ut inanis sit actio personalis, quam adversus eum habet, vel quia ipse temporis præscriptione actionem personalem amisit, quo genere etiam simul non amisit hypothecariam actionem: imo temporis præscriptione sublata actione personali, salva manet pignoris, vel hypothecæ causa, *l.servum, quem, inf. de pign.* quod & alias sæpe contingit, ut sublata personali actione, non tollatur hypothecaria, *l. debitor, ad Trebell. l.in ratione 2. §. si filio, ad l.Falcid. l.1. & 2. C. de luit. pignor.* Et his quidem duobus casibus, quibus maxime creditoris interest, non occidi servum pigneratum, tam creditori, quam debitori danda videtur esse actio l.Aquil. in occisorem. Debitori directa tamquam hero: creditori utilis, sive ut loquitur *l.servum, quem,* quasi damni injuriæ actio, quasi, id est, utilis, vel in factum actio, *l.17.hoc tit.* & creditori præterea usque ad debiti quantitatem tantum: Ita ut si creditor pecuniam creditam utili actione l.Aquil. ab occisore consequutus fuerit, ea res proficiat debitori, id est, debitorem in totum liberet, quem neque præscriptio temporis liberavit naturali obligatione, ut sentit recte Bartolus in *l.ult.rem.rat.haberi:* neque inopia etiam liberavit ullo modo. Adnotandum hic est, longe aliam esse naturam, sive conditionem actionis furti: nam servo pignorato subrepto, non tantum debitori, sed & creditori actio furti directa competit, etiamsi debitor solvendo sit, nec sit creditori perempta personalis actio. Et rursus creditori competit, non usque ad modum debiti tantum, ut utilis Aquilia, sed in solidum. Ita tamen, ut quod amplius à fure creditor consequutus fuerit, id actione pignoratitia debitori restituere cogatur, *l.12. §.ult. l.15. de furt.* Actio furti directa datur ei, cujus quacunque ratione interest, etiam non domino, & creditori, utique semper interest pignus habere, pignori incumbere, quia plus cautionis in re est, quam in persona, ut est in regula juris. Actio autem legis Aquil. directa hero tantum datur. Ei vero cujus interest, ne utilis quidem datur, non domino, etiamsi ejus intersit, nisi ex illis causis, quæ hoc loco proponuntur, vel quia debitor non est solvendo, vel quia tempore perempta est obligatio personalis. Hic locus singularis est, & valde notandus.

Ad §. *Si quis.* Sententia hæc est: eum, qui alienum vinum, aut frumentum absumit, abutitur, non videri damnum injuria dare, id est, eum, qui vinum alienum bibit, qui ex alieno frumento pinsit farinam ex alieno tritico, & conficit panem, quo vescatur, non videri damnum injuria dare. Abutitur quidem vino, vel frumento alieno: sed id quoque erat abusui, non usui. Et nihil præter usum naturalem rei fecit, qui abusus est potius, quam usus, quoniam utendo deperit vinum, aut frumentum: & ideo non tenetur directa actione l.Aquil. tenetur tamen utili, quæ in factum dicitur, *l.qui servandarum, §.ult. de præsc.verb.* Et eleganter Græci hoc loco: *Omnem actionem utilem esse in factum.* Tenetur, inquam, qui vinum alienum absumit, aut frumentum, utili actione, ut æstimationem vini, quod consumpsit, aut frumenti, domino præstet, & si quid præterea domini amplius intersit.

Ad §. *In hac quoque actione.* Duo sunt capita legis Aquil. quæ in usu manserunt. Primum est de occiso homine, vel pecude. Tertium (nam secundum caput exolevit) tertium, inquam, caput l.Aquil. est de vulnerato homine, vel pecude, vel alio quocunq; animali occiso, aut vulnerato, & de quacunque re usta, rupta, fracta. Utroq; capite non tantum dolus, sed etiam culpa vindicatur, *§.illud palam, Instit,*

eod. etiam culpa levissima, *l.44. inf. hoc tit.* Et ad tertium caput pertinet species proposita in hoc *§. si quis in stipulam, vel in spinam*, qua scatet ager, sive ejus comburendæ gratia, ignem immiserit, ut fit: ut Poeta ait,

Sæpe etiam steriles incendere profuit agros,
Atque levem stipulam crepitantibus urere flammis.

Et ille ignis evagatus ad vicini agrum pervenerit, & in eo segetem, aut vineam exusserit, quæritur, utrum in hac specie lex Aquilia locum habeat, an in factum, id est, utilis duntaxat? Quod & Ulpianus tractat apud Licinium Rufinum *de incendiariis*: & ex Celso refert, si non ille principaliter exusserit agrum vicini, sed dum incendit, exusserit suum, ignis fugerit, avolarit, longius processerit, lege Aquilia eum non teneri, sed in factum agendum esse ad exemplum legis Aquiliæ, id est, utili actione, quia non curavit, non observavit, ne ignis longius procederet, quod tamen observare debuit. Idemque est multo magis si die ventoso, & ut idem Poeta ait, *si furentibus Austris, agro suo ignem immiserit*. Nam qui occasionem damni præstat, damnum fecisse videtur, ut in *l.4. §.pen. vi bon. rapt.* At si die non ventoso, si clemente cœlo in stipulam suam ignem supposuerit, & omnem curam adhibuerit, ne ignis pervaderet vicini agrum, sed forte subita vis venti ignem longius produxerit, omni culpa caret, nec utili Aq. tenetur. Et secundum hæc accipienda est alia sententia Pauli, quæ exstat apud eundem L. Rufinum, in hæc verba: *Fortuita incendia, quæ casu venti furentis, vel incuria ignem supponentis ad usque vicini agros evaserint, si ex iis seges, vel vinea, vel olivæ, vel fructiferæ arbores concrementur, datum damnum æstimatione sarciatur.* In fine hujus l. docet Paulus, servo vulnerato, non mortifere, sed negligentia mortuo, cum nulla ei adhiberetur curatio, eum, qui vulneravit, domino teneri ex tertio capite, quanti plurimi is servus fuerit in diebus 30. proximis, non ex primo capite, quanti plurimi in eo anno fuerit; teneri, inquam, de vulnerato, non de occiso. Idem erit omnino, si cum dubitaretur, an esset vulneratus mortifere, mox ruina, vel naufragio, vel alio ictu peremptus sit, ita ut liquere non potuerit, an pridem vulneratus fuerit mortifere, quoniam & hic pro vulnerato habebitur, non pro occiso, *l.15. §.1. sup. h.t.*

Ad L. X. de Noxal. action. *Sed & eo nomine agere cum socio poterit, quod servum communem deteriorem fecit: quemadmodum cum quolibet alio, qui rem communem deteriorem fecisset. Cæterum, si nihil præterea post noxæ deditionem commune habebit, pro socio: vel si socii non fuerunt, in factum agi poteris.*

EXplorati juris est, multum interesse servus domino sciente, an insciente alii furtum fecerit, damnumve dederit: nam si domino sciente, dominus suo nomine in solidum tenetur, detracta noxæ deditione, ita ut non possit liberari noxæ dedendo servum. Si domino nesciente, servi tantum nomine tenetur noxali actione, *l.2. in princ. hoc tit. l. pen. C. eod.* At quid, si servus fuerit communis duorum, & uno sciente, altero nesciente deliquerit? Hæc est quæstio legis. Et est quidem in arbitrio ejus, cui servus noxam nocuit, utrum malit cum sciente experiri in solidum sine noxæ deditione, an cum ignorante noxali actione, *l.5. sup. hoc tit.* Et si quidem elegerit scientem, & condemnaverit, alter ab eo liberatur, nec qui condemnatus est, ab eo quidquam consequi potest, quia sui facti pœnam exsoluit, meruit, ut ait *l.9. sup.* quæ verba sunt adhibita distinctione, *l.17. inf.* explicanda hoc modo: ut is, quo sciente servus fecit, si actori præstiterit litis æstimationem, nihil à socio consequatur, nisi partem pretii servi, pro quo solvit: quia & pro sua parte socius eum debere coactus fuisset, nisi ob scientiam, integram ille litis, sive damni æstimationem præstitisset, persolvisset. Is autem, qui jussit servum delinquere, & condemnatus præstitit, nihil omnino à socio consequatur, ne partem quidem æstimationis servi: eadem ratione, & multo magis, qua utitur etiam d. *l.17.* ex suo delicto damnum patitur, nec sit æquum alterum pati. Facienda est igitur in hac re differentia inter scientem, & jubentem, quod & in l.17. explicabitur. Et hoc, si scientem elegerit. Sed si ignorantem elegerit, & ab eo consequutus fuerit litis æstimationem, puta duplum ex causa furti: vel quia utilius esse existimavit duplum præstare, quam servum noxæ dedere, vel quia socius nolebat partem suam dedere, atque ideo conventus noxali actione, non poterat in solidum servum noxæ dedere, quod tamen requiritur, ut ignorans noxæ deditione liberetur, *l.8. sup.* Hoc vero casu ignorans, qui duplum præstitit, id est, æstimationem litis, partem à socio, quo sciente servus deliquit, consequitur actione communi dividundo, si qua præterea alia communia habeant, *d. l.9.* Potest etiam, ut subjicit Paulus in hac *l.10.* cum socio, quo sciente servus deliquit, agere actione servi corrupti in duplum: nam est in duplum, quod servum communem deteriorem fecerit, qui non prohibuit, ne delinqueret, cum posset prohibere. Hoc enim est scire in hoc tractatu, nempe pati, & non prohibere, quod perinde est, ac si ipsemet delinqueret, *l.2. in princ. h.t. l.11. in fin. de his, qui not. inf.* Arnob. 2. adversus gentes: *Non prohibebo, quod oportet prohibere, cessatione crimen facimus proprium.* Et Agapetus ad Justinianum, [illegible], &c. *Existimato idem esse*, inquit, *delinquere, & non prohibere delinquentem, quum scilicet prohibendi facultas est.* Et ita recte Cyrillus interpretatur hæc verba legis decimæ: *sed & eo nomine cum socio agere poterit, quod servum communem deteriorem fecerit*, interpretatur ea scilicet de actione servi corrupti, quod Accursius non intellexit: qua actione constat etiam socium socio teneri ex *l.9. de ser. corr.* Denique sicut unus ex dominis cum extraneo agere potest servi corrupti, qui servum communem corrupit, ita & cum socio. Hæc est sententia hujus loci. Hæc autem ita se habent, si, ut posui initio, dominus, quo ignorante servus deliquit, præstiterit litis æstimationem: quid si servum noxæ dederit, puta hoc facile ferente socio, quo sciente servus deliquit? Etiam hoc casu partem à socio consequetur actione communi dividundo, si quæ alia, ut dixi, communia habeant, vel si nihil præterea commune habeant, actione pro socio, si socii fuerint: vel si non fuerint, partem consequetur in factum actione, id est, utili actione communi divid. nam & utilis communi divid. datur post interitum rerum communium, *l.11. comm. divid.* non ut divisio fiat, quæ frustra desideraretur, sed ut in eam deducantur personales præstationes: nam actio communi divid. est mixta in rem, & in personam, *l.1. comm. divid.* Et ita etiam Cyrillus rectissime in hac l.10. in factum actionem interpretatur esse utilem communi divid. Sed restat adhuc hæc quæstio, an electo domino, quo ignorante servus deliquit, & servo noxæ dedito, an alter, qui scivit, ab eo liberetur, cui servus damnum dedit? Hoc Paulus eodem libro definivit conjuncta, ut verisimile est, scriptura in *l.17. h.t.*

Ad L. XVII. eodem. *Si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante servus deliquit: si ante cum altero, qui nesciebat, actum sit: & noxæ dediderit servum: iniquum est, vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari. Igitur agetur & cum altero: &, si quid amplius est in damni persecutione, consequetur, computato pretio hominis noxæ dediti. Ipsi tamen inter se sic debent pensare communi dividundo judicium: ut (si) ille, quo sciente fecit, præstiterit: non totius partem ferat, sed partem ejus, quanti servus est. Sic etsi alter aliquid præstiterit, ejus partem fieri. Illud iniquum est, eum, qui jussit servum facere, consequi aliquid à socio: cum ex suo delicto damnum patiatur.*

Ad §. Si plures *ejusdem servi nomine, noxali mecum agere velint: vel si unus pluribus judiciis ejusdem servi nomine agat, in quo ususfructus tuus, proprietas mea sit: officio judicis continebitur, cum eum noxæ dedero, ut etiam usumfructum actoris faciam, sed per prætorem id consequar ego dominus proprietatis, ut aut cogat prætor te pro æstimatione ususfructus conferre ad litis æstimationem, aut usumfructum cedere, si hoc expediat: &, si ego dominus proprietatis eum servum nolui defendere, defensio tibi permittenda est: &, si damnatus hominem tradas, & adversus me tueris.*

DEfinivit scilicet, vilissimi hominis deditione, quam fecit is, qui ignoravit, cum electus esset, & conventus, alte-

alterum, qui scivit non liberari, hoc esse iniquum, sed alterum, qui scivit, posse conveniri in id, quod amplius est in æstimatione damni, quam in pretio servi noxæ dedit: quod tamen inputari oportet, ut *l. quod ait*, *hoc tit.* & residuum damni à sciente peti: socios autem, quod præstitum erit inter se pensare debere in judicio communi dividundo. At non eodem modo utrumque, & scientem, & ignorantem: sed ita ut si ille, quo sciente servus fecit, præstiterit, non totius pecuniæ, quam solvit ex suo delicto, à socio innocente ferat partem, sed pretii servi partem tantum, pro quo solvit. Imo nec ejus quidem pretii partem, si non tantum sciverit, sed & jusserit servum delinquere. Plus enim est jubere, quam pati, *l.2. §.1. l.3. hoc tit.* Et secundum has distinctiones, jam dixi esse ita accipiendam *l.9. hujus t.* dum ait, eum, qui scivit, & præstitit litis æstimationem, nihil à socio innocente consequi, quia sui facti pœnam meruit. Qua ratione Paulus utitur in *d.l.17.* illo loco, *cum ex suo delicto damnum patiatur*. Et hæc de eo, qui scivit, & præstitit damni æstimationem. Sin vero ille, quo ignorante servus fecit, præstiterit, proculdubio totius, quod præstitit, & impensarum quoque in litem factarum partem à socio, qui scivit, feret.

AD *§. Si plures*. Dixit ante Paulus de pluribus dominis, qui servi communis nomine tenentur noxali actione. In hoc *§. si plures*, incipit dicere de pluribus, qui ejusdem servi nomine agunt noxali actione adversus dominum, vel de domino uno, qui ejusdem servi nomine agit pluribus actionibus noxalibus ex pluribus, & diversis noxiis. Ita incipit de his dicere Paulus in hoc §. sed eam rem tamen non persequitur. Verum quasi oblitus ejus propositionis tractat alia de re, nempe de proprietario convento noxali actione, quemadmodum ei prospiciatur, ut fructuarius pro rata ususfructus hujus judicii exitum perferat. Nihil tractat de illa propositione: labes est, & quasi lacuna manifesta.

Ad L. XIX. eod. *Si in re communi mea, & tua, damnum nobis dederit Titii servus, si cum eo agemus erit noxali Aquiliæ actioni locus: ne damnatus in solidum singulis noxæ dedere cogatur. Sed potest dici, quasi unius damnum sit, & una obligatio, aut utriusque pecuniam offerendam, aut officio judicis simul utriusque noxæ dedendum. Sed etsi alterutri nostrum in solidum noxæ deditus fuerit, & ob id ab utroque dominus sit absolutus, recte dicitur, eum, cui noxæ deditus sit, alteri teneri communi dividundo judicio, ut communicet servum noxæ sibi deditum, cum ob rem communem aliquid ad socium pervenerit.*

Ad §. Si servi, *in quo ususfructus alienus est, dominus proprietatis operas conduxerit: verba efficiunt, ut cum noxæ deditione damnetur.*

Ad §. Si servus *tuus navem exercuerit: ejusque vicarius, & idem nauta in eadem nave damnum dederit: perinde in rem actio danda est, ac si is exercitor liber, & hic vicarius servus ejus esset, ut de peculio servi tui ad noxam dedere vicarium damneris: ut tamen, si servi tui jussu, vel sciente, & patiente eo, damnum vicarius dederit, ejus noxalis actio servi tui nomine, debeat. Idemque sit, etiamsi nautam facere jusserit.*

VErum idem Paulus in l. 19. illam propositionem resumit, nec rursus tamen eam ad plenum persequitur, quia in ea l.19. loquitur tantum de pluribus, qui rem communem habent, & qui de damno, quod servus alienus in ea re dedit, cum domino agunt noxali actione. Nihil autem tractat de pluribus, quibus in re propria cuique sua separatim servus alienus damnum dedit. Et ut dispiciamus quid de illis statuat, qui rem communem habebant, in qua servus alienus damnum dedit, quique eo nomine agunt noxali actione cum domino: Illos quidem ait recte simul agere cum domino noxali actione l. Aquiliæ, ne damnatus dominus in solidum, singulis servum noxæ dedere cogatur, ad quod cogi posse videbatur, si non simul agerent noxali actione, sed singuli separatim; neque tamen id unquam fieri posse: non posset singulis servus in solidum noxæ dedi, hoc est, non possent duo fieri domini ejusdem hominis in solidum, *l.5. §.ult. commod.* noxæ deditione fit dominus, qui servum noxam accipit. Illos igitur recte simul agere

A noxali actione, noxali judicio, ne damnatus dominus in solidum singulis dedere cogatur, quod etiam fieri non potest, sed ut noxæ dedat servum simul utrisque, cum & utrique simul agant, vel si hoc malit, utrisque offerat pecuniam, id est, litis æstimationem, ut in *l.17. §. pen. de rei vindic.* Et utitur hac ratione, quia in ea re illi duo, qui rem communem habebant pro uno habentur: atque ideo uni damnum datum videtur, & una obligatio esse contracta: quamobrem, aut utrisque quasi uni noxæ dedetur servus, aut utrisque, quasi uni integra litis æstimatio præstabitur. Sed si forte, ut subjicit in *d. l. 19.* alterutri eorum dominus in solidum noxæ dedat servum noxium, absolvitur ab utroque. Verum is, cui in solidum noxæ servus deditus est, tenetur socio suo actione communi dividundo, ut eum servum, qui in solidum noxæ deditus est, communicet, quo-

B niam ad eum ob rem communem pervenit, ut *l. 3. comm. divid.* Potest uni servus noxius noxæ dedi in solidum, non pro parte, quia noxæ deditio divisionem non recipit, *l. 8. hoc tit.* At litis æstimatio, sive pecunia potest cuique præstari pro parte sua, & hoc etiam modo satisfieri utrique, *l. si servus servum, §. item si servus, ad l. Aquil.* M. Tullius pro Roscio Comœdo, loquens de eadem specie: *Lite contestata*, inquit, *judicio damni injuria constituto, de servo communi interfecto, tu sine me cum reo decidisti* (id est, transegisti) *& me interrogante, utrum pro me decideris, an pro te, an pro me, respondes tu, pro me tantum: potui quidem exemplo multorum: licitum est, jure fecerunt multi alii, nihil in ea re tibi injuriæ feci, exige pro te, & pro tua parte, & aufer quod tibi debetur: suam quisque partem possideat*, inquit, *& consequatur. At enim tu tuum negotium gessisti bene, gere & tu tuum*

C *bene, magno tuam partem dimidiam decidisti, magno & tu tuam decide.* Ita plane *§. item si servus* ostendit, servo communi occiso, aut vulnerato, nihil refert, singulos ex duobus dominis separatim posse agere pro parte sua, & pro parte sua litis æstimationem ferre. Et hæc sunt, quæ pertinent ad id, quod hac de re scribit Paulus in l.19. illud non attingit in ea l. nec usquam alibi, aut certe, quod attigerat, non est relatum in his libris. At quid dicemus, si pluribus servus alienus damnum dederit, non in re communi, ut in superiori specie, quæ sola tractatur in l.19. sed in re cuique sua propria? quid, inquam, in hac specie dicemus? id Paulus non retulit, sed ex Ulpiano definitum exstat in *l. 14. sup.* ubi Ulpianus, quia non potest singulis in solidum servus noxæ dedi, ut certissimum est, quia duo non possunt esse domini in solidum, non ideo dominum necesse habere of-

D ferre litis æstimationem his, quibus dedere noxæ non potest servum jam uni noxæ deditum: Et sane noxæ dedere in solidum debere noxium servum ei, qui prior agere occupaverit, & non agere tantum, sed etiam causam tenere, *gaigner son procez*, id est, sententiam pro se consequi is, dicitur prior occupasse, qui prior pervenit ad sententiam, qui prior vicit, etiam si non prior egit: Non tam spectandum quis prior egit, quam qui prior vicit. Nam qui prior vicit, occupasse intelligitur, ut & servatur in actione de peculio, *l.10. de pecul.* Ergo in hac specie dominus debet servum in solidum noxæ dedere ei, qui prior occupaverit, id est, qui prior ad sententiam pervenerit, eoque facto necessario absolvitur ab alio, quia desiit servum penes se habere, adeo ut nec si alius postea vicerit, judicati in eum agere, & litis æstimationem ab eo petere possit, licet egerit prior, quia non

E etiam prior, ut necesse est, vicit, causam tenuit. Non potest igitur qui posterior vicit, cum domino agere judicati: potest tamen, si is, qui posterior vicit, facta noxa fuerit vetustior, quia noxa caput sequitur, potest, inquam, agere cum eo, cui servus noxæ deditus est in solidum ex recentiori noxa, potest cum eo agere noxali actione, *l.2. in princ. si ex nox. causa agat.* cum domino non potest agere judicati ad litis æstimationem. Et ita illa *lex* 2. est concilianda cum *l.14.* cum qua videbatur pugnare. At quid dicemus, si ei, qui prior ad sententiam pervenit, id est, qui prior causam tenuit, causam obtinuit, non sit servus noxæ deditus in solidum, sed dominus maluerit ei litis æstimationem offerre retento servo, an tunc alii deinde agenti ex alio maleficio nihilominus dominus teneatur? Sic videtur, quia

ser-

servum noxæ dedere potest, quem retinuit. Et ita est proditum in *l.20. hoc tit.* Eadem hæc servantur, si (quæ propositionis hujus *§.si plures* pars est altera) si, inquam, ex pluribus delictis servi alieni, unus egerit ejusdem servi nomine. Nam si primum ei ex uno delicto servus noxæ deditus sit in solidum, ut oportet, nullam amplius habet actionem in priorem dominum ex aliis delictis, ut ait *d.l.20.* quia, inquit, actio noxalis caput sequitur, id est, quia noxæ deditione servi noxii dominio quæsito, is, cui servus deditus est, in ea causa esse cœpit, ut ejus servi nomine noxales actiones, si quæ oriantur excipere, & pati debeat: ergo jam non potest agere noxali actione juxta regulam *l.pen. C.de furt.* quia si jam ageret actione noxali, in hoc ageret, ut fieret dominus servi noxii, hoc est, ut sibi dederetur servus noxius. Noxalis actionis exitus hic est, ut noxæ deditione actor servi noxii dominium quærat, & quia jam factus est dominus noxæ deditione, jam amplius dominus fieri non potest: ergo jam amplius ex aliis delictis actione noxali adversus eum, qui dominus fuit, agere non potest: sed si ille ex uno delicto tulerit litis æstimationem, tunc non prohibetur ex alio delicto agere noxali actione, quia servi dedendi dominus facultatem habet, *l.14.& 20.h.t.* Hoc cognito, in quo dixi abruptum esse tenorem hujus *§.si plures*, quod tamen operæ pretium putavi prius explicare, de illo videamus, quod in eo *§.si plures*, extra propositionem evagante Paulo, tractatur. Nam ut initio dixi manifesta labes facta est scripturæ Pauli. Finge: servi, qui alii damnum dedit, proprietas est mea, ususfructus tuus: ergo servus totus est meus, *l.recte dicimus, de verb.signif.* quoniam proprietas est mea, licet ususfruct. sit tuus: ego vero teneor noxali actione, quasi in totum dominus servi, tu non teneris actione noxali, ut in *l.18.h.tit.* quia imo tu haberes noxalem actionem adversus me, si quid tibi is servus, cujus ususfructus est tuus, nocuisset, *l.14. §.si is, in quo, de servo corrup.* Ergo tu non teneris noxali actione. Hæc regula est certissima, qui noxali actione tenetur, non potest agere noxali; & contra, qui potest agere noxali, non tenetur noxali, *d.l.pen. C.de furt.* Denique ego teneor noxali actione, non tu, & teneor utique, ut Paulus ait in *l.19.§.1.* etiamsi à te conduxero operas servi, quæ in fructu sunt, atque adeo tibi soli debentur: nam conductione operarum non desino esse dominus servi. Conducimus etiam rei nostræ fructum, & usum sæpe, & possessionem, *l.si alias, de adq.poss.* Verum si ego conveniar noxali actione, officio judicis incumbit, ut si malim servum noxæ dedere, ejus plenum dominium transferam in accipientem, cui noxam nocuit, non detracto usufructu: nam noxæ deditio plena esse debet, nec divisionem ullam recipit. Et sicut heres, à quo servus legatus est, plenum dominium servi legatario præstare debet, *l.Mævius, §.pen.de leg.2.* ita etiam is, qui convenitur noxali actione, si malit noxæ dedere, si malit tradere servum in noxam, plenum dominium ejus transferre debet. Denique ego, si conveniar noxali actione, si malim noxæ dedere servum, servi plenum dominium transferre debeo, alioquin non liberabor. At quæso qua ratione id efficere potero, ut plenum dominium transeat in actorem, cum nudum tantum dominium habeam, non plenum? Et docet eleganter in hoc *§.si plures*, me postulante, prætorem te compellere, ut usufructu cedas, ut abdices te usufructu, si utilius sit servum noxæ dedere, quam litis æstimationem sufferre, cujus quantitas longe superat pretium servi, vel si utilius sit litis æstimationem sufferre, quod servus sit majoris pretii, prætorem te compellere, ut tu, qui ex servo omne emolumentum capis, ad litis æstimationem conferas pro rata, sive pro æstimatione ususfructus. Alioquin tibi prætor denegabit persecutionem ususfructus, *l.27.inf.hoc tit.* nisi me cessante in defensione servi, nec volente, vel recusante, & cunctante noxale judicium accipere, tu, qui servi usumfructum habes, paratus sis excipere noxale judicium, & servum defendere: ne, ut fit, me cessante, servus ducatur ab actore jussu prætoris. Defensio enim tibi fructuario est permittenda. Et fortasse vinces: sed si vincaris, si damnatus servum noxæ dedas, postea quandoque finito usufructu, me usumfructum repetente ex stipulatione fructuaria, quæ interponi solet ex titulo *usufruct. quemadm.cav.* tu merito tueri te poteris exceptione doli mali, vel in factum hoc modo: si non is servus à me noxæ deditus sit, te cessante in ejus defensione. Quæ est sententia hujus §. Restat ex *l.19. §.ult.* non minus difficilis.

AD *§.ult.* Species §. hæc est: Servus tuus navem exercet, ut ex ea quæstum faciat, & habet vicarium servum, qui quodammodo ejus servus est, sed revera ambo sunt conservi, tu dominus amborum: si eo, inquam, vicario servus ordinarius, qui navem exercet (sic appellatur qui sub se vicarium habet) utebatur pro nauta, sive remige in eadem navi, & is vicarius, idemque nauta, ut dixi, in eadem navi cuidam vectori damnum injuria dederit, Paulus ait, perinde in te dandam esse actionem, atque si exercitor navis liber homo, & hic vicarius ejus servus esset: nam ex facto servi sui liber homo, qui navem exercet, proculdubio tenetur noxali actione, *l.ult.§.servorum, naut.caup.stab.* Et simili modo, quia cum servo tuo, qui navem exercet, nulla est actio, tu vice servi tui, servi ejus vicarii, ejusdemque nautæ nomine pati debes damni dati noxalem actionem, ut inquit, *de peculio servi tui ad noxam dedere vicarium damneris*: errant qui scripserant hoc modo, ut & Accursius adnotavit, *ut de peculio servi tui, aut noxæ dedere vicarium damneris*, haudquaquam hoc setente natura rerum, ut concurrat actio noxalis cum actione de peculio. Castissima hæc lectio est, *ut de peculio servi sui, ad noxam dedere vicarium damneris*, qui scil. in eadem navi vectori damnum dedit. Et ait, *de peculio*, quia vicarius ille servus est in peculio servi tui. Omnis vicarius servus est peculiaris servi sui ordinarii, *l.si Sticho, de pecul.leg.* Hoc ergo ait Paulus, debere te de peculio servi tui, qui ordinarius est, vicarium servum detrahere, eumque in noxam dedere vectori, cui damnum injuria dedit. Et hoc, si vicarius damnum dederit insciente ordinario servo tuo: Nam ut subjicit, si jussu ejus, si jussu ordinarii servi tui, aut si sciente, aut patiente eo, te autem insciente id vicarius servus fecerit, tu non jam vicarii nomine, sed servi tui nomine teneris noxali actione, ut servum tuum ordinarium, si nolis sufferre litis æstimationem, noxæ dedas, quia ipse fecisse videtur qui jussit, quive passus est. Et postremo ait, idem esse, si alius nauta, puta liber homo, vel servus alienus, non servi tui servus vicarius vectori damnum dederit jussu servi tui, te insciente Nam & hoc casu tu servi tui nomine teneris noxali actione: si, inquam, servi tui jussu alius fecerit: non etiamsi sciente, & patiente servo tuo alius fecerit, vel liber homo, vel servus alienus: Hoc non repetiit Paulus, & recte: quia nil deliquit servus, quo sciente damnum dat liber homo, vel servus alienus, quia in eum imperium non habet: denique eum prohibere non potest: Vicarium autem prohibere servus tuus ordinarius potest, quia ejus quasi dominus est, & vicarius servus ejus servi, *l.si servus meus, de pecul.* Et in hac specie, quum quæritur de delictis servi exercitoris, aut vicarii ejus, non distinguimus, servus voluntate domini navem exerceat, an non. Huic distinctioni tantum locus est in contractibus, non in delictis: in contractibus, puta ut ex eis dominus teneatur in solidum actione exercitoria, si voluntate domini servus navem exerceat: sin minus, id est, si non voluntate domini, de peculio duntaxat, *l.1.§.si is, qui navem. & l.pen.de exercit.act.* In contractibus, inquam, hac distinctione utimur: ergo & in contractu recepti, de quo est prior pars edicti, nautæ, caupones, stabul. Ad quam partem omnino referenda est *l.si servus navem, de furt.* nempe hoc modo, ut si voluntate domini servus navem exerceat, & perierit in nave quod is servus salvum fore receperat, ex illo edicto dominus teneatur in solidum, cujus voluntate servus illud negotium gessit, *l.4.§.si filiusf.nau.caup.stab.* Si non voluntate domini, de eo, quod ibi perierit, si facto nautæ, aut vectoris perierit, dominus teneatur de peculio duntaxat, l.4. *§.item si servus*. Si facto ipsius servi exercitoris, tunc dominus teneatur noxali actione, ut *d.l.si servus navem.*

Ad L.VIII. de Interrog. in jure fac. &c. Si *quis interrogatus*

Digitized by Google

gatus de servo, qui damnum dedit, respondit suum esse servum: tenebitur l. Aquil. quasi dominus, & si cum eo actum sit, qui respondit, dominus ea actione liberatur.

HÆc lex pertinet ad noxalem actionem leg. Aquil. Si quis in jure interrogatus de servo, qui damnum dedit, an ejus servus esset, temere, & falso responderit, suum esse servum, ex sua confessione tenetur nox. act. l. Aquil. quasi dominus. At si damnatus præstiterit litis æstimationem, neque enim potest noxæ dedere servum, cujus dominus non est revera, si inquam, damnatus præstiterit litis æstimationem, verus dominus liberatur noxali actione, *l.26.§.si servus, de noxal.act. l.20. inf.hoc tit.* si, inquit, cum eo actum sit, qui respondit, actum scil. & exactum: nam utrumque requiritur, & verus dominus liberatur. Quare? quoniam bis quæri non debet ejusdem hominis noxa, *l.pen. §.ult. nav. caup. stab.*

Ad L. penult. Commod. *Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit: utrum sufficiat contraria commodati actio: quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti: an furti agendum sit, quæritur: & furti quidem noxalem habere, qui commodatum rogavit, proculdubio est: contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum, ignoranti commodavit.*

HÆc lex est etiam de noxal.actionib. Cujus species hæc est. Si servus, quem tibi commodaveram, alii furtum fecerit, habes adversus me noxalem furti actionem, sive sciens, sive ignorans eum servum esse furacem, eum tibi commodavi: contrariam autem commodati actionem, perinde atque si quid in curationem ejus impendisses, in me eo nomine non habes aliter, quam si sciens talem esse servum, eum tibi ignoranti commodavero: hac actione commodati, id est, contraria commodati omnimodo consequeris integram litis æstimationem: illa autem noxali actione hoc tantum consequeris, ut tibi servus forte vilissimus noxæ dedatur. Et hæc est sententia hujus l.pen.quæ sane vera est summo jure: ex æquitate, falsa: Nam, ut plenius ostenditur in *l.61. de furt.* ex æquitate verum est, me, si scivero talem esse servum, quem tibi commodavi, liberari noxæ dedendo servum: si ignoravero, nullo modo teneri. Et ratio æquitatis hæc est: quia cum in commodato solius commodatarii commodum versetur, non est æquum gravari nimis commodatorem, cujus in commodato nulla utilitas est. Hæc est ratio *l.61. §. circa commodatum, de furt.* Et hoc exemplo pronum est intelligere, multas leges scriptas in Pandectis esse, quæ scriptæ sint, & sumptæ ex summo jure, ex subtili jure, quas tamen æquitatis ratio alibi corrigit, ita ut plerumque, quæ ab Accursio adferuntur solutiones, aliæ de rigore, aliæ de æquitate, sane pleræque sint veræ, ot simpliciores, & veriores. ita ut frustra in quærenda alia solutione, alii sibi pene cerebrum excutiant.

Ad L.XLV. Locati. *Si domum tibi locavero, & servi mei damnum tibi dederint, vel furtum fecerint, non teneor tibi ex conducto, sed noxali actione.*

Ad §. Si hominem *tibi locavero, ut habeas in taberna, & is furtum fecerit: dubitari potest utrum ex conducto actio sufficiat, quasi longe sit à bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem, quam conduxisti: an adhuc dicendum sit, extra causam conductionis esse furti crimen, & in propriam persecutionem cadere hoc delictum, quod magis est.*

COnjungenda est hæc lex cum *l.45. loc.* quæ est ex eodem libro. Initio legis proponitur me tibi domum locasse, & servos meos tibi damnum dedisse, vel furtum fecisse. Quo casu, nec si cogniti mihi fuerint servorum meorum mores, sane ego tibi non teneor ex conducto in solidum, sed teneor tantum noxali actione furti, vel l. Aquiliæ. Cur non ex conducto? Ratio est evidens, quia domum locavi, non servos, tu domum conduxisti, non servos meos. Denique quæritur in eadem *l.45.* an idem sit di-

A cendum, si servum meum tibi locavi, ut ejus opera uteretis in taberna tua: & is tibi furtum fecerit. An dicemus non esse tibi actionem ex conducto in me in solidum? Actione furti noxalem in me competere certissimum est, sed de actione ex conducto dubitatur an competat, quasi id non videatur actum, quod etiam à bona fide abhorret, ut tu quidquam detrimenti patiaris per servum, quem conduxisti: hac ratione poterit contendi, eo nomine etiam te in me posse agere ex conducto in solidum, sed ut concludit, verius est, hoc etiam casu, quia furtum, quod servus meus admisit, nihil habet commune cum conductione, quia furtum illud est extra causam conductionis, eo nomine non ex conducto actionem tibi competere, quæ si competeret, competeret in solidum, in integram æstimatio- B nem damni, sed esse tantum actionem furti noxalem, quod utique ita procedit ex æquitate, etiam si scivero servum talem esse, quem tibi locavi: quia ut in commodato, ita & in locatione præcipue versatur utilitas conductoris, qui maxime indiget opera servi mei, vel qua alia re conducta. Et ideo si ignoravero servum locatum esse talem, nullo modo teneor: si sciero esse talem, etiam non teneor in solidum, sed in hoc tantum, ut servum noxæ dedam, *d.l.61. §.circa.* Iterum dico, si scivero, in hoc tantum teneor, ut servum noxæ dedam, qua actione? vel furti actione noxali, vel etiam ex conducto, ut in *l.14. §.his consequenter, de ser. corr.* Actione, inquam, ex conducto, non in solidum, sed ut noxæ dedam tantum, exemplo *legis inter causas, §.pen.mand.* ubi agitur mandati, ut reus noxæ dedat tantum. Adi quæso, quæ de hac re fusius dixi, omnibus speciebus pertentatis, quæ his adfines, & propinquæ sunt, ad Africanum C in *l.31. de pignorat. act.* & in *d.l.61.*

Ad L.XLI. de Oblig.& act. *Quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur: etiam veteres eo nomine actiones competere.*

Ad §. Si eodem facto *duæ competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantundem, aut minus: id consequatur.* (†)

QUotiens, inquit, *lex obligationem introducit, &c.* Exemplo utamur hujusmodi. De succisis alienis arboribus variæ sunt actiones: actio leg. Aquil. actio arborum furtim cæsarum ex 12. tab. Interdictum quod vi, aut clam, & actio ex locato, si colonus succiderit, *l.32. hoc tit. l.in duobus §.colonus, de jurejur.* Et quotiens lex Aquil. etiam de arbo- D ribus succisis introduxit actionem, quia non adjecit nominatim, ut ea sola actione uteremur, non antiquavit actionem arborum furtim cæsarum ex 12. tab. nec enim leges tacite antiquantur. Possumus eadem de re veteri actione ex 12. tab. uti, quæ fuit in singulas arbores æris 25. auctore Plinio initio libri 17. hodie est in duplum: & ideo si prius actum sit l.Aquil. recte ait *lex pen. arb.furt. cæs.* quæ est ex eod. libro Pauli, absolvi quidem reum interdicto quod vi, aut clam, quia prima condemnatione ex l.Aquil. satis gravatus est: quandoquidem interdicto minus inest, quam actioni legis Aquil. non absolvi tamen ab actione 12. tab. quæ est gravior, quam l.Aquil. Verum ex eo, quod sequitur in l.41. dicemus officio judicis convenire, ut qui prius egit ex l.Aquil. postea agendo ex l.12. ex eodem facto, id tantum consequatur, quod amplius in ea actione est, quam in E actione l.Aquil. *Si*, inquit, *ex eod.facto duæ competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione*, id *actor ferat: si tantundem, aut minus: nihil consequatur*, atque ita frustra agat reliqua actione: *nihil consequatur*, ut jam pridem scribendum docui, non, *id consequatur*, ineptissime, nihil, inquam, consequatur, ne scilicet idem bis consequatur, in totum, vel pro parte.

Ad L.I. Vi bon. raptor. *Qui rem rapuit, & furti nec manifesti tenetur in duplum, & vi bonorum raptorum in quadruplum. Sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti. Si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen*

(†) *Vide Merill. lib.3. variant. ex Cujac. cap.10.*

Digitized by Google

tamen id, quod amplius in ea est, consequatur.

IDem alio exemplo, hoc eodem lib. Paulus confirmat in *l. 1. vi bon. rapt.* Raptor ex eodem facto duabus actionibus tenetur, & furti nec manifesti, si apprehensus non fuerit in duplum, & vi bon, raptorum in quadruplum: nam & raptor fur est, & quidem improbior. At si ante actum sit vi bon. rapt. nihil actor consequetur actione furti nec manifesti, quia minus in ea est, quam quæ tulerit jam actione vi bon. rapt. Sed si actor ante egerit furti in duplum, post actione vi bon. rapt. actor feret quod plus in ea est, ut *l. si quis egerit, de furt.* Et ita hæ leges inter se conjungendæ sunt, quas evidens est pertinere etiam ad actiones noxales: nam illæ actiones, de quibus loquuntur, sunt noxales, si servus quid eorum admiserit, quæ supradictis actionibus vindicantur.

Ad L.CXXXI. de Reg. jur. *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.*

ULtima hæc lex est hujus libri, & etiam proprie: nam ei locus est etiam in multis aliis locis; sed proprie pertinet secundum inscriptionis fidem ad noxales actiones: namque dominus, qui servum, de quo erat actio noxalis, dolo malo desiit possidere ne secum ageretur actione noxali, perinde tenetur, & damnatur, atque si possideret, quia dolus pro possessione est. Quod & ita esse in actione noxali sui natura ostenditur in *l. 12. & 24.* & tota *l. 26. de nox. act.* nempe ut dominus (quod notandum) qui servum noxium dolo malo desiit possidere, teneatur in solidum honoraria actione sine noxæ deditione, perinde atque is, qui possidet, & mentitur se non possidere: Nam & hic non liberatur noxæ dedendo servum: sed tenetur in solidum suo nomine propter suum mendacium, quod species doli est. Et ille æque tenetur propter dolum suum. Et ita proprie huic legi aptanda est hæc interpretatio, quæ non conveniret æque cuilibet speciei.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. Fin. regund. *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.*

HIC totus liber est de actionibus, quæ mixtæ esse videntur. Primum quidem, quia tam in rem, quam in personam esse videntur, quia cum re personales præstationes persequuntur, sive ut dicam apertius, quia rem vindicant simul, & adversarium intendunt obligatum esse ad dandum aliquid, vel faciendum. Deinde quia in eis actionibus uterque est actor, uterque reus, uterque petit, & ab utroque petitur: Nam non illa tantum ratione, quod sint tam in rem, quam in personam, sed & hac ratione mixtæ, & duplices esse dicuntur, *l. 37. de oblig. & act. l. 10. hoc tit.* Ejus autem generis sunt hæ tres actiones, quæ omnes sunt ex 12. tab. finium regundorum, famil. ercisc. communi divid. Prima est actio finium regundorum, sive de finibus regundis, quæ redditur inter vicinos, sive affines, qui inter se jurgant de terminatione finium: unoquoque sibi vindicante ampliores fines, ac propterea intendeore sibi dari aliquid, aut præstari oportere, vel quod utilitatis ex eo loco vicinus percepit, qui suus fuit, vel quod ipse impendit agrimensoris adhibendi causa, ut *l. 4. §. 1. fin. reg.* vel quod vicinus circa fines malitiose egit, *§. ult. Instit. de offic. jud.* & statim in *l. 1. fin. regund.* ex hoc Pauli libro proponitur, hanc actionem finium regundorum esse mixtam tam in rem, quam in personam his verbis: *finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est*, id est, licet principaliter sit rei vindicatio, nempe finium vindicatio, ut *l. 10. C. de evict. & Novell. 69.* tamen est etiam in personam. Vel ut etiam de petitione hereditatis dicitur, quæ etiam mixta est actio, tam in rem, quam in personam, sed non etiam duplex, in qua uterque, & actoris, & rei jus habeat: ut, inquam, de petitione hereditatis dicitur in *l. 25. §. petitio, de pet. hered.* petitionem hereditatis quamvis in rem actio sit, ut *l. 27. §. sed & is, qui de rei vindicat.* tamen & præstationes quasdam personales habere, ut puta præstationes pecuniarum à debitoribus hereditariis exactarum, & præstationes pecuniarum redactarum ex pretio venditarum rerum hereditariarum: denique mistam esse petitioni hereditatis etiam personalem, ut ait *l. 7. C. de petit. hered.* Quod, inquam, ita dicitur de petitione hereditatis, idem omnino dici potest, & dicere voluit Paulus in hac l. 1. de actione finium regundorum. Idem & de actione familiæ ercifcundæ dicit *l. 22. §. pen. tit. seq.* & de actione communi dividundo *l. 4. §. pen. comm. divid.* nimirum eas esse actiones in rem, sed mutuari quædam ex actionibus personalibus, & ut cautius dicitur in *§. quædam, Inst. de action.* mixtam causam eas habere videri potius, quam mixtas esse: nam & duæ differentes species in eodem individuo esse non possunt, species non miscentur: si miscerentur, fieret, ut essentiæ intenderentur, ac remitterentur, at essentiæ partitionem non recipiunt. Sequitur ex eodem libro, & eod. tit. lex 4. fin. reg.

Ad L.IV. Fin. regund. *Sed & loci unius controversia in partes scindi adjudicationibus potest, prout cujusque dominium in eo loco judex compererit.*

Ad §. In judicio *finium regundorum etiam ejus ratio fit, quod interest. Quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? Inique damnatio eo nomine fiet: sed etsi mensor ab altero solo conductus sit: condemnatio erit facienda ejus, qui non conduxit, in partem mercedis.*

Ad §. Post litem *autem contestatam etiam fructus venient in hoc judicio: nam & culpa, & dolus exinde præstantur, sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium venient: aut enim bona fide percepit: & lucrari eum oportet, si eos consumpsit: aut mala fide: & condici oportet.*

Ad §. Sed etsi *quis judici non pareat in succidenda arbore, vel ædificia in fine posito deponendo, parteve ejus: condemnabitur.*

Ad §. Si dicantur *termini dejecti, vel exarati, judex, qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest.*

Ad §. Si alter fundus *duorum, alter trium sit: potest judex uni parti adjudicare locum, de quo quæritur, licet plures dominos habeat: quoniam magis fundo, quam personis adjudicari fines intelliguntur: hic autem, cum fit adjudicatio pluribus, unusquisque portionem habebit, quam in fundo habet: & pro indiviso.*

Ad §. Qui communem *fundum habent, inter se non condemnantur: neque enim inter ipsos accipi videtur judicium.*

Ad §. Si communem *fundum ego, & tu habemus: & vicinum fundum ego solus: an finium regundorum judicium accipere possumus: & scribit Pomponius, non posse nos accipere, quia ego, & socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, sed unius loco habemur. Idem Pompon. utile quidem judicium dandum dicit: cum possit, qui proprium habeat, vel communem, vel proprium fundum alienare, & sic experiri.*

Ad §. Non solum *autem inter duos fundos, verum etiam inter tres, pluresque fundos accipi judicium finium regundorum potest, ut puta, singuli plurium fundorum confines sunt, trium forte, vel quatuor.*

Ad §. Finium *regundorum actio, & in agris vectigalibus, & inter eos, qui usumfructum habent, vel fructuarium, & dominum proprietatis vicini fundi, & inter eos, qui jure pignoris possident, competere potest.*

Ad §. Hoc judicium *locum habet in confinio prædiorum rusticorum: urbanorum displicuit: neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur: & ea communibus parietibus plerumque disterminantur, & ideo, etsi in agris ædificia juncta sint, locus huic actioni non erit, & in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.*

Ad §. Sive via publica *intervenit, confinium non intelligitur: & ideo finium regundorum agi non potest.*

Scien-

SCiendum est, aliam esse controversiam de fine, aliam de loco, quod ex Frontini, & Urbici libris de limitibus agrorum notissimum est, & ex *l.pen. C.eod.tit.* illo loco, *& finalis jurgii, vel locorum*. Controversia de fine, ut iidem auctores limitum docent, est de latitudine quinque pedum, qui ex legibus, finibus relinquendi sunt determinandis: Controversia de loco, est de majore latitudine. Utraque controversia est de latitudine, *l.ult. de pign.act.* Et de utraque idem judex cognoscit. Et officio ejusdem judicis utraque finitur adjudicationibus, & condemnationibus, si obscurata est facies finium, & locorum, ut ejus obscuritatis amovendæ gratia necesse sit novam rationem iniri, novos fines constitui, ex alterius vicini agro parte aliqua adjudicata alterius agri domino, & vicissim certa pecunia condemnato ei, cujus agri pars adjudicatur. Et hoc est, quod ait Paulus initio *l.4. Sed & loci unius controversia*, id est, non finium tantum, sed & loci unius controversia in partes scindi, & ita dirimi, dividi adjudicationibus potest, prout cujusque dominium in eo loco judex compererit. Et ad adjudicationes hujusmodi pertinet etiam *§. si alter fundus*, *inf. in hac lege*. Post hæc in hac l.4. Paulus exemplis quibusdam docet, personales præstationes quasdam venire, & deduci in judicium finium regundorum, veluti ut præstetur quanti interest vicini, puta quod ex eo loco, quem ejus esse apparet, alter vicinus lucratus est: ut si alter vicinus ex eo loco poma decerpserit, qua appellatione omnes fructus significantur, si ex eo loco ligna deciderit, dejecerit. Quos fructus, quia sine cura, & labore nostro proveniunt, etiam bonæ fidei possessor domino loci restituere debet, *l.fructus, de usur.* Et ut ait, *non inique eo nomine damnatio fiet*. Sic legunt auctores limitum, in quorum libris totus hic titulus exstat. Legunt enim, *non inique*. In aliis desideratur negatio, qua tamen omissa etiam idem sensus existit, si modo in fine hujus clausulæ apponatur interrogationis nota. Item in hoc judicium venire, ut honorarium, quod agrimensori, sive finitori vicinus præstitit in solidum, id à vicino, cum quo ei lis est de finibus, pro parte consequatur, quoniam uterque debet conferre ad honorarium, sive mercedem mensoris. Merces dicitur hoc loco, quod honorarium *l.1. §.1. si mensor fal. mod.* Et honestius honorarium, quia Geometria ars est liberalis, quam mensores profitentur. Et in honorem ejus, hoc etiam eis datum est constitutione Theodosii, & Valentiniani, quæ exstat apud Julium Frontinum, ut si eam artem profiteantur, & doceant publice, *spectabiles* vocentur: si nondum profiteantur, clarissimi tantum. Hos mensores judex finium regundorum adhibere solet plerumque, & dirigere ad loca, de quibus est controversia, *l.8.§.ult. hoc tit. l.3. C.eod.* Quod fit sumptibus utriusque vicini, utriusque partis, utraque mercedem mensoribus, id est, honorarium præbente, & quod dicebatur *pulveraticum*, quasi pro docto pulvere, pro parte quisque sua, adeo ut si unus prorogaverit solidum honorarium, hoc veniat in actionem finium regundorum, ut partem honorarii repetat à vicino. Veniunt etiam in hoc judicium, & in restitutionem omnimodo fructus post litem contestatam labore, & impendio nostro percepti, quos vocant εἰργασμένους, illos αὐτομάτους, qui sine labore, vel sumptu nostro proveniunt. Venire igitur omnimodo fructus post litem contestatam perceptos, quia post litem contestatam omnis causa venit, & dolus, & culpa omnis, *§.post litem*, ubi additur, *ante litem contestatam perceptos non omnimodo venire in judicium finium regundorum*, quia dicit, *non omnimodo venire*, significat venire quidem, sed non omnes indistincte venire. Idque mox declarat, quoniam bona fide perceptos, & consumptos lucratur is, qui percepit, & consumpsit, nec eorum ab eo ulla ratio reposcitur: mala autem fide percepti, & consumpti ei condicuntur, quasi sine causa, vel ex injusta causa percepti, ut *l.3. C. de cond. ex lege*. Exstantes autem venire etiam perceptos ante litem contestatam.

Ad L.penult. Fam. ercisc. *Non solum in finium regundorum, sed & famil. ercisc. judicio præteriti quoque temporis fructus veniunt.*

A ET hoc loco omnino conjungenda est *lex pen. tit. seq.* quæ est ex eodem lib. & ait: Non solum in finium regundorum, sed etiam in famil. ercisc. judicio præteriti quoque temporis, id est, ante litem contestatam fructus venire. Quod confirmat etiam *l.inter §.fructus,& l.fundus,qui, eod.& §.si familiæ, Inst.de offi.jud.* Veniunt igitur, ut iterum dicam, in actionem finium regundorum etiam fructus percepti ante litem contestatam, qui modo exstant, nec consumpti sunt: veniunt etiam absque dubio, ut ante dixi, fructus percepti ante litem contestatam, sine cura ulla, aut sudore, id est, αὐτομάτους.

AD *§. Sed etsi quis* L. IV. Fin. reg. Sequitur in *§. sed etsi quis*, contumaciæ quoque nomine in judicio finium B regundorum condemnationem fieri, veluti si quis judici non pareat in succidenda arbore, quæ confundit forte, & obscurat rationem finium, judice jubente eam succidi: vel si non pareat judici in deponendo ædificio in fine posito, & in ponenda parte ejus, quæ finium perspicuitati officit. Adde aliam speciem contumaciæ ex *§. ult. Inst. de offic.jud.* si jubente judice agros suos metiri non patiatur, si missum agrimensorem non admittat. Hæc sunt apertissima. Apertissimum est etiam quod sequitur, si dicantur, inquit, termini dejecti, aut exarati. Ait judicem, qui de crimine cognoscit, id est, de termino moto, quem veluti sacrum movere nefas est, de termino dejecto, vel exarato (de exarato termino est lex Numæ apud Festum) eum, inquam, judicem, qui de termino moto cognoscit, de crimine termini moti, etiam de finibus cognoscere, & fines regere C posse, sive distinguere. Et similiter dicam ex hoc loco, eum, qui cognoscit de latrocinio, & de bonis à latrone ereptis cognoscere posse, etiam si judex sit, cui data tantum sit notio criminum, non notio causæ pecuniariæ: Nam ratione connexi, qui de crimine cognoscit, etiam cognoscit de pecunia, quæ per causam ejus criminis alii erepta est. His adjicit Paulus de adjudicatione in hoc judicio, eam pluribus fieri posse, ut si vicini fundi tres sint domini, qui mecum tantum, vel mecum, & cum socio meo certent de loco, potest judex illis tribus locum, de quo quæritur, adjudicare, re æstimata justo pretio, quia unius loco habentur, ut ait in *§.si communem,inf.* Unus est fundus communis inter eos pro indiviso, una pars, cui locus adjudicatur, non personis. Recte: Nam & hoc judicium recte dicitur accipi inter fundos, non inter personas, *§. non solum, inf.* D Si adjudicatio fieret personis, videretur omnino judicium accipi inter personas potius, quam inter fundos, nec tam expedire, tamve jure adjudicatio fieri posset pluribus personis, quam uni fundo, ut seqq. judiciis famil. ercisc. & communi dividundo. Si sint plures ex una parte, vel ex utraque, adjudicatio non fit pluribus, sed singulis sua quæque res adjudicatur in solidum. Denique adjudicatio non fit pluribus simul. Et ita hoc judicium non fit pluribus, quia fundo potius fieri videtur communi plurium, in quo & plures illi unius loco habentur. Quam autem quisque partem pro indiviso in fundo habet, eam quoque proculdubio habet in parte adjudicata. Pars adjudicata sequitur jus fundi, cui adjudicatur, non personæ. Si adjudicaretur personis, quisque haberet in re adjudicata partem æqualem, partem virilem, sed hoc casu habebit E inæqualem, si in fundo partes, quas habent inter se, sint inæquales. Et hæc de sententia *§. sed etsi quis*.

AD *§.Si alter fundus.* Si fundi vicini tres sint domini, qui certent de fine, vel de loco, cum duobus dominis alterius fundi: his, vel illis, licet plures sint, judex potest adjudicare locum, de quo quæritur, re æstimata justo pretio. Pluribus ergo in hoc judicio ejusdem rei adjudicatio fieri potest pro indiviso, & tamen in judiciis sequentibus fam. ercisc. & communi dividundo adjudicatio ejusdem rei pluribus fieri non potest pro indiviso, ne scil. qui judex sumptus est tollendæ communionis, judex divisionis ipse novam communionem inducat, sed debet judex singulis res singulas adjudicare in solidum, vel unius rei certam cuique partem, vel si fundus sit

sit divisus regionibus, regionem cuique suam, ut *§. si familiæ, Instit. de offic. jud.* A Et uno tantum casu in his judiciis famil. ercisc. & commun. divid. ut pluribus ejusdem rei adjudicatio fiat pro indiviso necessitas facit, videlicet si plurib. coheredib. vel sociis unius rei, præceptio testamento relicta sit, *l.22. §.1. tit. seq.* Cur vero in judicio finium regund. pluribus eadem res pro indiviso adjudicari possit, ratio hæc est, quia judicium fin. regund. inter fundos confines potius accipitur, quam inter personas litigantium, sive jurgantium, ut *§. non solum, inf.* Ac proinde adjudicatio fit, si qua fit fundo potius communi plurium, vel parti fundi, quam personæ, & fundus unus est, parsve fundi una, cui ex altero fundo vicini, aut vicinorum fundus, aut fines adjudicantur. Quo fit ut & plures domini unius fundi pro indiviso, in hoc judicio unius loco habeantur, quia unus est fundus, qui adjudicatur, non plures, *§. si communem, inf.* B Et quemadmodum Paulus ait in *hoc §. si alter*, eo etiam fit, ut quam quisque partem habet in fundo commmuni (fac habere diversas, & inæquales, unum dimidiam, alterum tertiam, alium quartam) eam quoque partem habeat in loco adjudicato, qui si adjudicaretur personis, non fundo, adjudicari intelligeretur ex æquis partibus: ubi enim non sunt adscriptæ partes, semper æque intelliguntur, *l.29. in princ. pro soc. l. legata inutiliter, §. ult. de leg. 1. l. quoties, §. heredes, de hered. instit.* Et ita meo quidem judicio facillima videtur esse sententia *§. si alter*.

AD *§. Qui communem*. Qui communem, inquit, &c. An hic est sensus horum verborum, non posse in uno eodemque fundo communi, pro indiviso inter socios accipi judicium finium regundorum? Non sane: non hic est sensus, C nec gravis, ut est auctor, Paulus esset, si hoc scriberet, quod nemo non videt, non novit, ubi nulli sunt fines, judicium de finibus esse non posse. Quod si hic non est sensus, est igitur horum verborum sensus hic, qui sequitur, quia tertius applicari non potest, is, inquam, qui sequitur, & qui statim proponitur in *§. qui communem*. Verba illa, *qui communem fundum habent*, ut paulo inf. demonstrabo, sunt Sabini, cujus subjicitur interpretatio ex libris Pomponii ad Sabinum, statim in *§. qui communem*, nempe hæc interpretatio, ut si ego, & tu communem fundum habemus, & ego solus in confinio proprium meum habeam fundum, inter nos judicium de finibus regundis fundi communis, & fundi proprii, neque directum, neque utile reddi possit, quia quod ad hanc actionem attinet, in fundo communi, qui unus est, & nos unius loco habemur, non potest autem jurgium, sive lis D esse inter unum, non potest esse nisi inter duos, denique ego, & tu non possumus in hac actione adversarii esse, quia unius loco habemur. Itaque si velim regi fines fundi communis, & fundi proprii mei, vel debeo partem, quam habeo in fundo communi vendere, vel fundum proprium: si vendidero partem fundi communis, agam cum emptore, & socio ejus nomine fundi mei proprii de finibus regundis: si vendidero fundum proprium, ego, & socius meus, nomine communis fundi cum emptore agemus finium regund. Et hoc Paulus ex Pomp. tradit in hoc *§. qui communem*. Ex quo intelligimus, tantum abesse, ut venditor emptori teneatur de evictione ob controversiam finium, quam ei extraneus facit, nec enim ideo venditor tenetur de evictione, licet in quæstione finium vincat extraneus, lis finalis non pertinet ad venditorem, *l. 10. C. de evict.* E Tantum vero abesse, ut teneatur venditor emptori de evictione evictis finib. ab extraneo, ut etiam ipse venditor emptori finium controversiam facere possit, qui tamen de proprietate frustra ei moveret controversiam, *l. vindicantem, inf. de evict.* Et recte ait Pom. in hoc *§. in hac actione:* nam in aliis actionibus aliud dicendum est, veluti in actione, quæ de servituribus prædiorum competit, aliud dicendum est. Si enim ego, & tu prædium commune habeamus, & vicinum prædium ego solus, & ex prædio communi in meum proprium aliquid non jure sit immissum, inter nos possumus accipere de servitute judicium, me negante jus esse in meum immittendi, *l. sed si inter me, de servit. urb. præd. l. si cum meus, §. 1. si servit. vindic.* Aliud etiam dicendum est in actione aquæ pluviæ arcendæ: nam si communi agro meo, & tuo ex agro tuo proprio aqua pluvia decurrens noceat, vel contra, si agro tuo proprio ex agro communi, inter nos accipere possumus judicium aquæ pluv. arcendæ, ut pars damni præstetur, *l.6. §. inde quæritur, l.11. §. pen. de aq. & aquæ pluv. arc.* Videamus quamobrem & inter nos accipere non possumus ne utile quidem judicium finium regund. Jam reddidi specialem rationem, videamus quæ sit ratio differentiæ. Ratio differentiæ inter has actiones mihi hæc esse videtur: Quia servitutes diutino usu, & longo tempore aquiri possunt, *l. si quis diuturno, si servit. vindic.* atque etiam usucapi possunt cum prædiis, *l.10. §.1. de usurp. & usucap.* Finium autem, qui quinque pedibus circumscribuntur ex 12. tab. & ex l. Manilia, neque usucapio est, ut M. Tullius scribit 1. de legibus, neque præscriptio longi temporis, *l. pen. C. fin. reg.* Unde si fines fundi communis inter me, & te, & fundi mei proprii confusi, aut perturbati manserint diutino tempore, nihil damni facimus, quia latitudo, vel causa finium tempore non perimitur. Sed si ex prædio communi, quid immissum sit in proprium, vel si opere à te facto paries communis incumbat in prædium meum, aut vice versa, quid ex prædio meo proprio immittatur, & incumbat in commune, vel si ex communi prædio aqua pluvia decurrens noceat prædio meo, vel contra, periculum est ne usucapione, vel præscriptione longi temporis jus meum minuatur, & rem perdam, quæ ad me pertinet. Itaque his casibus utilitas exigit, ut inter nos de servitute, vel de aqua nobis agere liceat, *d. l. sed si inter me:* mihi, inquit, tecum agere licebit actione negatoria, aut rem perdere: sane si non egero, rem perdidero. Quod periculum rei perdundæ nullum subest in causa finali, in causa finium, quia nullo tempore perimitur. Et hæc quidem de servitutum vindicationibus relata sunt ex Pomponii 33. ad Sabinum in *d. l. sed si inter, & d. l. si cum meus*, quæ est etiam ex eodem libro. Quare facile adducor ut credam & quæ Paulus ex Pomponio tradit in hoc *§. qui communem* de actione fin. reg. sumpta esse ex illo Pomponii lib. ad Sabinum, in quo Pomponius superiores actiones inter se contulerit, id est, actionem finium reg. cum cæteris, & ex eodem lib. Pomponii repetitis his Sabini verbis, *qui communem fundum habent*, & mox subjectam fuisse interpretationem Pomponii, *si communem fundum ego, & tu habemus, &c.* Denique *§. qui communem* est interpretatio *§. prox. super.* qui quidem proponit sententiam Sabini. Et de his hactenus.

AD *§. Non solum*. Sequitur in. *§. non solum*, judicium finium regundorum accipi non tantum inter duos fundos, sed & inter tres, aut plures. Fac tres, aut quatuor fundos esse confines fundis totidem, ita ut fiat trifinium, & quadrifinium, hoc perinde est, ac si diceret Paulus, secundum idioma mensorum, non solum ad confinium, sed & ad trifinium, & quadrifinium pertinere judicium finium regundorum.

AD. *§. Finium*. Mox additur in *§. finium*, hoc quoque judicium non tantum pertinere ad agros, qui dominii nostri sunt, sed etiam ad agros vectigales, id est, emphyteuticarios, vel quod idem est fere, non in Italia tantum huic actioni locum esse inter dominos prædiorum, sed etiam in provinciis, inter possessores vectigalium, ut & seqnentibus judiciis familiæ erciscundæ, & communi divid. *l. 10. & seq. l.7. comm. divid.* Itemque judicio finium regund. locum esse inter fructuarios vicinorum fundorum, & inter fructuarium unius fundi, & dominum alterius fundi vicini; & inter creditores, qui jure pignoris confinia singuli separatim prædia possident: Nam & horum omnium interest fines regi, finium constare rationem. Et his etiam accomodantur fundorum ipsorum vindicationes utiles.

AD *§. ult.* In *§. ult.* ostenditur, hanc actionem locum habere in confinio tantum prædiorum rusticorum: quod etiam supra ostendit *l.2. h. t.* his verbis: *hæc actio pertinet ad prædia rustica, quamvis ædificia interveniant, ut scil. in confinio poni aliquando ædificia indicat, §. sed & si quis*, hujus legis:

legis: & locum igitur hanc actionem non habere in prædiis urbanis. M. Tullius in Top. *in urbe fines non regi.* Neque enim, inquit Paulus, qui prædia urbana possident, confines sunt, sed magis vicini dicuntur. Quare minus proprie loquimur, quum dicimus hanc actionem reddi inter vicinos. Vicinos, inquit, accipimus pro agris vicinis, sive confinibus, qui & adfines dicuntur, l. *pen. hoc tit.* demonstrationem adfinium, id est, possessionem adfinium, novos fines inter fundos constituere. Et illo loco Sallustii: *Ut quisque potentiori adfinis erat, sedibus pellebatur.* Quod fit frequentissime. Et addit Paulus, prædia etiam urbana non finibus, sed plerumque communibus parietibus disterminari. Quocirca plerumque in prædiis urbanis locum non habere actionem finium regund. sed de communibus parietibus agi communi dividundo, ut *l. 4. de servit. leg. l. si ædes, comm. præd.* Aliquando tamen, quod notandum, in prædiis rusticis locum non habet actio finium regundorum, ut si in agris ædificia multa conjuncta sint, quæ communibus parietibus disterminentur: & vice versa aliquando in prædiis urbanis hæc actio locum habet, ut si hortorum latitudo, qui in urbe sunt, id ferat, & exigat, de hortorum finibus regundis quæretur hoc judicio etiam in urbe. Et postremo docet Paulus, agros confines non videri, si intercedat via publica, aut flumen publicum: & ideo inter eos accipi non posse judicium finium regund. quia magis est in confinio flumen, vel via publica, quam ager vicini. Florentiæ scriptum est hoc modo, *sive via publica intervenit*: sed lex, quæ sequitur, & auctores limitum ostendunt esse legendum *sive flumen, sive via publica.*

Ad L. VI. eod. *Sed si rivus privatus intervenerit, finium regund. agi potest.*

NEc omittendum quod ait lex 6. ex eodem libro Pauli, rivum privatum, puta meum proprium, qui intercedit inter meum, & tuum agrum, non impedire actionem finium regundorum, quo minus instituatur inter tuum, & meum agrum: quia cujus rivus est in confinio, & ager ejus in confinio esse videtur. Est enim latitudo rivi adeo parva, ut nulla esse videatur.

Ad L. IX. Famil. ercisc. *Veniunt in hoc judicium res, quas heredes usuceperint, cum defuncto traditæ essent: hæ quoque res, quæ heredibus traditæ sunt, cum defunctus emisset.*

POst actionem finium regund. quæ redditur inter adfines, ut de limitibus quæstio dirimatur, dicendum est de actione fam. ercisc. quæ redditur inter coheredes, ut à communione discedatur: & explicanda omnia sunt, quæ in hoc lib. 23. de actione scribit Paul. *l. 9. 11. 15. 21. & 23.* quæ sunt præcipue de iis, quæ in hoc judicium veniunt, aut non veniunt. Et in l. 9. statim docet, in hoc judicium venire non tantum bona, quæ defuncti, cum is moreretur, fuerint, ut dividantur, sed etiam bona, quæ defuncti nunquam fuerunt, ut res defuncto bona fide accipienti tradita à non domino ex justa causa acquirendi dominii, & usucapta non ab eo ipso, sed ab herede ejus, nimirum impleta ab herede usucapione à defuncto cœpta. Itemque res emptæ à defuncto, & à domino, eodemque venditore traditæ heredi ejus, traditione facta heredi, quæ defuncti non fuerunt, hæ res, neque sunt hereditariæ, neque ex hereditate, sive ex rebus hereditariis. Qua de causa, nec veniunt in petitionem hereditatis, *l. & non tantum, §. quod si pro emptore, de petit. hered.* & veniunt tamen in actione fam. ercisc. ut dividantur. Latius patet familiæ, quam hereditatis nomen. Familiæ appellatio comprehendit omnia quæcunque à defuncto profecta sunt, licet dominium eorum penes defunctum non fuerit, sed post mortem ejus penes heredem esse cœperit. Hereditatis autem nomen comprehendit tantum ea, quæ in jure, & dominio defuncti fuerunt. Sic igitur res usucaptæ ab herede, vel quas defunctus cœperat bona fide possidere ex justa causa, vel res traditæ à domino heredi, quas defunctus emerat, veniunt quidem in judicium fam. ercisc. ut dividantur, sed non etiam in petitionem hereditatis, ut restituantur. Neque obstat huic sententiæ *lex 25. §. pen. de petit. hered.* quæ ait, Senatusc. Adrianum, quod factum est de petitione hereditatis, etiam in famil. ercisc. judicio locum habere, & quæcunque peti possunt, & dividi posse: Nihil obstat, inquam, quia ille §. pen. loquitur de iis tantum, quæ illo Senatusconsulto caventur venire in petitionem hereditatis, veluti fructus rerum hereditariarum, vel pecunias redactas ex pretio rerum ex hereditate venditarum: & omnia augmenta hereditatis, quæ etiam proculdubio veniunt in actionem fam. ercis. ut dividantur. At non loquitur ille §. penult. de cæteris omnibus rebus, quæ in hereditatis petitionem veniunt, quæ omnes etiam non veniunt in familiæ ercifcundæ judicium. Ut nomina, & cautiones veniunt in petitionem hereditatis, ut præstentur actori, sive restituantur, non veniunt tamen in actionem familiæ ercifcundæ ut dividantur, quia ipso jure divisa sunt inter coheredes ex l. 12. tab. pro hereditariis portionibus, *l. fundus, qui dotis, §. ult. inf. h. t.* Item pecunia ab statulibero uni ex heredibus conditionis implendæ gratia data de peculio, venit in petitionem hereditatis, sed non etiam in actionem famil. ercifcundæ. Cujus differentiæ rationem exponam in *l. 21.* Item usufructus venit in petitionem hereditatis, in actionem famil. ercisc. non venit, ipso jure scil. sed officio judicis tantum adhibito cautionum remedio quodam, quod ostenditur in *l. 15.* Ac præterea, quod ait ille §. penult. quæcumque peti possunt, & dividi ea posse, verum quidem est, ut hic proponitur: sed ex diverso non est verum, ut quæ dividi possunt, peti possint. Res, quas heredes usuceperunt, ut ait hæc l. 9. per actionem familiæ ercisc. dividi possunt, sed non etiam peti. Itaque sermo ille *§. pen. l. 25. de petit. hered.* non convertitur. Quod & ibi notaverunt Græci his verbis, *οὐκ ἀναστρέφει ὁ λόγος.*

Ad L. XI. eod. *Partum quoque editum & post aditam hereditatem.*

QUod tamen Paulus ait in *l. 11. h. t.* partum ex ancilla hereditaria etiam post aditam hereditatem editum venire in judicium fam. ercisc. verum est, eundem etiam partum venire in petitionem hereditatis quasi augmentum hereditatis, quia ex ipsa hereditate est, ex ancilla hereditaria, *l. item veniunt, §. item non solum, de petit. hered.* Et hoc certissimum est. At de usufructu dubitatur maxime, an veniat in judicium familiæ ercifcundæ. Prima facie videtur venire posse, quia divisionem recipit, *l. 1. §. si usufructus, ad leg. Falcid.* non quidem ususfr. quem defunctus habuit, qui simul cum eo interiit, sed ususfructus, qui cœpit ab heredibus, ut si fundus ab heredibus legatus sit deducto usufructu: nam ex hac causa in heredum persona nunc primum ususfructus constitui potest, & legatario proprietas nuda præstatur. Idemque evenit, si ante aditam hereditatem, in qua est servus, servo hereditario legatus sit ususfructus, quod legatum valet, & adita hereditate ejus, qui legavit usumfructum, ejus legati dies cedit utiliter, si modo, quod notandum est, & jam ante hereditatem, in qua servus ille est, heredes adierint, in quorum persona constitui ususfructus possit: nec enim potest esse ususfructus sine persona, cui debeatur, cuique cohæreat, quia jus personale est, *l. ususfructus, de stip. serv.* l. *si servo, quib. mod. ususfr. amit. l. 1. §. dies, quando dies ususfr. leg. ced.* At contra hic etiam ususfruct. qui cœpit ab heredibus videtur non posse dividi inter coheredes, vel ut dividatur, ferri in judicium familiæ ercifcundæ, quia hoc fieri non potest sine interitu ejus: quia per divisionem ususfructus à personis discedit, quibus inhæsit initio, quod fieri non potest sine interitu ejus, ut eleganter Paulus ait in *l. 15.* Et ideo verissimum est, eum usumfructum ipso jure dividi non posse, quia non potest ejus divisio fieri sine commutatione personarum. Et commutatio personarum interitus est ususfructus. Sed quod ipso jure fieri non potest, ut ostenditur in *l. 16. in principio*, facile fiet remedio cautionum interpositarum officio judicis: facile fiet, inquam, ut discedant à communione ususfructus, puta si caveant sibi invicem qualiter fruantur, si

dicant sibi invicem certas leges, demonstrentque certas regiones, quibus fruantur, ut ne plus sibi quisquam adroget, quam inter eos convenerat: sæpe quod jure fieri non potest, fit remedio cautionis. Aliud exemplum attulisse satis erit. Non potest constitui ususfructus ejus rei, quæ usu consumitur, quia in abusu est, non in usu, ut vini, frumenti usufructus jure, aut natura constitui non potest. Constituitur tamen remedio cautionis, si is, cui legatus est, exempli gratia, ususfructus vini, quod ex illo fundo percipietur, vel quod est in ἀποθήκῃ, vinum sibi vindicet, & caveat de æque bono restituendo, quum finitus, aut amissus ususfructus erit. Et ita remedio cautionis fit, ut ususfructus, qui ipso jure inter coheredes non potest dividi, quodammodo dividatur. Ad hæc si quæras, an ususfructus veniat in petitionem hereditatis, dicam statim, & breviter, non venire quidem eum usumfructum, quem defunctus habuit, quia morte ejus finitus est, sed venire eum, qui cœpit ab herede, ut si deducto usufructu, ab herede fundus legatus sit, vel si servo hereditario ususfructus legatus sit, quia ad heredem pertinet jure hereditario. Et alia est ratio servitutum prædialium, quæ non veniunt in petitionem hereditatis, quia nihil eo nomine restitui potest: fructus restitui possunt, *l. & non tantum, §. ult. de pet. hered.* Et ideo ususfructus venit in petitionem hereditatis, qui tamen non omnino venit, non jure, ut dixi, venit in actionem fam. ercisc. Simile aliud addamus ex *l. 20. §. ult. inf. h. t.* in fam. ercisc. judicium non venit, quod statuliber uni ex heredibus dedit de peculio conditionis implendæ causa. Fac libertatem servo datam, pluribus heredibus institutis sub conditione, si Mævio uni ex heredib. dederit decem, & ei dedisse 10. de peculio suo, ut potest, *l. 13. §. 1. de statulib. l. 3. §. ult. de cond. caus. data.* Quæro an Mævius debeat pecuniam acceptam de peculio statuliberi communicare coheredibus: an deinde, quasi communem in divisionem deducere? Et constat non debere, quia totam eam pecuniam Mævium habere defunctus voluit, in cujus persona conditionem dandæ pecuniæ impleri voluit à statulibero, si vellet ad libertatem pervenire. Arbiter familiæ ercifcundæ omnimodo conservare debet voluntatem defuncti. Eam igitur pecuniam de peculio à statulibero datam uni ex heredibus conditionis implendæ causa, non venire in judicium familiæ ercifcundæ. Et venit tamen in petitionem hereditatis, *l. 13. §. sed Sabinus, de pet. hered.* quia hereditaria pecunia est, quæ datur de peculio, quod remanet in hereditate, qua ratione & heredi in Falcid. imputatur, *l. id autem, quod, ad l. Falcid.* & venit in restitutionem fideicommissariæ hereditatis, *l. quod statuliber, de mort. caus. donat.* Atque ita hoc etiam casu, quod venit in petitionem hereditatis, non venit in judicium fam. ercisc.

Ad L. XXI. eod. *Idem & in communi dividundo.*

ET subjicit Paulus in l. 21. pecuniam quoque illam, quam statuliber uni ex heredibus dedit, non venire in judicium communi dividundo, quod scil. in rebus communibus concurrit cum judicio familiæ ercifcundæ, *l. inter, inf. h. t.* Et fere, quod servatur in judicio fam. ercisc. idem servatur in judicio communi dividundo.

Ad L. XXIII. eod. *Propter spem postliminii, scilicet cum cautione: quia possunt non reverti, nisi si tantum æstimatus sit dubius eventus.*

SEquitur in *l. 23.* in judicium familiæ ercisc. venire etiam rem, quæ est apud hostes, & consequenter ejus rei nomine in hoc judicium venire præstationes quoque personales, ut si quid unus ex heredibus ex ea re solus perceperit antequam veniret in potestatem hostium: vel si quid in eam rem impenderit solus. Et sane si rei peremptæ præstationes veniunt in judicium familiæ ercisc. vel communi divid. *ut l. 24. & 31. h. t. & l. 11. tit. seq.* & multo magis veniont præstationes rei, quæ est apud hostes incolumis: denique res, quæ est apud hostes, & consequenter præstationes ejus rei veniunt in jud. famil. ercisc. Utrumque venit hac ratione, ut Paulus ait in hac *l. 23.* propter spem postliminii, quia spes est forte, ut eam rem recipiamus virtute nostra, & recuperemus, vel extorqueamus ab hostibus: ergo propter spem postliminii, ea res, quæ est apud hostes, ejusque rei præstationes, id est, causæ, quæ ex ea re pendent, in hoc judicium veniunt: hæc spes etiam facit, ut ea res, quæ est apud hostes, legari possit, *l. 9. l. servus ab hostibus, de leg. 1.* ut vendi, ut promitti possit, *l. ult. de action. emp. l. qui res, §. ult. de solut.* ut libertas possit dari servo, qui est apud hostes, *l. si servi, de manumiss. testam. l. servi, qui apud hostes, ad leg. Falcid.* Ergo & adjudicari potest ea res, quæ est apud hostes ab arbitro famil. ercisc. æstimata justo pretio. Nam adjudicatio fit verbo tantum, non re, Virtus populi Rom. facit, ut qui apud hostes sunt, pro præsentibus habeantur, quasi certa spe postliminii? & quasi bonum omen, bona scæva victoriæ accipitur de verbis judicis, qui rem adjudicat, quæ est apud hostes, aut de verbis testatoris, qui eam rem legat, quive servum captum ab hostib. nec dum reversum liberum esse jussit. In hoc autem judicio eam rem, quæ est apud hostes, Paulus dicit in hac l. 23. adjudicari cum cautione de indemnitate in hunc casum, si forte ea res ab hostibus reciperari non potuerit: ut si is, cui ea res adjudicatur justo pretio æstimata, ut fit, non majorem partem habeat, quam æquum sit, ideo ei adjudicatur ea res, quæ nondum rediit in potestatem nostram cum cautione indemnem damno servari eum, cui adjudicatur, si forte nunquam reciperare potuerit. Sed addit exceptionem, *nisi si,* inquit, *tantum æstimatus sit dubius eventus.* Fac servum, qui est apud hostes, dignum esse 20. & adjudicari non pro viginti, non justo pro pretio, sed pro 10. tantum, propter incertum postliminii: quia potest non reciperari ab hostib. aut non reverti: atque ita fac parvo æstimatum eum servum fuisse adjudicatum uni ex heredib. pro 10. tantum propter dubium eventum, id est, propter incertum postliminii: suscepisse videtur in se omnem eventum, qui parvo æstimatum accepit: & ideo cavendum ei non est de indemnitate: multum interest, utrum ipse servus æstimetur justo pretio, an viliore propter incertum, & dubium eventum. Et eleganter Basilica hæc verba Pauli, *nisi si tantum æstimatus sit dubius eventus,* sic interpretantur, *εἰ μὴ ἄρα διὰ τὸ ἀμφίβολον ὀλίγου διετιμήθη,* id est, *nisi, propter ambiguum, & incertum* (postliminii scilicet) *servus parvo æstimatus sit.*

Ad L. XXV. eod. *Heredes ejus, qui apud hostes decessit, hoc judicium experiri possunt.*

Ad §. Si miles *alium castrensium, alium cæterorum bonorum heredem fecerit: non est locus famil. ercis. judicio: Divisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium, quemadmodum cessat famil. ercis. judicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.*

Ad §. Quantum *vero ad accipiendum famil. ercisc. judicium; nihil interest, possideat quis hereditatem, nec ne.*

Ad §. de Plurib. *hereditatib. quæ inter eosdem ex diversis causis communes sunt, unum famil. ercisc. judicium fieri potest.*

Ad §. Si inter me, *& te Titiana hereditas communis sit: inter me autem, & te, & Titium Sejana, posse unum judicium accipi inter tres, Pomponius scribit.*

Ad §. Item, *si plures hereditates inter nos communes sunt, possumus de una famil. ercisc. judicium experiri.*

Ad §. Si Testator *rem communem cum extraneo habebat, sive rei suæ partem alicui legavit, aut heres ante judicium famil. ercisc. acceptum, partem suam alienavit: ad officium judicis pertinet, ut eam partem, quæ testatoris fuit, alicui jubeat tradi.*

Ad §. Quod *pro emptore, vel pro donato (puta) coheredes possident, in famil. ercisc. judicium venire negat Pomponius.*

Ad §. Idem scribit: *cum ego, & tu heredes Titio exstitissemus: si tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, à Sempronio petieris, & victus fueris: mox eandem partem à Sempronio emero, & traditus mihi fuerit: agente te famil. ercisc. judicio, non veniet, non solum hoc quod pro herede possidetur, sed nec id quod pro emptore: Cum enim per judicem priorem apparuit, totam non esse hereditatis: quemadmodum in familiæ ercifcundæ judicium veniat?*

Hæc

HÆc lex multa,& varia continet de judicio famil.ercisc. A de his,qui inter se judicio experiri possunt, vel non possunt, ac nonnihil etiam de reb. quæ in hoc judicium veniunt,aut non veniunt.Et initio quidem hujus l.ostenditur, hoc judicio experiri posse heredes ejus,qui apud hostes decessit.Recte:quia etsi ex l.12.tab.is,qui apud hostes decessit, heredes non habeat,habet tamen ex l.Cor. vel testamentarios,vel legitimos,perinde atque, si ex quo tempore captus est,vita decessisset, nec unquam in hostium potestatem pervenisset,quod lex Cornelia fingit,*l.10.& 12.§.si quis capiatur,de capt.& postlim. l.filiusfam. ad leg.Falcid.*

AD *§.Similes.*Sequitur in §.1.hoc judicio experiri nõ posse heredes militis,quorum unus scriptus est ex bonis castrensibus,alter ex bonis paganis: ratio hæc est, quia quasi duorum hominum duæ hereditates sunt, militis scilicet, & B pagani,*l.si certarum,§.1.de mil.testam.*Ipso jure,id est,constitutionibus principum inter eos diviso patrimonio. Ergo nec ulla inter eos existente communione,quæ ubi non existit,nec locus est judicio fam.ercisc.Et pari ratione,si in hereditate pagani,qui plures heredes reliquit,omnia consistant in nominib.*ex debtes*,id est,in debitis, & creditis, in nominibus (ut loquuntur) activis, & passivis, nihil consistat in corporibus,heredes hoc judicio experiri non possunt, quia ipso jure,id est ex 12.tabul. nomina inter coheredes divisa sunt in portiones hereditarias,ex quib.heredes sunt,*§.idem juris,inst.in hac l. l.2.§.ult. l.4.fundus,qui dotis, §.ult.h.t.* l.6. C.eod. Sume exemplum ex Quint. declam.336. Ego, & tu heredes sumus Titii ex inæquis partib.tu ex quadrante,ego ex dodrante: in hereditate sunt centum, quæ defuncto debuit Cajus:tu à Cajo petere potes 25.duntaxat, ego 75. C quia nomen illud Caji lex divisit in portiones hereditarias, in quadrantem,& dodrantem, vel quod idem est in 25. & 75. Vel si in ha. hereditate sint 100. quæ defunctus Cajo debuerit,Cajus à te petere potest 25.duntaxat,à me 75.Itaque,sive nomina lex 12.tab.divisit in portiones hereditarias, ergo frustra de iis dividendis agitur judicio divisionis,quale est judicium famil.ercisc.lex 12.tab.corpora non potuit dividere:jura potuit dividere,non corpora, quia in corporib. dividendis opus est facto, vel opera, vel judicio hominis, puta arbitri familiæ ercisc. Cæterum ea corpora arbiter quoque dividere debet pro portionibus hereditariis, nisi communionem factis adjudicationibus dirimere ei utilius, & commodius esse videatur.

AD *§.Quantum*. Sequitur in hoc §.arbitrum fam.ercisc. D dari,ut dividantur,ut dixi, quæ ipso jure non sunt divisa,dari adversus coheredes, sive possideant aliquid ex bonis hereditariis,sive nihil. Et hoc distat hæc actio à petitione hereditatis:Nam petitio hereditatis datur tantum adversus possessorem juris,aut corporis, & qui possidet non quocunque titulo,sed pro herede,vel pro possessore. Actio fam. ercisc.datur etiam adversus non possessorem,qui scil.nullum corpus hereditarium possidet: denique & inter eos hoc judicium accipi potest,qui ex hereditate nihil possident: nam & sine traditione divisio fieri potest,ut idem judicium communi dividundo reddi potest inter socios, etiam si neuter rem, vel res communes possideat, *l.pen. tit.seq.*

AD *§.De plurib.*Additur in *§.de pluribus*,non de una tantum hereditate,sive familia, sed & de pluribus, quæ E inter eosdem ex diversis causis communes sunt,unum sumi posse judicium,unumque judicem famil. ercisc. Sicut, quod Accursius notat,ad plures societates sufficit unum judicium pro socio, *l.cum duob. §.si plures, pro soc.* Sed hoc in judicio pro socio facilius est,quia generale est judicium,*l.38.eod.*Familiæ appellatione, an etiam familiæ plures continerentur dubitari poterat:Sed magis est,ut contineantur,sicut & titulo superiore dictũ est,confinii appellatione etiam trifinium, & quadrifinium contineri. Accursius etiam adducit *l.bona, C.eod.tit.* quasi idem dicat, quod hic *§.de pluribus*, quæ tamen lex certe non loquitur de pluribus hereditatibus, sed de pluribus rebus unius hereditatis.Et ita nihil pertinet ad hunc casum. Ad plures autem hereditates communes inter eosdem adeo sufficit unum judiciũ fam.ercisc.ut etsi Titiana hereditas sit communis inter me,& te, & Sejana inter me, & te,& Cajum,si in Titiana sumus duo, in Sejana tres,de utraque posse inter nos tres unum judicium accipi, ita ut Cajus ex Titiana nihil ferat.Hæc est sententia *§.si inter me*, qui sequitur. Sicut autem de pluribus hereditatibus unum arbitrium sumi potest, unum judicium, ita & separatim de una tantum ex plurib.si coheredes nondum cæteras hereditates dividere velint,*§.item si plures.*Hæc sunt facillima.

AD *§.Si testator.* Qui etiam sequitur *§.si testator*, & existimatur esse difficilis,facillimus videbitur,& elegantissimus,si ut Accurs.fecit, tres casus ponas, non unum tantum,& aliter tamen explices secundum,& tertium, quam fecit Accurs.qua de re inferius:si,inquam,ponas tres casus, non unum tantum,ut Joannes fecit. Quorum trium unus casus hic sit. Si testator rem communem cum extraneo habuit, hoc casu ad officium judicis famil.ercisc. pertinere ait, ut partem,quæ testatoris fuit, totam jubeat tradi alicui ex heredibus, ut fiat communis inter eum, & extraneum, ne extraneo plures jungantur socii ea parte divisa inter coheredes. Et ad hunc casum proprie pertinent ea verba hujus *§. ut eam partem,quæ testatoris fuit,alicui jubeat tradi*, id est, alicui ex heredib. adjudicet in solidum, nec eam partiatur, aut distribuat inter coheredes. Sed eadem tamen ratio servanda est in aliis duobus casibus,si testator rei suæ propriæ in solidum alicui partem legavit:nam alteram partem, non inter heredes partiri judex debet,ne plures legatario adjungat socios,sed uni ex heredib.totam eam adjudicare debet. Et hic est secundus casus.Item,qui est tertius casus, si unus ex heredibus ante acceptum judicium fam. ercisc. partem suam alienaverit, quod potest, non etiam post acceptum judicium,*l.13.h.t. l.1.C.comm.divid.* partem, inquam, suam, quam habet in fundo hereditario, vel in aliqua alia re hereditaria,non partem hereditatis. Hoc quoque casu partem alteram, cujus rei hereditariæ judex totam uni ex heredib. adjudicare, aut tradi jubere debet, ne plures emptori adjungantur socii, quod plerumque molestum est, & ne etiam partium tot minutiæ, & sectiones fiant. Totum judex addictus judicio famil. ercisc. debet dividere in partes, non partem, aut partes rursus in alias partes, alioquin nullus esset exitus. Nec obstat, quod ab uno ex heredibus rei hereditariæ parte sua abalienata dicitur in *l.ex hereditate, inf. h.t.* nec eam partem venire in judicium famil. ercisc. quæ alienata est pro indiviso,quia exiit de hereditate,neque alteram partem,quæ mansit in hereditate:quia ut respondeamus, non venit quidem altera pars reddito judicio famil. ercisc. inter eum, qui alienavit partem suam, & cæteros coheredes,quia ille in altera parte nihil juris habet: sed venit tamen inter cæteros coheredes, ut alicui eorum in solidum adjudicetur. Et ita explicandus hic §. Accurs. recte posuit primum casum: secundum non recte statuit esse hunc, si testator partem, quam habet in re communi cum extraneo legaverit uni ex suis heredibus,vel partis ejus partem,quia hic sensus nullo modo convenit verbis. Ait enim rei suæ, non rei communis.Et rei igitur suæ in solidum,ἐξολοκλήρου, ut Græci hoc loco interpretantur. Item ait, *alicui legavit*, simpliciter,non *alicui heredi*,ergo alicui extraneo. Rursus ait *legavit*,non *prælegavit*: quod dixisset,si uni ex heredibus intellexisset testatorem rei suæ partem reliquisse. Et cum quoque casum Accursii, Fulgosius refellit,& quem nos posuimus,idem Fulgosius sequitur, itemque Albericus: male etiam Accurs.hunc statuit esse tertium casum:Si extraneus, cum quo testator rem communem habuit ex parte heres scriptus suam partem alienaverit ante acceptum judicium famil.ercisc.male,quia primum extraneum illum fuisse heredem scriptum,ex verbis Pauli nullo modo apparet: nihil comminisci nobis licet,quod verba non ferant, nisi res vehementer cogat. Summa cum religione sunt tractanda scripta veterum. Deinde quia de re jure hereditario communi in hoc 3.casu agitur, cujus partem suam unus ex heredibus alienavit, non de re alio jure communi: non fuit autem communis cum extraneo jure hereditario, sed alio jure: denique & de judicio familiæ erciscundæ hic agitur,

non

non de judicio communi dividundo. Male etiam ad id, quod dicit Paulus, his tribus casibus, partem, quæ mansit in hereditate totam uni heredum officio judicis adjudicari debere, male supplet Accurs. itemque Joannes, qui unum tantum casum posuit perquam inepte, nec ideo sequaces ullos habuit: male, inquam, supplet uterque, si ea res commode dividi non possit. Infuscatur hoc emplastro lepos, & elegantia Pauli: nec enim his trib. casib. tantum, vel, ut Joannes uno hoc casu, sed omnib. quibuscunque, ubi res dividi commode non potest, necessitas facit, ut tota uni adjudicanda sit. Quis hoc nescit? Nos eam, quam initio posuimus interpretationem, retineamus.

AD §. *Quod pro emptore.* Multa adhuc restant de judicio familiæ erciscundæ. Ac primum ea, quæ sunt in hoc §. In quo proponitur hæc definitio Pomponii, *quod pro emptore*, &c. quod ex eodem Pomponio est relatum in *l. 45. inf. hoc tit.* Jam vero diximus in *§. quantum*, judicium famil. ercisc. reddi non tantum adversus coheredem possessorem, sed etiam in coheredem non possessorem, id est, qui nihil possidet ex hereditate. Et hoc maxime distare judicium famil. ercisc. à petitione hereditatis, quæ datur tantum adversus possessorem juris, vel corporis hereditarii. Addamus, & eo distare inter se hæc duo judicia, quod petitio hereditatis datur adversus eum, qui heres non est, sed putat se esse, & hac opinione, hocve errore ductus pro herede possidet, & petitori controversiam hereditatis facit, *l. 11. de petit. hered.* Idemque datur adversus eum, qui pro possessore possidet, veluti prædo: nam & hic intelligitur petitori facere controversiam hereditatis: familiæ autem erciscundæ judicium non datur adversus possessorem, sed datur adversus eum, qui heres est, atque non opinione, sed reapse pro herede possidet, & non datur adversus eum, qui pro possessore possidet, quia, ut dixi, hic intelligitur facere controversiam hereditatis, & judicium familiæ erciscundæ redditur inter eos tantum, qui de hereditate inter se non controversantur, sed qui fatentur & agnoscunt se esse coheredes, *l. 1. §. etsi possessor, si pars hered. pet.* Sed hoc tamen commune est inter hanc, & illam actionem, inter petitionem hereditatis, & actionem familiæ erciscundæ, quod neque hæc, neque illa datur adversus eum, qui quid ex hereditate pro emptore, vel pro donato, vel pro dote possidet: non petitio hereditatis, quia qui pro emptore, vel pro donato possidet, controversiam hereditatis non facit, non dicit se esse heredem: quam facit tamen, qui pro herede possidet, existimans se esse heredem, aut facere intelligitur qui pro possessore possidet: non item datur actio fam. ercisc. adversus coheredem, qui quid pro emptore, vel pro donato possidet, quia eam rem intendit suam esse propriam jure emptionis, vel jure donationis à se, aut sibi factæ, & negat eam jure hereditario esse communem. Itaque in fam. ercisc. judicium venit tantum res, quam coheres pro herede possidet tanquam hereditariam, & communem, non quam possidet tanquam propriam pro emptore, vel pro donato, quod in hoc §. Paulus tradidit ex Pomponio, ut initio dixi, id est, ex *l. 45. inf.* & Accursius luculenter explicat, argumentis, quæ in contrarium duci possunt ex *l. 9. & 14. h. t. & l. ult. §. quatuor, de leg. 2.* dilutis & infirmatis rectissime. Itaque sicut coherede meo possidente, & contendente se ex asse heredem esse, me coheredem non esse, prius agere debeo adversus illum petitione hereditatis, quam familiæ erciscundæ, *l. 1. hoc tit.* Si vicero petitione hereditatis, tum agam famil. ercisc. Ita vero coherede meo possidente rem certam, & contendente eam rem suam esse propriam, non communem sive hereditariam, prius ea de re agere debeo rei vindicatione, & ejus rei vindicare partem incertam, partem pro indiviso, ut *l. quæ de tota, §. 1. de rei vindic.* Deinde si hoc judicio vicero, possum eam rem deducere in actionem familiæ erciscundæ, ut dividatur.

AD §. *Idem scribit.* Ad hanc vero Pomponii sententiam subjicitur in *§. idem scribit* exemplum, quod Juliano tribuitur in *l. si mater, §. item Julianus, de except. rei judic.* hoc tribuitur eidem Pomponio. Exemplum est hujusmodi: ex hereditate Titii, quæ mihi, & tibi communis est, Sempronius fundum possidet, cujus fundi tu partem tuam, cum diceres totum fundum esse hereditarium, ille contenderet partem tantum fundi esse hereditariam, ab eo petiisti per rei vindicationem, & superatus es, quia pronuntiatum est, *totum fundum hereditarium non esse*, & ideo partem ejus fundi tuam non esse. Te superato, & excluso ab eo fundo, mox eandem partem, quam amisisti re contra te judicata, à Sempronio mercatus sum, & Sempronius mihi totum fundum tradidit. Partem scil. meam, quia mea est jure hereditario, & partem alteram mihi tradidit, quasi emptam à me, partem scil. quondam tuam, quam amisisti re judicata inter te, & Sempronium. Tu nunc si mecum agas fam. ercisc. in hoc judicio neque veniet pars, quam pro herede possideo, quia ut alienata, ita & amissa parte tua per sententiam judicis, qui judicavit inter te, & Sempronium, altera pars fundi desiit tibi mecum esse communis, *l. ex hereditate, inf. hoc tit.* Neque etiam pars, quam possideo pro emptore, quia ut Pomponius definit, quod pro emptore coheres possidet, non venit in judicium familiæ ercisc. Est species elegantissima, & subtilissima, ex cujus definitione male colligit Accursius, rem inter te, & Sempronium judicatam mihi prodesse contra regulam juris, quia non res judicata efficit, ut totum fundum mihi habeam, sed emptio videlicet, quia partem tuam emi ab eo, qui eam adversus te obtinuit in judicio in rem, nimirum à Sempronio. Pars vero altera tota mea est jure hereditario, nec in ea quicquam juris tibi superest amissa parte tua, quia amissione tuæ partis pars mea exiit de communione, & mea propria esse cœpit jure hereditario: ego meam partem retinui, tu amisisti.

Ad §. An ea stipulatio, *qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in judicium, dubitabatur? veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit: quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur; quia nec potest. Sed verius est, non venire eam in judicium, sed omnibus in solidum competere actionem: & si non præstetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.*

Ad §. Contra, *si promissor viæ decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret: quoniam viam promittere & is potest, qui fundum non habet. Igitur, quia singuli in solidum tenentur officio judicis cautiones interponi debere, ut si quis ex his conventus litis æstimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur.*

Ad §. Idem dicendum est, *etsi testator viam legaverit.*

Ad §. In illa *quoque stipulatione prospiciendum est coheredibus, si testator promiserat*, neque per se, neque per heredem suum fieri, quo minus ire agere possit: *quoniam, uno prohibente, in solidum committitur stipulatio: ne unius factum cæteris damnosum sit.*

Ad §. Idem juris *est in pecunia promissa à testatore, si sub pœna promissa sit: nam licet hæc obligatio dividatur per leg. 12. tabularum, tamen quia nihilum prodest ad pœnam evitandam, partem suam solvere, sive nondum soluta est pecunia, nec dies venit: prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat, per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur: aut ut caveat, se ei, qui solidum solverit, partem præstaturum: sive etiam solvit unus universam pecuniam, quam defunctus promisit, ne pœna committeretur, familiæ ercisc. judicio à coheredibus partes recipere poterit.*

Ad §. Idem *observatur in pignoribus solvendis: Nam nisi universum, quod debetur, offeretur, jure pignus creditor vendere potest.*

Ad §. Si unus ex *coheredibus noxali judicio servum hereditarium defenderit, & litis æstimationem obtulerit, cum hoc expediret, id pro parte hoc judicio consequatur. Idem est & si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitterentur. Et omnino, quæ pro parte expediri non possunt, si unus cogente necessitate fecerit: familiæ erciscundæ judicio locus est.*

Ad §. Non tantum *dolum, sed & culpam in re hereditaria præstare debet coheres: quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam præstare debet, qualem diligens paterf. quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: & ideo negotiorum gestorum ei*

actio

actio non competit. Talem igitur diligentiam præstare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit: Nam & hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res. A

Ad §. Si incerto homine legato, *& postea defuncto legatario, aliquis ex heredibus legatarii non consentiendo impedierit legatum: is, qui impedit, hoc judicio cæteris, quanti intersit eorum, damnabitur. Idem est, si e contrario unus ex heredibus, à quibus generaliter homo legatus est, quem ipsi elegerint, noluerit consentire, ut præstetur quem solvi omnibus expediebat: & ideo conventi à legatario judicio, pluris damnati fuerint.*

Ad §. Item culpæ *nomine tenetur, qui cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes prædiis hereditariis debitas passus est non utendo amitti.*

Ad §. Si filius *cum patrem defenderet, condemnatus solverit, vel vivo eo, vel post mortem: potest æquius dici, habere petitionem à coherede in familiæ erciscundæ judicio.* B

Ad §. Judex familiæ *erciscundæ nihil debet in indivisum relinquere.*

Ad §. Item curare *debet, ut de evictione caveatur his, quibus adjudicat.*

Ad §. Si pecunia, *quæ domi relicta non est, per præceptionem relicta sit, utrum universa coheredibus præstanda sit, an pro parte hereditaria, quemadmodum si pecunia in hereditate relicta esset, dubitatur: & magis dicendum est, ut id præstandum sit, quod præstaretur, si pecunia esset inventa.*

Sequitur alia quæstio in §. *an ea stipulatio*. Sciendum est autem ac repetendum quod diximus in §. 1. hujus legis, nomina ex 12. tab. inter coheredes esse divisa in portiones hereditarias, & ideo non venire in judicium famil. erciscundæ, quod judicium est divisorium. Cæterum hoc intelligitur de nominibus, quæ divisionem recipere possunt, veluti de debitis, aut creditis pecuniariis: hæc l. 12. tabul. divisit in portiones hereditarias, ita ut singuli heredes de his nominibus, vel agere, vel conveniri non possint, nisi pro hereditariis portionibus. At non omnia certe nomina divisionem recipiunt, ut si via debeatur, vel iter, vel actus: hoc nomen divisionem non recipit: servitutes prædiorum sunt individuæ, *l. viæ, de servit. l. 1. §. si usufr. ad l. Falcid. l. stipulationes 72. D. de verb. oblig.* Et ideo, si via debita fuerit defuncto ex stipulatione, qui plures heredes reliquerit, non singulis via debetur pro portionibus hereditariis, sed singulis in solidum: hoc nomen est individuum. Unde quæritur, an hoc nomen veniat in judicium familiæ ercisc. & si veniat, quo remedio veniat? Nam sane qua ratione hoc nomen non comprehenditur l. 12. tabul. quæ nomina dividit in portiones hereditarias: eadem etiam ratione videtur non posse venire in judicium familiæ ercisc. ut dividatur, quia dividuitatem non recipit: Et sane ita est: sed veniet tamen quodammodo adhibito remedio quodam officio judicis: nam singuli quidem heredes stipulatoris in solidum actionem habent, qua viam sibi cedi, & præstari petant in solidum, quia nec cedi, nec præstari potest pro parte; & si ea via non præstatur actori, tunc pro parte tantum hereditaria in pecuniam numeratam, id est, in æstimationem ejus, quod interest, Basilica hoc loco *πρὸς τὸ διαφέρον ἑκάστῳ, prout cujusque interest*, pro sua parte condemnationem fieri oportet, ut *l. stipulationes non dividuntur, de verb. oblig.* Petet quidem unus ex heredibus viam in solidum, sed non ei præstabitur, sed præstabitur ei tantum, quod interest pro parte hereditaria, quia pecunia divisionem recipit, atque ita quodammodo id nomen scindetur in partes. Et ex diverso, si defunctus viam debuerit ex stipulatione, & plures heredes reliquerit, sane singuli heredes stipulatori in solidum viam præstare tenentur, quia, ut eleganter ostendit in hoc §. etsi non habeant in solidum singuli fundum, per quem viam defunctus promisit, aut forte in solidum uni sit adjudicatus is fundus, non ideo corrumpitur obligatio, imo durat, quia viam promittere potest, aut ex promissione viæ obligari potest in solidum, etiam qui fundum non habet. Et aliud est cedere, aliud debere servitutem. Cedere eam non potest, nisi qui fundum habet in solidum, *l. 1. comm. prædior.* Debere potest ex stipulatione, vel ex legati causa, etiam qui fundum non habet, quoniam conventus ex testamento, vel ex stipulatione in hoc damnabitur, ut litis, sive rei, id est, viæ, quam debet, æstimationem præstet: & ita quoque cedi via, vel quæ alia servitus prædii sub conditione non potest, *l. 4. de servitut.* Deberi tamen potest sub conditione, *l. existimo, §. 1. de verb. oblig.* Aliud ergo est cedere, aliud debere servitutem. Secundum hæc dicimus, singulos heredes promissoris viæ, aut via legata, singulos heredes testatoris teneri stipulatori in solidum, vel legatario, ut viam præstent, aut litis æstimationem in solidum: quam tamen si quis eorum præstiterit, æquum est, ut à coheredibus id, quod præstiterit, pro parte consequatur judicio familiæ erciscundæ, vel si nondum quicquam præstiterit, ut officio judicis familiæ erciscundæ sibi invicem caveant coheredes, si quis eorum conventus ex stipulatione viæ, vel ex testamento, viæ legatæ nomine solidam litis æstimationem præstiterit, id pro parte hereditaria à cæteris heredibus restituiri, *l. 2. §. ex iis, de verb. obligat.* Hæc est sententia *§. an ea stipulatio*.

Ad *§. In illa.* Sequitur, quod omnino conjungendum est in *§. in illa*, aliud genus stipulationis, sive obligationis individuæ, si debeatur quod in facto consistit: Nam & facta sunt individua, ut si stipulanti defunctus promiserit, per se, heredemve suum non fieri, quo minus L. Titio per fundum illum ire agere liceat. Quam formulam stipulationis Cato expressit duobus verbis, *iter fieri*, non iter dari, de quo actum est in *§. an ea stipulatio*: sed iter fieri in *l. 4. §. Cato, de verb. obligat.* Iter fieri, quod explanatius est, *per te, heredemve tuum non fieri, quo minus Titio per fundum illum ire agere liceat.* Qui hoc promisit, intelligitur promisisse se, heredemve suum non prohibiturum L. Titium euntem agentem, imo curaturum se, ergo facturum se, heredemve suum, ut L. Titio stipulatori ire agere liceat, *l. 50. l. 83. §. 1. de verbor. obligat.* Et uno ex heredibus prohibente, & faciente contra stipulationem, non in ipsum pro sua parte tantum, sed adversus omnes heredes, perinde atque si omnes prohibuissent, committitur stipulatio. Et singuli pro parte sua, quasi fecerint contra stipulationem, conveniri possunt, quia, ut ait *d. §. Cato*, quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videtur: quod unus fecit, fecit in totum, non in partem: quod prohibuit, prohibuit in totum, non in partem. Et unius prohibitio tantum nocuit stipulatori, quantum si omnes prohibuissent. Adversus omnes igitur uno contra faciente, committitur stipulatio. Verum officio judicis familiæ erciscundæ, ne ejus, qui prohibuit factum coheredibus noceat, qui non prohibuerunt, ille, qui prohibuit cavere debet cæteris coheredibus, quod illi conventi ex stipulatu eo nomine stipulatori præstiterint, id eis restituiri, quod ostenditur in *l. 2. §. item si in facto, & in d. §. Cato*, & in *l. in executione, §. quod si stipulatus, de verb. oblig. l. inter, §. quod ex facto, inf. hoc tit.* Quod memini me latius explicare in *d. l. 2. §. item in facto.* Consule, si libido est, quæ in eum §. adnotavi, eaque accomoda in hunc locum, & sic intelliges, quod non est omittendum, hoc distare stipulationem viæ, vel itineris, vel actus, de qua actum est in super. §. ab stipulatione, per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus illi ire agere liceat: vel uno verbo, iter fieri, de qua agit in *§. in illa*, hoc, inquam, interesse, quod illa stipulatio viæ committatur in singulos heredes promissoris in solidum, ut aut viam præstent, aut solidam litis æstimationem. Hæc vero stipulatio iter fieri, uno ex heredibus faciente contra stipulationem, non committitur adversus singulos heredes in pecuniam numeratam, quæ tacite promissa intelligitur, id est, in id quod interest, nisi pro parte hereditaria. At id quod quisque præstiterit, ab eo, qui fecit, vel prohibuit stipulatorem, judicio familiæ erciscundæ consequetur: aut si nondum quisquam quicquam præstiterit officio judicis familiæ erciscundæ, ille, qui prohibuit stipulatorem ire agere, cæteris coheredibus cavebit de indemnitate. Et quatenus in hac stipulatione iter fieri officio judicis familiæ erciscundæ cautione interposita, coheredibus prospicitur, recte hæc stipulatio conjungitur superiori: quia & in superiori hoc genere cautionis

tionis coheredibus prospicitur, sed non quatenus illa committitur in solidum adversus heredes singulos, quia hæc non committitur in solidum adversus singulos heredes, sed pro hereditaria parte duntaxat.

AD §. *Idem juris est.* Repetam paucis ea, quæ heri didicimus ex §. *an ea stipulatio*, & §. *in illa*, ut cum eis mox similia, quæ sequuntur connectam in §. *idem juris est*, didicimus, via, vel alia quacunque servitute urbana, vel rustica à testatore promissa, vel legata, qui plures heredes reliquit, quia singuli heredes tenentur in solidum, ut aut servitutem præstent, aut integram litis æstimationem officio judicis familiæ erciscundæ, heredes sibi invicem cavere debere, ut si quis ex iis conventus à stipulatore, vel legatario, solidam litis æstimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur, quæ cautio dicitur de indemnitate, cautio judicialis, quia officio judicis interponitur. Et eandem cautionem interponi, si testator promiserit *iter fieri*, vel quod idem est, *per se*, *heredemve suum non fieri*, *quo minus stipulatori ire agere liceat*: & plures heredes reliquerit; quia si vel unus ex heredibus fecerit contra stipulationem, id est, si vel unus prohibuerit stipulatorem ire agere, universi tenentur in solidum, & singuli pro parte hereditaria: Ideo officio judicis familiæ erciscundæ sibi invicem heredes cavere debent de indemnitate, puta ut si quis, vel si qui eorum fecerint contra stipulationem, quod propter factum illius, si vel illorum cæteri præstiterint, id ipsis redditum iri. Nunc ex §. *Idem juris* intelligimus eandem cautionem interponi officio judicis familiæ erciscundæ, si testator certam pecuniam pure, vel in diem promiserit sub pœna certa, ita ut si non ea sors, cave pecunia stipulatori solveretur sua die, in pœnam conveniretur, & plures heredes reliquerit. Nam etsi ex 12. tab. obligatio tam pœnæ, quam sortis, ut ait glossa recte (quia utraque obligatio est pecuniaria) sit divisa inter coheredes pro hereditariis portionibus, tamen si pars tantum sortis solvatur, pro ea quidem parte obligatio sortis, obligatio personalis perimitur. At pœna in solidum committitur adversus omnes coheredes, & singuli in pœnam conveniri possunt pro portionibus hereditariis, quia quum debuit solvi sors tota, soluta non est. Denique si vel teruncius desit, si vel nummulus desit solvendæ sorti, pœna in solidum committitur: individua est pœnæ causa, id est, pœna non committitur pro parte, sed in totum, etiamsi maxima pars sortis soluta sit, ita ut supersit teruncius tantum in reliquis. Et si quidem unus ex heredibus universam pecuniam, universam sortem solverit ne pœna committeretur, partes solutæ pecuniæ à coheredibus, quos pœna liberavit, recipere potest judicio familiæ erciscundæ, vel si nondum quisquam quicquam solverit, quum agunt inter se familiæ erciscundæ, forte si nondum dies solvendæ pecuniæ venerit, sibi invicem cavere debent de indemnitate, nempe, ut si quis eorum solidam sortem solverit, solidam pecuniam pœnæ evitandæ causa, id à cæteris pro suis partibus recipiat, vel si per aliquem ex his factum erit, ne omnis pecunia solveretur, atque adeo, ut pœna adversus omnes committeretur, quod ex illius facto cæteri pœnæ nomine præstiterint, id eis ab illo recte præstetur, reddatur, restituatur. Ex his intelligimus, non aliter dissolvi obligationem pœnalem, quam si tota sors soluta sit, si vel sorti solutæ nummus unus desit, pœnam in solidum committi, sortis quidem obligationem perimi pro modo sortis solutæ: at pœnæ obligationem in solidum perseverare, & ex ea in solidum agi posse. Quod confirmat etiam *lex in executione*, §. *pen. de verb. oblig.* & *l. Lucius, de act. emp.* Itaque individuam esse causam pœnæ, sicut pignoris, quod etiam mox Paulus confert cum pœna in hoc §. nam ut hic declarat, si defunctus certam pecuniam debuerit sub pignore certo, & plures heredes reliquerit, nihilum prodest ad pignus luendum, quod inter coheredes commune est, unum ex heredibus solvere partem suam, solvere pro parte sua hereditaria, quia liberatur quidem ipse sortis obligatione pro parte sua hereditaria, qua tenebatur obstrictus, sed ideo pignoris obligatio non minuitur: imo pignus in solidum obligatum manet, idque suo jure vendere creditor potest, quoad omnis pecunia soluta sit, *l. qui pignori, inf. de pign. l. 8. §. si unus, de pign. act. l. 1. & 2. C. de luit. pign. l. 2. in fi. C. debit. vend. pign. l. 6. & 16. C. de distr. pign.* Denique quamdiu vel unus nummus in reliquis est, creditori pignoris distractio, & persecutio competit in solidum. Et hoc est, quod dicitur in *l. rem, de evict.* indivisam esse pignoris causam; nimirum pro parte sui pignus non posse, parte pecuniæ soluta, pro reliqua parte pignus in solidum teneri. Et ait *indivisam*, pro individuam, ut in *l. via, de servitut.* usum servitutum esse indivisum, id est, individuum, quamvis proprie loquentibus aliud sint indivisa, longe aliud individua. Indivisa pleraque sunt, quæ tamen sunt dividua, non individua: & judicium familiæ erciscundæ recipit indivisa, individua non recipit, ut viam, iter, actum, §. *an ea stipulatio, sup.* Illa vero, quæ ante dixi de pecunia debita sub pignore, cum ita se habeant, idcirco in judicio familiæ erciscundæ coheredes officio judicis sibi invicem cavere debent, si quis eorum universam pecuniam solverit pignoris luendi causa, se ei partem præstaturos, vel si jam unus solverit universam pecuniam, ne pignus venderetur, ut pignus reluceretur, eodem judicio à coheredibus partes recipere potest.

AD §. *Si unus.* Sequitur similis casus in §. *si unus*, ait enim idem omnino servari, si unus ex coheredibus noxali judicio servum hereditarium defenderit, & solidam litis, damni, sive noxæ æstimationem actori præstiterit, cum id expediret magis, quam servum forte immensi pretii noxæ dedi, quem utiq; necesse habuisset in solidum noxæ dedere, quia noxæ deditio divisionem non recipit, *l. 8. de noxal. act. l. si servus servum, §. item si servus, ad l. Aqu.* Quamobrem & ubi utilitas exigit litis æstimationem solvi potius, quam servum dedi ad noxam, non aliam solvi convenit litis æstimationem, quam solidam, & plenam, quia succedit litis æstimatio in locum noxæ deditionis, cujus causa individua est, ut fit in litis æstimatione, quæ succedit in locum debitæ viæ, & ideo vel ab uno ex heredibus præstanda est in solidum. Cæterum quod solverit unus ex heredibus noxali judicio, id pro parte à cæteris coheredibus consequetur judicio familiæ erciscundæ, vel si nondum quisquam eorum quiquam solverit, nondum quisquam eorum conventus fuerit noxali judicio, vel nondum noxæ æstimationem præstiterit, prospicere sibi debent in futurum interpositis judicis familiæ erciscundæ officio cautionibus mutuis de indemnitate, si quis forte eorum solidam litis, sive damni æstimationem præstiterit: vel si per quem eorum fiat, quo minus solida litis æstimatio præstetur, qua re contingat, ut ducatur servus magni pretii in noxam. Idemque servari docet §. *si unus*, si unus ex heredibus caveat legatariis legatorum nomine, ne contraheretur pignus prætorium, id est, ne legatarii mitterentur in possessionem omnium bonorum, quæ ex hereditate sunt, & forte conventus ex ea stipulatione solida legata solverit, cautio legatorum non recipit divisionem. Caveri igitur debuit in solidum non pro sua parte tantum: & ex cautione igitur solvere debet in solidum. Verum quod solverit, id à coheredibus recipiet pro portionibus eorum judicio familiæ erciscundæ, ut *l. 18. §. ult. sup. hoc tit.* vel officio judicis, si nihil dum solverit, sibi prospiciet supradicta cautione interposita. Et tandem in hoc §. *si unus*, cum satis dixisset Paulus de individuis obligationibus, & causis, quæ summe notandæ sunt, generaliter concludit, ea, quæ pro parte expediri non possunt, si unus ex heredibus cogente necessitate in solidum compleverit, semper posse eum deducere in judicium familiæ erciscundæ, postquam complevit, vel antequam complevit, si judicium illud moveatur inter coheredes, nempe ut ejus rei inter coheredes par, & æqualis ratio habeatur.

AD §. *Non tantum.* Post hæc ostendit in §. *non tantum*, in servanda re hereditaria, quam penes se habet, coheredem præstare debere non tantum dolum, sed etiam culpam, idq; venire, & contineri judicio familiæ erciscundæ, ut *l. 16. §. sed & si dolo, sup. h. t.* hac ratione, quia coheredem non eligimus sicut eum, cum quo contrahimus societatem, quem ob id, quod notandum est, plerique existimant, sicut depositarium

tarium dolum tantum præstare debere, non culpam, quia imputare nobis debemus, qui talem elegimus, vel socium, vel depositarium rei nostræ, *l. 25. §. 1. pro soc.* & melius in *§. ult. Inst. de soc.* Coheredem autem non eligimus, sed adjicitur nobis à testatore, vel lege ab intestato. Cum coherede nobis est societas non voluntaria, sed necessaria: cum coherede non sponte contrahimus societatem, sed incidimus in eum, & societas, quam cum coherede habemus non est voluntaria, id est, ex contractu, sed hereditaria societas dicitur, quam delata communiter hereditas conciliavit. M. Tullius pro Quintio: *Cum eo tu voluntariam*, inquit, *societatem coibas, qui te in hereditaria societate fraudaverat.* Itaque a coherede, qui attingit, & attrectat res hereditarias, exigitur non tantum bona fides, sed etiam diligentia. Dolo adversa est bona fides, culpæ adversa est diligentia. Culpa nihil aliud est, quam negligentia, desidia, incuria. At non exactissima quidem à coherede diligentia exigitur, qualis à diligentissimo, & accuratissimo patrefamil. Sed satis est, si rebus hereditariis talem diligentiam adhibeat, qualem suis rebus adhibere solet, quia propter suam quoque partem, causam habet gerendi, sive administrandi res hereditarias. Denique rebus hereditariis utitur ut suis. Ideoque de eo, quod gessit in rebus hereditariis, familiæ erciscundæ, non negotiorum gestorum actionem habet, quia non tam propter coheredem id gessit, quam propter se, nempe ut rem suam ageret, quam non poterat aliter agere, quin & simul ageret rem coheredis: ubi coheres quid gessit, quod non potuit expedire pro parte sua tantum, sed necesse habuit expedire in totum, & pro parte coheredum, id venit in judicium familiæ erciscundæ, non in judicium negotiorum gestorum, quia non fuit ei animus gerendi negotii coheredis, sed magis sui, & non tam sua sponte, quam coactus gessit negotium coheredis, quod aliter non posset suum negotium gerere. Ubi tamen pro parte coheredis, qui id gessit, quod poterat tantum pro sua parte gerere seorsim, non dubium est locum esse actioni negotiorum adversus coheredem, non familiæ erciscundæ, aut communi divid. *l. si communes, de negot. gest. l. 6. §. hoc autem, & §. si damni, tit. seq.* Quo pertinet etiam generalis definitio *§. prox. superioris*. Neque obstat huic distinctioni *l. 5. C. de negot. gest.* quam objicit hic Accursius, nec explicat bene, nos eam explicabimus dilucide. Duæ sunt species illius legis. Prior est de creditore hereditario, & chirographario, non hypothecario, id est, cui datum non erat pignus, & cui unus ex heredibus solvit pro parte coheredis. Id quia ultro fecit, sua sponte, nec necesse habuit id facere suæ partis causa, cum potuisset pro parte sua solvere, non pro parte coheredis, se liberare personali obligatione, coheredem non liberare, ideo hæc res venit in actionem negotiorum gestorum, non in actionem familiæ erciscundæ. Posterior species legis 5. est de creditore hereditario, & hypothecario, cui pignus, sive hypotheca obligata fuit, & cui unus ex heredibus solvit universam pecuniam, ut pignus lueret. Hoc casu utraque actio locum habet, familiæ erciscundæ, & negotiorum gestorum, sed non utraque eadem ratione: familiæ erciscundæ actio locum habet, quatenus pignus liberavit, quod non poterat facere pro parte: negotiorum autem gestorum actio competit, quatenus coheredem liberavit personali obligatione, à qua & seipse liberare potuisset non liberato coherede. Denique in ea specie familiæ erciscundæ actio compétit, quatenus sustulit realem obligationem, id est, pignoris obligationem soluta omni pecunia, quod nec aliter expedire potuit: negotiorum autem gestorum actio competit, quatenus sustulit personalem obligationem in totum, quam pro parte sua tantum si voluisset, sustulisset. Et est igitur hoc casu in ejus arbitrio qua potius actione experiatur. Est elegantissima sententia legis tertiæ. Porro, quæ in hoc *§. non tantum* Paulus dixit de coherede, non doli eum tantum, sed & culpæ nomine familiæ erciscundæ judicio teneri, quod est de præstationibus personalibus, subjicit, idem servari in collegatario, & in actione communi dividundo: Nam ut coheredes, ita & collegatarios conjunxit ad societ[...]non consensus, non contractus, sed res. Societas voluntari[...] voluntariumve consortium consensu contrahitur: societas necessaria reipsa. Hunc fortuna tacit, illum voluntas nostra, atque conventio. Denique illa est contractus, hæc quasi contractus, *l. 31. & tribus seq. l. 52. §. idem Papinian. l. 63. §. in heredem, pro soc.* Utramque societatem expressit M. Tullius supradicta oratione his verbis: *socius, cui cum te voluntas congregasset, aut fortuna conjunxisset.* Duo exprimit genera societatum, unum quod voluntate contrahitur, alterum quod sorte fortuna, ut cum duobus eadem res legatur, cum duo heredes instituuntur.

AD *§. Si incerto homine.* Ait Paulus, *Si incerto homine legato, &c.* Quod dixit in §. præcedenti, hoc judicio coheredem teneri non tantum, si quid dolo malo commiserit in hereditate, sed & culpæ, id est, desidiæ, & negligentiæ nomine, id sane consequens erat iis, quæ jam ante dixerat in *§. in illa, & §. idem juris*, quod ex facto, sive culpa unius cæteri præstiterint, id ab eo cæteros pro parte consequi actione familiæ erciscundæ, vel cautione interposita officio judicis familiæ erciscundæ. Sed & hoc quoque aliis exemplis declarat esse verum in hoc *§. si incerto homine.* Porro incertum hominem legatum dicit, quem paulo infra hominem generaliter legatum. Ex quo apparet, idem esse hominem, id est, servum incertum legare, & hominem generaliter legare, his verbis, *L. Titio servum do, lego, hominem do, lego*, ut *l. 13. de leg. 1. l. in executione, §. pro parte, de verbor. oblig. l. 6. qui, & à quibus manum.* Legato autem homine generaliter, nisi testator adjecerit, quem heres elegerit, vel quem heredes elegerint, electio est legatarii, maxime si legatus sit per vindicationem, *l. legato generaliter, l. si servus legatus, §. cum homine, de leg. 1. §. si generaliter, Institut. de legat.* Hoc præmisso, singe: L. Titio homo legatus est generaliter, & priusquam eligeret, post diem legati cedentem, id est. post mortem testatoris vita decessit, & legatum transmisit ad heredes. Per unum ex heredibus factum est, dum non vult consentire electioni cæterurum, ut legatum intercideret. Nam jure veteri dissensio heredum, διχονοία, ut hic ajunt interpretes Græci, perimit legatum. Hoc enim plerosque prudentum introduxisse Justinianus scribit in *§. optionis, Inst. de leg.* quasi se ipsa heredes invicem impediant, qui non consentiunt in certum hominem, alio alium eligente, ut *l. quotiens, de usufr. leg. l. itineris, de servit. rustic. præd.* Quod tamen nova ratione Justinianus dirimi voluit, nempe data electione uni heredum, quam ei sors dederit, hanc dissensionem heredum volens, ut fortuna dirimeret, puta sors ducta. At jure veteri ante Justinianum dissensio heredum hoc genus legati perimebat. Cæterum is, per quem factum erat, ut perimeretur legatum, coheredibus culpæ nomine hoc judicio familiæ erciscundæ tenebatur in id, quod interest. Culpa est suam sententiam pertinaciter tueri adversus plures collegas, & socios suos. Ex hoc loco intelligimus, homine generaliter legato, & lagatariu defuncto post diem legati cedentem antequam elegerit, electionem transferri ad heredes ejus. Quod confirmat etiam *lex nec semel, §. pen. quand. dies leg. ced.* Nam & similiter, si legetur *illud, aut illud*, per vindicationem, aut utrum legatarius voluerit nominatim, etiam per damnationem, nullo à legatario electo, decedente eo post diem legati cedentem, ad heredes ejus electio transfertur, *l. illud, aut illud, de opt. leg.* At fingamus ex diverso, hominem generaliter legatum, quem heredes elegissent, fingamus electionem esse heredum, non legatarii. Hoc quoque casu Paulus scribit hoc loco, heredem, per quem factum est, dum non vult consentire in eum hominem, quem cæteri coheredes eligunt, & quem præstari legatario omnibus heredibus expediebat, culpæ nomine coheredibus hoc judicio teneri quanti eorum interest, si ex testamento conventi à legatario, dum homo non præstatur, pluris damnati sint, quam is homo esset, quem præstare parati erant, si eis adsensus fuisset coheres. His adjicit tertium exemplum, in quo culpæ nomine demonstrat hoc judicio coheredem heredi teneri, puta si unus ex heredibus cæteris deliberantibus adierit hereditatem solus, ut potest, *l. 2. si pars hered. pet.* Si ante alios igitur solus per se adierit, & servitutes prædiis hereditariis debitas passus sit non uten-

utendo amitti: nam quemadmodum coheres utendo servitutibus, quæ debentur prædiis hereditariis omnibus heredibus, etiam iis, qui nondum adierunt, eas usurpat, & retinet, *l.5. l.aquam, quemadm. servit. amitt.* Ita non utendo omnibus eas amittit, ut usu omnibus servat, ita inusu omnibus amittit: coheres coheredibus vigilat, & dormit.

AD *§.Si filius.* Sequitur alia quæstio, & satis explicatu difficilis in *§.si filius:* Ut plerumque in jure filius est filiusfamil. nisi quid adjiciatur, sane ita etiam filius hoc loco, id est, filiusfamil. Igitur filiusfam. quasi defensor patris judicium accepit, quod dictabat creditor paternus, atque ita judicio accepto patrem liberavit, ut *l. si pro patre, de in rem verso.* Idque fecit ultro non jussu patris, & condemnatus solvit, corrasa, aut mutuata alicunde pecunia, id, inquam, ultro fecit, non jussu patris: & condemnatus solvit, vel vivo patre, vel post mortem patris, nihil refert, & ex testamento patri heres extitit ex parte tantum, extraneus ex altera parte. Quod patrem liberavit pro eo suscepto judicio, quodque pro patre solvit, id ei pater debuit naturaliter tantum, quia civilis obligatio non consistit inter patrem, & filiumfamilias, quasi versum in rem ejus, & quamvis id solverit suo nomine, non quasi heres, non animo heredis, maxime si solverit vivo patre. Atque iden, quamvis id prima fronte videatur venire non posse in judicium familiæ erciscundæ, quia id non gessit animo heredis, *l.qui erat, §.ult. inf.hoc tit.* tamen ut & in specie *d.legis qui erat*, potest æquius dici, inquit Paulus, in hoc §. quæ verba ponderanda sunt, quoniam refragatur jus summum: Potest, inquit, æquius dici, filiumfam. habere petitionem ejus, quod solvit pro patre, à coherede in judicio familiæ erciscundæ, quia æquius est, ut hoc dicamus: ergo utilem petitionem, non directam, aut certe præceptionem ejus potius, quod solvit, quam petitionem, quia ex naturali obligatione petitio non est (definitio est certissima) sed est tantum præceptio, retentio, reputatio, deductio, etiamsi pro parte sua ipso jure confusa sit obligatio naturalis adquisitione hereditatis patris, qui debitor fuit, *l. 6. C. ad leg. Falcid.* Et serva diligenter, aliud esse petitionem simpliciter, aliud petitionem utilem à coherede in familiæ erciscundæ judicio: Hæc enim petitio nihil aliud est, quam præceptio debiti naturalis. Denique hoc tantum ait Paulus, posse filium id, quod solvit pro patre, præcipere, excipere, eoque excepto, sive præcepto, deinde reliqua bona, cum extraneo coherede partiri. Et hic etiam observandum est, multum interesse, debuerit defuncto coheres, an defunctus coheredi. Nam si defuncto debuit coheres, id venit in petitionem hereditatis, non in familiæ erciscundæ judicium, *l.fundus, qui dotis, §.ult. inf. hoc tit.* Sin vero defunctus debuit, id non venit in judicium familiæ erciscundæ jure recto, quia nomina non veniunt in hoc judicium, ut jam sæpe dixi, sed tamen in judicio familiæ erciscundæ id præcipitur, antequam bona dividantur, quæ distinctio maxime notanda est. Et ita lex 20. *§.1. sup. hoc tit.* ait, filiumfamil. qui patri ex parte heres extiterit, in judicio familiæ erciscundæ præcipere, quasi sibi debitum à patre, quod in rem patris vertit, ut in specie hujus §. proponitur, in rem patris vertisse, nempe creditori paterno solvendo pro patre. Et ita explicandus est hic §.

AD *§.Judex.* Sequuntur alia quædam de officio judicis familiæ erciscundæ, judicem scilicet familiæ erciscundæ nihil debere indivisum relinquere, non debere primum difficultatem communionis augere, aut communionem novam inducere, ut ostendit in hac *l.§.si testator*, & comprobat etiam *lex 16. §.1. hoc tit.* Et nihil indivisum debere relinquere, ac si quid forte indivisum reliquerit, de eo scilicet iterum non agi familiæ erciscundæ, quia hæc actio non iteratur, nisi causa cognita, id est, nisi quæ justa causa de universo jure judicium in integrum restitui postulet, ut *l.8. C.de collat.* Sed de eo, quod judex familiæ erciscundæ indivisum reliquit, agi potest judicio communi divid. *l.2. §.famil. sup. hoc tit. & Paulus 1. sentent. eod. tit.* Item, ut subjicit, judex familiæ erciscundæ si inter coheredes rem dirimat, singulis rebus hereditariis æstimatis justo pretio, ut fit, iisque rebus singulis heredibus adjudicatis in solidum compensatione pretii invicem facta, & eo, cui res majoris pretii adjudicata est invicem certa pecunia coheredi, vel coheredibus condemnato, æqualitatis constituendæ causa, ut *l.Mævius, §. arbiter, inf. hoc tit. l. 3. C. comm. divid.* Quoniam hæc res speciem habet emptionis venditionis, aut certe permutationis, quoniam divisio illa rerum fit: neque enim potest aliter partibus invicem permutatis, *l. cum pater, §. hereditatem, de leg. 2. l.1. C. comm. utr. jud.* Itaque curare debet judex, qui ita rem dirimit factis adjudicationibus inter coheredes, ut invicem sibi caveant de evictione, nisi velint ultro eventum omnem in se suscipere, quod etiam judex communi divid. curat, si adjudicationibus rem finiat, *l.10. §.ult. tit. seq.* Sed etsi id non curaverit judex familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, si non curaverit mutuas cautiones interponi evictionis nomine, evictis rebus, quasi ex permutatione ei, cui evictæ sunt, jure judicioque adversus coheredes competit actio præscriptis verbis, *l. 14. C. eod. tit. l.7. C.commun. utr. jud.*

AD *§. ult. Si pecunia:* Sententia hujus §. ultimi hæc est. Tribus heredibus institutis ex æquis partibus testator uni prælegavit trecenta, quæ extra portionem hereditatis præciperet, quæ exciperet sibi, & præcipua haberet, tum divideret residua bona cum coheredibus. Hoc est, quod vocamus *prælegatum, & præceptionem*, idemque *præcipuum, & excipuum* apud Festum. Eam vero pecuniam cæteri coheredes coheredi, cui prælegata est, cui relicta est per præceptionem, præstare debent, non universam de suis portionibus, sed pro portione hereditaria tantum, quia sunt tres ex æquis partibus scripti, & cui prælegata sunt trecenta, alii duo debent præstare ducenta tantum, id est, singuli 100. non integra trecenta. Et hoc ita obtinuit non tantum, si pecunia sit inventa in hereditate, sed etsi in hereditate nulla sit inventa pecunia, quia non corpus pecuniæ legatum est, sed quantitas. Et in hereditate semper intelligitur esse pecuniæ quantitas, licet ne nummus quidem in ea sit, modo tanti sint alia bona. Tantum quis nummorum habere videtur, quantum potest reficere ex venditione aliarum rerum suarum: ideo valet legatum pecuniæ certæ, etiamsi ne teruncius quidem unus sit in bonis, *l. 12. de leg. 2. l. deducta, §.acceptis, ad Trebell. l.88. de verb. signif.* Et hoc casu, si pecunia non sit inventa in hereditate, officio judicis familiæ erciscundæ congruit, ut distracta re communi, una re hereditaria, vel pluribus, ex pretio inde redacto trecenta pernumerentur ei, cui prælegata sunt, ut *l.seq.* vel ut ducenta tantum à coheredibus de suis portionibus coheredi præstentur, quoniam imputantur ei centum pro parte sua, quæ capit jure hereditario, jure legati capit ducenta tantum, quia legatum consistit in ducentis tantum: pro parte enim ejus, cui legatum est, legatum inutile est: denique prælegati partem capit jure hereditario à semetipso, à coheredibus autem quod capit, jure legati capit, *l.in quartam, ad l. Falcid.* Et hoc idem Paulus eleganter scripsit 3. *sentent. in princip. tit. de legat. per præceptionem*, inquit, *uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio judicis familiæ erciscundæ à coheredibus præstabuntur.*

Ad L.XXVII. Fam. ercisc. *In hoc judicio condemnationes, & absolutiones in omnium persona faciendæ sunt: & ideo si in alicujus persona amissa sit damnatio: in cæterorum quoque persona, quod fecit judex, non valebit: quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.*

HÆC lex est difficilis, ut & 29. Judicium familiæ erciscundæ mixtam causam habere videtur, quoniam constat ex rebus, de quibus erciscundis agitur, & ex præstationibus, quæ sunt personales actiones, *l. 22. §. pen. hoc tit.* Hæc *l.* 27. sit ne de rebus, an de præstationibus, an de utroque ambigitur, & mirum in modum disceptatur, sive controvertitur inter Doctores de eo, quod in ea definitur, sententiam judicis pro parte valere posse, & pro parte non valere, quoniam hoc videtur absurdum. Quidni enim

possit

Digitized by Google

possit sententia partim esse justa, partim injusta? Et ut tollatur omnis scrupulus diligenti cura nobis inquirendum, quis sit sensus hujus l. & id potissimum sit ne de rebus, an de præstationibus. Dicimus autem hanc legem esse non de rebus, sed de præstationibus. Si esset de rebus, ita esset scripta, *in hoc judicio adjudicationes, & condemnationes in omnium persona*, &c. Quoniam adjudicationes præcedunt, condemnationes sequuntur. Et ita quoque est scriptum, adjudicationes, & condemnationes in *l. 36. hoc tit. & l. 2. sup. tit. prox.* At quia hæc lex est de præstationibus personalibus, ita scripta est: *in hoc judicio, condemnationes, & absolutiones, καταδίκαι ϰ̓ ἀπολύσεις*, in Basilicis, quia condemnandi, & absolvendi ordo non est, & omissa adjudicationum mentio satis indicat, non de rebus, quoniam eæ adjudicantur, sed de personalibus præstationibus tantum hanc l. esse. Puta si quid coheres dolo, aut culpa in hereditate commiserit, ut id coheredi, vel coheredibus pro parte eorum præstet, vel eo nomine caveat, si quid impenderit in hereditate, ut id ei coheredes pro suis partibus præstent: si quid ei prælegatum sit, ut id ei æque coheredes pro partibus suis præstent; si is solus fructus fundi hereditarii perceperit, ut id pro parte coheredibus præstet. Quibus ex causis, & similibus incurrunt in hoc judicium tales præstationes innumeræ. Si mutuæ petitiones sint inter coheredes in judicio fam. ercisc. judex debet de omnibus una sententia pronuntiare, vel condemnato eo, à quo petitur, vel absoluto, quia ut Paulus ait hoc loco, non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere. Quod ita exaudiendum est, unum judicium non posse scindi in partes, ut *l. 41. inf.* non posse scindi in partes, ita ut de ea re, quæ in judicium venit, partim judicetur, partim non judicetur, non posse rem in judicium deductam judicari pro parte, nec rem judicatam valere posse in partem tantum, de qua pronuntiatum est, in partem autem omissam non valere: sed quæ causa tota in judicium deducta est, & totam sententia judicis dirimi debere. Hoc est, quod dicitur, *plenam esse debere sententiam judicis*, & exemplo judicis arbitri compromissarii, *l. 19. §. 1. de recept. qui arbit. recep.* non videri dictam sententiam, nisi omnes controversias finierit, de quibus compromissum, quæve in judicium convenerunt, & *l. 2. & 3. C. Theodos. de sent. ex peric. recit.* legibus contineri, ut in omnibus negotiis ex periculo, id est, ex libello, ex scripto, promatur deliberationis plena sententia, & in proferenda sententia judicem jurgantibus ad plenum (inquit) recensere debere, quidquid negotii fuerit illatum. Et D. Augustinus *Breviculi contra Donatistas collatione 3. legibus*, inquit, *judex prohibetur semiplenam proferre sententiam*. Quod ait Paulus, *res judicata*, belle convenit cum eo, quod dixerat initio, condemnationes, & absolutiones. Nam res judicata est, quæ vel condemnatione, vel absolutione constat, *l. 1. de re jud. l. 3. C. de sentent. & interloc.* Ergo, ut Paulus ait, in omnium persona, qui inter se acceperunt judicium fam. ercisc. à judice condemnationes, & absolutiones faciendæ sunt. Et ideo si in alicujus persona omissa sit condemnatio, in cæterorum quoque persona, quod fecit judex non valebit. Hæc sunt verba Pauli, secundum quæ & quod subjicit necessario interpretari debemus. Quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere, id est, non potest pars omitti, & pars judicari: imo propter omissam partem, pars judicata pro non judicata est. Hic est sensus hujus legis, & vel totiens repetita personarum mentio, *in omnium persona, & ideo si in alicujus persona omissa sit condemnatio, & in cæterorum quoque persona, quæ fecerit judex, non valere:* vel, inquam, toties inculcata personarum mentio indicat, hanc legem esse de præstationibus personalibus, non de rebus. Si igitur, ut hoc fiat exemplo dilucidius, quatuor sint heredes, 1. 2. 3. 4. qui inter se agant familiæ erciscundæ: & primo, qui impensas utiles, necessariasque in hereditatem fecit, secundus & tertius eo nomine damnati sint pro suis partibus impensas sarcire, quartus non sit condemnatus, quarti damnatio omissa sit, sententia non valet, quia non est plena. Et hæc de præstationibus personalibus. De rebus, id est, de hereditate dividenda, ju-

A dex addictus, ut loquitur *l. debitor, §. ult. ad Trebell.* vel de communi re, communibusve rebus dividendis, nihil quidem debet judex indivisum relinquere, *l. 25. §. judex, hoc tit.* Sed si quid forte indivisum reliquerit, non ideo minus valet cæterarum rerum divisio. Potest autem agi communi divid. de re, quæ indivisa remansit, *l. 20. §. famil. hoc tit. l. 4. §. hoc judicium, tit. seq.* Nihil etiam debet judex, si hac via uti velit indivisum relinquere, sed singulis singulas res adjudicare debet, æstimans justo pretio, *l. 3. comm. divid.* At si quid forte omiserit, non ideo certe minus rata distributio, & adjudicatio cæterarum: plena est sententia, etiam si qua res indivisa, vel inadjudicata relicta sit, quia & non res singulæ specialiter in judicium venerant, sed generaliter tantum res hereditariæ, resve communes: cæterum plena non est sententia, si de omnibus præstationibus personalibus, B quæ specialiter in judicium venerunt, quasque à se invicem hoc judicio coheredes petierunt, judicatum non sit, & ideo non valet. Plena est, si de rebus hereditariis judicatum sit, de quibus, etiam actum est generaliter non specialiter, quamvis forte fortuna quædam res omissa sit, de qua divid. postea integrum est agere communi divid. Plena est, & integra sententia, ut omnia submoveantur, quæ in hanc rem adferri possunt, quæ fertur inter duos, qui omissis cæteris coheredibus soli inter se acceperunt judicium fam. ercisc. aut communi divid. Quia inter eos, inter quos cœptum judicium est, ad plenum rem dirimit, nec curæ debet esse judici jus cæterorum, qui eum non adierunt, *l. 2. §. dubitandum, hoc tit. l. coheredibus, C. eod. tit. l. 8. in princ. tit. seq.* Plena utique est sententia, qua judex famil. ercisc. nihil indivisum reliquit, etiamsi quid diviserit, quod dividi C non debuerit, aut non potuerit, ut si libertos defuncti inter heredes diviserit, quorum divisio nulla est, quia liberti non sunt in hereditate, non sunt in bonis defuncti, *l. quædam, inf. h. t.* quæ repetita est *in l. ult. de jure patr.* Liberi homines non sunt in hereditate, imo nec locupletior esse videtur, qui libertos habet, *l. nemo prædo, §. 1. de reg. jur.* Potest sententia pro parte valere, pro parte non valere. Quidni? Ut in hac specie, in qua divisio libertorum non valet, divisio cæterarum rerum valet. At semiplena esse non potest, id est, qua de re judicat, de ea debet ad plenum judicare. Hæc lex hoc tantum dicit, aut sentit, plenam esse debere sententiam judicis, id est, nullam omitti partem, nullam præstationem personalem, id est, nullam personam eorum, qui inter se judicium acceperunt. Sed non negat, quin sententia plena possit pro parte valere, pro parte non valere. Atque D adeo etiam receptum est, à judice, ad quem appellatum est, pro parte confirmari, pro parte infirmari sententiam prioris judicis posse, *cap. dilectus, ext. de præbend. c. cum Joannes, ext. de fid. instrum. cap. Rainaldus, ext. de testam.* Quod etiam Doctor. vulgo colligunt ex *d. l. quædam, hoc tit. & d. l. ult. de jure patron.* sed non satis apte, verum coacte nimis, quia in specie earum legum, quæ est eadem, mulier, quæ appellarat ad principem, postea mutata sententia proponitur consensisse divisioni à judice factæ, & revocasse appellationem, quod potest, *l. 28. C. de appellat.* Olim intra triduum poterat revocari appellatio, post oblationem libelli appellatorii facta judici, ad quem appellatum erat, *l. 56. C. Theod. de appella.* Hodie jure Pontificio revocari potest appellatio, aut debet ante oblationem libelli. Post oblationem libelli non revocatur appellatio, *cap. 10. de E elect. in 6.* Moribus autem Galliæ appellatio quandocunque revocari potest, antequam de causa appellationis judicatum sit, quod *d. l. 28.* innuere videtur, quæ huic rei finem nullum imponit, & ratio hoc suadere maxime videtur: quia damnati causa, & gratia hoc lex dedit, ut posset appellare. Ergo huic auxilio, sive commodo quandocunque potest renuntiare re integra, antequam judicata sit à posteriore judice, ad quem appellatum est. Qua de causa & conventione partium huic commodo renuntiatur, *l. ult. §. ult. C. de temp. appellat.* Et confessione nuda si quis ante sentent. profiteatur se non provocaturum, *l. 1. §. si quis, à quibus appell. non lic.* Proponitur ergo in *d. l. quædam, & l. ult.* mulier renuntiasse appellationi, & consensisse divisioni factæ à priori judice, sed postea extra ordinem

Principem convenisse, allegando ipso jure nullam fuisse divisionem. Nam etsi ab appellationis auxilio submota fuerit renuntiatione, sive revocatione, non ideo confirmata est sententia judicis, sed causa ex integro agi potest apud principem, *l. si expressim, de appellat.* Et cum hoc allegaret mulier, ipso jure nullam esse divisionem à priore judice factam, tum princeps pronunciavit divisionem tantum libertorum nullam esse ipso jure: non improbavit cæterorum divisionem. His addamus plenam quoque esse sententiam judicis, si unius litis fuerint plura capita nihil sibi communia, plura capita, quæ invicem non cohærebant, & de uno capite separatim judex pronuntiaverit, dilata cæterorum disceptatione: nam & ita Justinianum in *l. ult. C. de sent. & interloc.* quæ est constitutio Græca à me ex Basilicis restituta jampridem, eam sententiam, quæ de uno capite, aut membro litis fertur, vocat τελείαν ἀπόφασιν, id est, *plenam sententiam*. Ad id pertinet etiam *lex pen. §. pen. de reb. cred.* & hæc adnotasse ad hanc legem satis est: lex 29. longe difficilior est.

Ad L.XXIX. Fam. ercisc. *Si pignori res data defuncto sit, dicendum est in fam. erciscundæ judicium venire: sed is, cui adjudicatur, in familiæ erciscundæ judicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederat: quia pro eo erit, ac si hypothecaria, vel Serviana actione petita litis æstimatio oblata sit: ut & is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque, si is heres, cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adjudicatio enim necessaria est, emptio, voluntaria: nisi si objiciatur creditori, quod animose licitus est, sed hujus rei ratio habebitur: quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: & ejus, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.*

ET sane negari non potest, quin ea lex sit mendis, & inani fuco glossarum, & interpretum respersa, quem memini me jampridem excussisse, non sine molestia, & mea, & auditorum. Nam refutare ineptas objectiones insuave est: ideo nunc satis habebo, si verum sensum h. l. tradidero. Sciendum est, rem creditori pignori datam, defuncto eo pluribus relictis heredibus venire in judicium familiæ erciscundæ, non quidem ut dividatur, quia res aliena, qualis ea est (neque enim decedit dominio debitoris, qui eam pignori dedit) Res, inquam, aliena inter coheredes dividi non potest, sed ut alicui heredum in solidum adjudicetur, quo modo etiam venit in judicium communi divid. *l. 7. §. inter eos, tit. seq.* Verum si, exempli gratia, duo sint heredes, & uni in solidum ea res adjudicata fuerit, quæ defuncto pignori data erat, is vicissim coheredi damnari debet ut præstet, non partem justi pretii, quanti ea res est, sed partem ejus pecuniæ, quæ sub eo pignore debita fuit defuncto, & nunc debetur coheredibus pro portionibus hereditariis. Et hoc quidem ita recte Accursius interpretatur ex *d. §. inter eos.* Judex igitur familiæ erciscundæ pignus totum uni adjudicare potest, ea tamen lege, ut is coheredi solvat partem debiti pro portione ejus hereditaria: nec si ita coheredi solverit eam partem debiti, potest ab eo desiderare, cui solvit partem debiti, ut totum pignus habeat: adjudicationis jure non potest ab eo desiderare, ut sibi satisdato caveat de indemnitate, puta ut caveat se, heredemque suum defensum iri, & indemnem damno servatum iri, si postea eandem rem, quæ sibi adjudicata est, ab eo debitor repetat, reposcat actione directa pigneratitia, quæ datur debitori de pignore suo reciperando. Cur non potest hanc cautionem à coherede desiderare, cui solvit partem pecuniæ debitæ? nempe, quia nemo supervacua satisd. onerandus est, *l. hæc stipulatio, ut legat. nom. cav.* vel eo maxime, quod fidejussores sint inventu difficiles, & perquam molesta perquisitio eorum, *l. omnes, §. præterea, C. de Episc. & cler.* Et supervacuum est, coheredem, cui res defuncto pignerata adjudicata est, à coherede, cui pro parte solvit pecuniam debitam, exigere cautionem de indemnitate adversus debitorem, quum debitor non possit ab illo cum effectu rem, quam pignori defuncto dedit, repetere, nisi oblato omni debito, *l. si rem, §. omnis, de pigner. act.* quoniam eam rem debitori repetenti directa pigneratitia, nec offerenti omnem pecuniam obstat exceptio doli mali, ut Paulus demonstrat hoc loco. Idem servatur hoc casu, quod cum creditor egit hypothecaria, sive Serviana actione cum extraneo pignoris possessore, & ab eo litis æstimationem, id est, pecuniam sibi debitam abstulit: neque enim possessori cavere debet de indemnitate in hunc casum, videlicet si forte postea eandem rem à possessore debitor vindicet: vindicationem debitor habet adversus possessorem, non pigneratitiam actionem, quia cum eo pignus non contraxit: sed & quia eam rem ab eo debitor vindicare non potest, nisi oblato omni debito, quod pro eo possessor creditori solvit, in cujus locum successisse intelligitur, quoniam vindicanti, nec offerenti debitum obstat eadem exceptio doli mali: possessor securus est, qui eam exceptionem habet, nec est quod timeat sibi quidquam à debitore, quodve sibi adversus cum supervacua cautione prospici desideret, qui satis tutus est exceptione doli mali, beneficio exceptionis doli mali, ut aperte ostenditur in *l. si creditor, de pigner. & l. 2. quibus mod. pig. vel hypoth. solv.* Ait hoc loco Paulus, hypothecaria, vel Serviana actione, ut & *l. 4. §. si quis autem, de doli except. & l. 3. §. est autem, ad exhib.* Hypothecaria, vel Serviana: duplex est unius actionis appellatio, non duæ, sed una his verbis notatur actio, quæ & pigneratitia in rem dicitur, *d. §. inter eos.* Alia est pigneratitia in rem, quæ proprie hypothecaria vocatur, sive Serviana, alia est pigneratitia in personam, quæ duplex est, directa, quæ debitori datur, contraria, quæ creditori. At contra, ut sequitur in hac lege, si coheres, cui pignus adjudicatum est, id debitorem velit reluere, vid. pecunia omni soluta, quæ luitio pignoris individua est, *l. rem, de evict. l. 25. §. idem juris, in fin. h. tit.* Luitio pignoris est individua, id est, in partem fieri non potest, pignus in partem liberari, in partem nexum teneri non potest: Si, inquam, coheres, cui pignus adjudicatum est, id velit debitorem reluere, atque eo modo ultro se paratum esse dicat totum pignus ei reddere, quamvis debitor nondum velit pignus luere, audiendus est, instituta adversus debitorem contraria actione pigneratitia, quæ hoc loco significatur hoc articulo, *Contra*, ut & alias his articulis, *ex diverso, ex contrario,* significatur actio contraria, *l. 2. & ult. de neg. gest.* Instituta, inquam, adversus debitorem contraria actione pigneratitia in hoc, ut pignus totum recipiat, & solvat totum debitum, denique ut pignus luat. Cyrillus εἰς τὸ ἀναρρύσασθαι ὅλον τὸ ἐνέχυρον. Quod notandum est: glossæ enim aliter accipiunt hæc verba: *Si velit totum reddere*, nempe de debito ea accipiunt: qui sensus non congruit rei propositæ, cum sint accipienda de toto pignore, de utraque parte, ut hic sit sensus: coheredem, cui pignus adjudicatum est, ultro posse agere adversus debitorem contraria pigneratitia actione, oblato ei toto pignore, ut id luat, exsoluta omni pecunia. Quod & hodie fit sæpissime, debitore scil. nimium morante in solutione per judicem compulso pignus luere, & recipere. Ergo ei, cui officio judicis familiæ erciscundæ pignus adjudicatum est, soluta coheredi parte debiti hereditaria, non tantum damus exceptionem doli adversus debitorem, qui directa pigneratitia agit reciperandi pignoris causa, nec offert totum debitum, sed cessante debitore, etiam ei, cui pignus adjudicatum est, damus actionem, qua ultro interpellat debitorem, ut pignus luat soluta omni pecunia, quæ tamen nulla datur possessori, qui litis æstimationem creditori præstitit adversus debitorem, quia nihil cum debitore contraxit, sed debitore tantum ab eo vindicante pignus, ut dixi sup. neque ei reddente litis æstimationem, quam subiit ejus vice, tueri se potest exceptione doli mali. Et hæc quidem ita se habent, si, ut posuimus, uni ex heredibus officio judicis fam. ercisc. pignus adjudicatum sit. Aliud enim dicendum est, ut & in hac l. Paul. demonstrat, si pignus ei non sit adjudicatum in solidum, si alteram partem pignoris à coh[...] non emerit per adjudicationem, ut loquitur *l. 7. §. pen. tit. seq.* sed si sua spon-

ſponte non interveniente judice alteram partem pignoris à coherede emerit ſoluta ei parte debiti, ut totum pignus penes ſe haberet. Hoc enim caſu, quia ſua ſponte acceſſit ad emptionem alterius partis, non habet actionem, qua debitorem pignus repignerare, ſive reluere compellat, ſed habet tantum exceptionem doli mali, ſi debitor pignus repetat ab eo, & non offerat debitam quantitatem. Et hoc eſt, quod ait Paulus: *non idem dici poteſt, ſi alteram partem creditor emerit:* creditorem vocat unum ex heredibus qui creditori ſucceſſit. Et qui alteram partem pignoris ſua ſponte à coherede emit, ut haberet totum: heres creditoris creditor eſt. Differentia igitur hac in re eſt inter adjudicationem, & emptionem: Nam ſi uni ex heredibus pars altera coheredis, atque adeo totum pignus adjudicatum ſit, ultro poteſt agere adverſus debitorem, ut ſolvat pecuniam debitam, quam pro parte coheredi ejus nomine prorogavit, ut pignus totum recipiat, id eſt, ut pignus luat. At ſi ſua ſponte à coherede etiam pignoris partem emerit, non æque poteſt agere adverſus debitorem, ut pignus luat. Et ratio differentiæ inter adjudicationem, & emptionem hæc eſt: Quia etſi adjudicatio habeat ſpeciem emptionis, propterea quod res, quæ adjudicatur, æſtimatur, & viciſſim is, cui adjudicatur, coheredi damnatur in pecuniam certam, atque adeo & ei, cui adjudicatio fit, cavetur de evictione quaſi emptori, *l.25.§.pen. hoc tit.* nam & ut ante dixi, dicitur emere per adjudicationem, non emere ſimpliciter, tamen neceſſaria ea emptio eſt, atque coacta, quatenus fit officio judicis fam.ercisc. Emptio ſimplex, quæ ſeparatur ab adjudicatione, eſt voluntaria, & ideo ei, qui emit imputari poteſt, quod ſua ſponte emerit, nimirum objecturo debitore, ſi adverſus eum emptor experiatur contraria pigneratitia in hoc, ut debitor pignus luat, cui forte nondum eſt operæ id luere. Cur emiſti alteram partem? nemo te ad eam emendam compellebat, hoc tibi ipſe intrivisti. At qui coactus emit cogente arbitrio judicis, idem ei imputari non poteſt, præterquam uno caſu, quem etiam notavit Paulus in hac lege, quo etiam ei, cui pignus adjudicatum eſt, denegabitur contraria actio pigneratitia, ſi debitori velit pignus reddere, debitor id nondum velit recipere. Caſus hic eſt, ſi ut pignus totum penes ſe haberet, animoſe licitus ſit, Baſil. *εἰ μὴ ἄρα ὑπὲρ τὸ δέον ὑπερθεματίσειν:* ſolebat judex ei, qui rem plus æſtimaſſet, qui pluris licitus fuiſſet, eam rem addicere, *eſtrouſſer*, adſignare, adjudicare in ſolidum. Liceri eſt pretium ponere, pretium facere, vel pretio, quod alter fecit ſupra aliquid addere, *l.arbor, §.de veſtibulo, tit.ſeq.* Et initio ait, *liceri*, & paulo infra, *pretium facere:* ſolebat, inquam, judex, qui adjudicationibus factis inter coheredes litem dirimere, & communionem diſſolvere parabat, ei, qui pluris rem licitus eſſet, eam eo pretio æſtimatam adjudicare. Quod ſi quis forte heredum animoſius, ſi immoderatius rem defuncto creditori pignori datam licitus ſit, ſi inſanierit, ut alii auctores loquuntur, quum calorem licitantis exprimere volunt, qui emptionem, aut locationem ſupra modum *inflavit*, ut loquitur *lex locatio, de publican.* & judex ei eam rem adjudicaverit, ab eo in licitatione coherede ſuperato, tunc ſane, quia nimis pronum animum habuit ad integrum pignus obtinendum, ei imputari poteſt, quod nimis incaluerit in licitando. Atque adeo, ſi velit pignus ſibi adjudicatum, poſtea debitori reddere, & eo nomine agere contraria pigneratitia, invito debitore non audietur. Exceptio tamen ſupradicta ei non denegabitur adverſus directam actionem pigneratitiam. Et hoc eſt, quod Paulus ſignificat, dum ait, *niſi ſi objiciatur creditori, quod animoſe licitus fuerit:* quæ verba ſunt coaptanda, non proximis, ſed his, quæ ſunt paulo ſupra, *audiendus eſt*, ut ſit audiendus, niſi ſi objiciatur creditori, quod animoſe licitus fuerit. Sed hujus rei, ut ſubjicit, id eſt, animoſæ licitationis ratio habebitur: animoſa licitatio, & inſania propria ei imputatur. Atque adeo is, cui animoſe licitanti pignus adjudicatum eſt, comparabitur hac in re voluntario emptori, nec ultro inſtituta contraria actione pigneratitia poterit compellere debitorem, cujus negotia nondum ferant, ut pignus luat, ad luendum pignus. Hæc eſt mens Pauli. Cæterum in ejus ſcripto ſunt periodi interciſæ, nec admodum inter ſe aptæ ſunt, ſed veluti ſcopæ quæ iam diſſolutæ, qui mos ſcribendi Paulo amicus, & familiaris eſt, & facit ſæpe, ut is obſcurior cæteris eſſe videatur. Tandem vero in extremo concludit Paulus, quod creditor egit, id eſt, unus ex heredibus defuncti creditoris, qui & ipſe creditor eſt: quod ergo unus ex creditoribus in pignore egit, pro eo habendum eſſe, atque ſi id procurator debitoris egiſſet. Nam & hic creditor ſolvendo coheredi ſuo pro debitore partem, quæ contingit debitorem, ſuam nempe hereditariam, quaſi voluntarii procuratoris officio fungitur. Ut autem, quod propter neceſſitatem procurator impendit pro domino negotiorum, vel negotii, id ab eo repetit contraria mandati, vel contraria neg. geſt. Ita & hic heres creditoris, quod propter neceſſitatem adjudicationis præſtitit coheredi pro debitore, id etiam ultro repetit à debitore actione contraria pigneratitia, non ut gloſſæ tentant, neg. geſt. quia propter ſuam partem, & ſui cauſa potiſſimum id fecit, ut totum pignus haberet, & coactus, ut dixi, neceſſitate adjudicationis. Ergo ea res non venit in contrariam actionem neg.geſt. ſed in contrariam pigneratitiam. *Ait ejus, quod propter neceſſitatem impendit, etiam ultro eſt actio creditori*, id eſt, coheredi, cui pignus adjudicatum eſt, etiam *ultro*, id eſt, ea actio ei eſt etiam non laceſſito actione directa pigneratitia. Contraria actio moveri poteſt ſine principali, id eſt, ſine directa *l.in commod. §.1. commod.* Ut item ſi procurator ſe animoſius geſſerit in licitando. ſua ei inſania imputatur, non domino, nec eo nomine competit contraria actio mandati, vel neg. geſt. Ita & ſi unus ex heredibus rem defuncto pigneratam animoſius licitus ſit, id ei imputabitur, non debitori, & conſequenter non poterit ultro provocare debitorem, & agere contraria pigneratitia, ut pignus luat, ſed tamen adverſus agentem debitorem directa pigneratitia poterit ſe tueri ex exceptione doli mali, niſi debitor ei refundat omnem pecuniam, quam defuncto debuit, cujus partem jam coheredi prorogavit.

Ad L. I. Communi divid. *Communi dividundo judicium ideo neceſſarium fuit, quod pro ſocio actio magis ad perſonales invicem præſtationes pertinet, quam ad communium rerum diviſionem. Denique ceſſat communi dividundo judicium, ſi res communis non ſit.*

RESTANT 3. leges ex hoc libro, quæ ſunt in *tit.comm.divid. lex 1.8. & 10.* In l. 1. oſtenditur actionem communi divid. quæ redditur inter ſocios, hoc diſtare ab actione pro ſocio, quæ etiam redditur inter ſocios, quod actio pro ſocio ultro citroque ex utroque latere pertineat ad perſonales præſtationes, id eſt, quod ſit actio in perſonam tantum, non in rem. *Magis*, inquit, *ad perſonales invicem præſtationes pertinet*. Ubi *magis*, quod nec Accurſius ignoravit, accipitur *πιθανῶς*, non *συγκριτικῶς*. Actio autem communi dividundo pertinet etiam ad communium rerum diviſionem, hoc eſt, non tantum eſt de perſonalibus præſtationibus, ſed etiam de rebus. Denique miſta eſt actio, tam in rem, quam in perſonam: vel potius actio in rem, quæ tamen admittit perſonales præſtationes, id eſt cauſas pendentes ex re communi, vel ex rebus communibus, ut ait *l.inter coheredes, in princ. ſup.tit.prox.* Et ideo ſi nulla res communis ſit, ceſſat actio communi dividundo, *l.9. comm. utr. jud.* Denique ſi parte fundi petita rei vindicatione, judicatum ſit fundum non eſſe communem, poſtea eidem agenti communi divid. obſtat exceptio rei judicatæ, *l.8. de except. rei jud.* quia ubi res communis non eſt, ceſſat actio communi divid. Eademque ratione, ſi agatur communi dividundo, & fundus negetur eſſe communis, prius conſtare debet fundum eſſe communem, petita parte fundi, quam præcedat judicium communi divid. *l. 18. de except.* Neque huic ſententiæ obſtat, quod etiamſi res communis eſſe deſierit in rerum natura, ſi interierit, vel ſi unus ex ſociis partem ſuam alienaverit, quibus modis plane deſiit eſſe communis, tamen inter eoſdem, inter quos ante fuit communis, datur utilis actio communi divid. de perſonalibus præſtationibus, *l.6. in princ. l.7. l.11. hoc tit.* Sed hoc ideo, ut reſpondeam, quia hæ cauſæ, ſive perſonales præſtationes pendent ex re communi, id eſt, ex re, quæ fuit com-

communis. Hæ causæ sunt appendices rei communis, reli quiæ rei communis sunt. Et aliæ sunt differentiæ inter actionem pro socio, & communi dividundo. Hæc est quasi ex contractu, illa ex contractu societatis. Hæc non est famosa, quia potius in rem actio est, & nulla actio in rem est famosa, vel esse potest famosa, cum non in personam detur. Illa autem actio pro socio proculdubio est famosa, & turpis. In actionem communi divid. nomina non veniunt, quia ipso jure divisa sunt ex 12. tab. pro portionibus, quæ cuique competunt: In actionem pro socio non corpora tantum veniunt, sed & nomina, *l. si actum, pro soc.*

Ad L.VIII. eod. *Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest.*

Ad §. Si incertum sit, *an lex Falcidia locum habeat inter legatarium, & heredem communi dividundo agi potest: aut incertæ partis vindicatio datur. Similiter fit, & si peculium legatum sit: quia in quantum res peculiares diminuit id, quod domino debetur, incertum est.*

Ad §. Venit *in communi dividundo judicium etiam, si quis rem communem deteriorem fecerit: forte servum vulnerando, aut animum ejus corrumpendo, aut arbores ex fundo excidendo.*

Ad §. Si communis *servi gratia, noxæ nomine plus præstiterit: æstimabitur servus. & ejus partem consequetur.*

Ad §. Item *si unus in solidum de peculio conventus, & damnatus sit, est cum socio communi dividundo actio, ut partem peculii consequatur.*

IN principio h. l. ostenditur, si plures sint socii, qui rem communem habeant, inter pauciores ex pluribus accipi posse judicium communi divid. ut scil. inter eos res communis dividatur: inter eos autem, & cæteros communis remaneat, quod servatur etiam in judicio familiæ ercisc. quod ex pluribus heredib. inter pauciores accipi potest, *l. 2. §. dubitandum, fam. ercisc.* Hoc quemadmodum fieri possit, valde disputatur ab Acc. & interpretibus. Sed nihil est facilius, ut pauciores rem communem dividant, cæteri non dividant. Nam hoc fit salvo jure, salvaque parte cæterorum pro indiviso in re communi, vel in singulis rebus communibus, si plures sint, quam, quasve pauciores inter se diviserint. Et fit etiam hoc sæpe inter pauciores diu nimis absentibus cæteris, *l. coheredibus, C. fam. ercisc.*

AD *§. Si incertum.* Sequitur in *§. 1.* Judicium communi dividundo, provocante legatario accipi posse inter legatarium, & heredem, ut inter eos res legata dividatur, si lex Falc. intervenire videatur, quæ minuit legata, ut inquam, dividatur pro dodrante, & quadrante: dodrans legatario, quadrans heredi assignetur. Et hoc ita fit, ut hac de re agatur judicio communi divid. non quidem, si certum sit legem Falc. locum habere, quia tunc ipso jure, id est, lege Falc. res legata dividitur inter heredem, & legatarium pro dodrante, & quadrante. Sed si sit incertum, an lex Falc. locum habeat, ut sc. hoc liqueat, hoc fiat certum arbitrio judicis communi divid. Et si cognoverit legem Falc. intervenire, jubeat eos inter se rem dividere, ex l. Falc. pro dodrante, & quadrante. Incertum sæpe est an lex Falc. locum habeat propter incertam rationem æris alieni, qua subducta demum habetur ratio legatorum, & legis Falc. *l. 1. §. si autem, si cui plus quam per leg. Falc.* vel etiam, inquit, Paul. isto casu incertæ partis vindicatio datur, communi scil. divid. actio legatario datur, si legatarium heres non negat esse legatarium, incertæ autem partis, puta dodrantis vindicatio legatario datur, si legatarium heres negat esse legatarium, sicut fam. ercisc. judicium datur ei, quem adversarius non negat esse coheredem. Petitio autem hereditatis, quæ & ipsa vindicatio est, datur ei, quem adversarius negat esse coheredem. Et est hoc casu petitione hereditatis agendum, priusquam familiæ ercisc. Ac similiter rei vindicatione priusquam communi divid. *l. 1. sup. tit. prox.* Eadem ratio intervenit, si peculium servi sui testator alii legaverit, quoniam & hoc legatum etiam cessante Falc. proprio quodam jure minuitur, nimirum ex rebus peculiaribus, deducto eo, quod domino, id est, testatori debebitur, & nunc debetur heredi ejus, quod quantum sit si ignoretur, si incertum sit, legatario cum herede est actio communi dividundo, ut ea de re liqueat apud arbitrum, aut vindicatio incertæ partis secundum supradictam distinctionem. Et notandum, quod Paulus hic statuit, duo esse genera minuendi legati. Vel enim minuitur leg. Falc. vel habita ex peculio legato deductione ejus, quod domino debetur, vel conservis, vel liberis ejus domini. Dixi autem utroque casu, sive lex Falc. rem legatam, sive quod domino debetur, peculium legatum minuisse dicatur, legatario dari posse judicium communi dividundo, legatario provocante posse accipi judicium communi dividundo inter legatarium, & heredem. Dixi, inquam, legatario dari, non heredi, legatario provocante, non herede, quia heres ipse ultro hoc judicio provocare legatarium non potest, quia retentionem tantum, & deductionem Falc. habet secundum jus, quod semper obtinuit ante Justinianum, non vindicationem. Hodie ex constitutione Justiniani, quia & habet Falcidiæ vindicationem heres, proculdubio poterit etiam ipse provocare legatarium judicio communi dividundo, sed non eo jure, quod ante Justinianum obtinuit, quia heres habuit tantum retentionem Falc. non petitionem, non vindicationem Falc. qua de re adi observationem 8. cap. 2. & ejus similiter, quod defunctus servus debuit, quasi debiti naturalis, neque enim servus domino obligatur civiliter, sed naturaliter tantum, retentionem heres tantum habet, non petitionem. Ex naturali obligatione retentio est, non petitio, & qui retentionem tantum habet, non vindicationem, hoc judicio, id est, communi dividundo, quod præcipue pro rei vindicatione est, experiri non potest, *l. 14. §. 1. hoc tit.* quod maxime notandum est.

AD *§. pen.* Sequitur in h. l. Venire in judicium communi dividundo, quod est de præstationibus personalibus, quod socius dolo malo, aut culpa in re communi admisit: ut si servum communem vulneraverit, aut fustibus debilitaverit, si ejus animum corruperit, si arbores fundi communis exciderit. Quo exemplo etiam Cajus utitur in actione finium regundorum, quæ & ipsa non tantum est de rebus, sed & de personalibus præstationibus, *§. pen. Instit. de offic. jud.* Et procedit idem exemplum etiam in actione fam. ercisc. Et notandum eodem nomine, puta quod socius rem communem deteriorem fecerit, socio in socium competere actionem legis Aquil. *l. 10. h. t.* vel actionem servi corrupti, si servi communis mores corruperit, *l. 9. de ser. corr. l. 10. de nox. act.* Hæ actiones, puta legis Aquil. vel servi corrupti hujus facti pœnam, & rem persequuntur: actio communi divid. persequitur tantum rem, sive id, quod interest.

AD *§. ult.* Pertinet etiam ad personales præstationes, quod idem Paul. tradit in *§. ult.* Si servi communis nomine unus ex sociis ex delicto servi communis conventus noxali judicio litis æstimationem præstiterit, noxæ æstimationem, quum expediebat servum potius noxæ dedere, quod forte æstimatio litis longe superaret pretium servi, eum, qui plus præstiterit, quam sit in pretio servi, actione communi divid. à socio consecuturum, non quidem partem totius, quod præstitit, sed partem tantum pretii quanti servus est, pro quo præstitit integram litis æstimationem, ut in *l. 17. de nox. act.* Contra si ex maleficio servi communis conventus unus ex sociis actione noxali, litis æstimationem præstiterit, cum hoc expediret, quod servus esset pretiosior, tunc totius æstimationis, quam præstitit, hoc judicio partem à socio consequetur, ut in *l. 25. §. si unus, sup. tit. prox.* Item si servi communis nomine, unus ex sociis conventus actione de peculio ex contractu servi integram debiti quantitatem præstiterit, pari ratione eum pro parte peculii, aut sane peculii partem à socio consecuturum judicio communi dividundo, ut *l. & ancillarum, §. ult. de pecul.* Hæc omnia sunt de præstationibus, ad quas etiam pertinet quod est initio legis decimæ.

Ad L.X. eod. *Item quamvis legis Aquiliæ actio in heredem non competat, tamen hoc judicio heres socii præstet, si quid defun-*

functus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliæ actio nascitur.

Ad §. Si usus tantum noster sit, qui neque venire, neque locari potest: quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo judicio, videamus. Sed prætor interveniet, & rem emendabit: ut, si judex alteri usum adjudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non utiquasi plus faciat qui videtur frui: quia hoc propter necessitatem fit.

Ad §. In communi dividundo judicio, justo pretio rem æstimare debebit judex: & de evictione quoque cavendum erit.

SI unus ex sociis servum communem vulneravit, id vero oit, ut dixi jam sup. in judicium communi dividundo, atque etiam in actione legis Aquiliæ, vivo scil. socio, qui communem servum deteriorem fecit, vulneravit, & mortuo socio eo nomine heres quidem ejus tenetur actione B communi dividundo, id est, alter socius agendo cum herede ejus communi dividundo, in hoc judicium id quoque deducit, quo defunctus servum communem deteriorem fecit. Cæterum heres ejus non tenebitur actione legis Aquiliæ, quia pœnalis est actio: communi dividundo actio transit quidem in heredem, sed non actio pœnalis, veluti legis Aquiliæ.

AD §. pen. In hoc §. petuit. ostenditur, usum communem rei certæ, ut usum fundi esse legatum duobus conjunctim, hunc, inquam, usum ipso jure non venire in judicium communi divid. quia individuus est, *l. usus pars, de usu, & habit.* neque enim fundo potest quis uti pro parte, pro parte non uti, qui vel minimo fundo utitur, in totum eo fundo utitur: qui usum dividit, naturam ejus corrumpit, C *l. viæ, de servit.* Ac præterea usus, neque vendi alii, neque locari potest: Quare quia hoc usuarius tantum datum est, ut re scilicet suo corpore utantur, non etiam alieno corpore, non etiam, ut ex ea re quæstum faciant: nudus usus eis datus est, non omnis utilitas rei, non omne emolumentum rei eis concessum est, sed nudus tantum usus, *l. sed neque, l. cæterum, l. pen. de usu, & habit.* Licentia vendendi, aut locandi in fructu connumeratur: at usuarii fructum non habent, ut neque usus possit vendi, neque locari. Ergo nec adjudicari uni ex sociis, quia adjudicatio pro emptione est, aut certe pro locatione, quæ proxima est emptioni venditioni. Quid igitur fiet, si agatur de dividendo usu inter socios? necessitas rei efficit, ut permittatur judici communi dividundo uni ex sociis usum in solidum adjudicare sub onere præstandæ alteri socio certæ mercedis, certæ pensionis pro ejus parte. Atque ita, ut quasi quædam locatio usus contrahatur, ut is, cui adjudicatur usus, pro parte usum locet socio, certa mercede: nec tamen ideo minus alter uti videbitur, quia locatio facit ut fruatur, quod plus est, quam uti. Inde in contractu locationis conductionis passim in *tit. locati*, subditæ leguntur hæ cautiones, & formæ, frui licere: hoc genere negotii hoc agitur, ut conductor fruatur, non ut utatur: tamen & qui fruitur, utitur etiam, non è converso. Et ita ait, eum, qui videtur frui, quia plus facit, & uti videri, quod est minus, quia qui quod plus est facit, & quod minus est, facit non retro. Et in hoc potest duci argumentum ex *l. 7. de aqua, & aq. pluv. arc.* Et hoc vero ita, si fecerit judex communi dividundo, quamvis jure non fecerit, tamen prætor tuebitur. Quod jure non fit, tuitione prætoris conservatur, & necessitas facit, ut id prætor tueri debeat, atque ita emendare jus civile, sive juris civilis rigorem. Quo verbo E etiam utitur hoc loco Paulus, dum ait, *prætor interveniet, & emendabit*: necessitas hoc facit, quoniam res aliter expediri non potest: & necessitati succumbimus, ut ait eleganter *l. pen. §. ult. de excusat.* & confirmat *l. 22. §. 1. sup. tit. prox.* Quod denique jure non fit, id fit extra ordinem per prætorem: adjudicatio illa judicis indiget tuitione prætoris: neque enim id per se judex potest, sed quod fecerit judex, id approbare, & tueri prætor debet.

AD §. ult. Quod est in extremo hujus legis, jam explicatum est. In judicio scilicet communi divid. ut fit etiam in judicio fam. ercisc. judicem justo pretio res æstimare debere, ut in *l. 3. C. comm. divid.* Et curare etiam debere, ut eis, quibus res adjudicantur caveatur de evictione, ut *l. 25. §. pen. sup. tit prox.*

JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. XXIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

QUANTUM potui conjicere perlectis omnibus legibus, quæ ex hoc libro sumptæ sunt, videtur Paulus tractasse de stipulationibus prætoriis tantum, quæ scilicet interponuntur ex edicto, & jussu prætoris, & actionum instar obtinent, ut ait *l. 37. de oblig. & action. & l. non solum, rem rat. hab. & l. nonsolum, de procur.* Ac proinde primam, quæ se offert ex hoc libro *l. 24. de neg. gest.* refero ad stipulationem *rem rat. hab.* quæ est ex prætoriis stipulationibus.

Ad L. XXIV. de Neg. gest. *Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret: proprietas quidem per procuratorem non adquiritur: potest tamen creditor, etiam invito me ratum habendo, pecuniam suam facere: quia procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit: & ideo creditoris ratihabitione liberor.*

SPecies ejus hæc est. Debitor procuratori creditoris sui pecuniam debitam dedit hac mente, ut eam faceret creditoris, id est, ut eam creditori traderet, cum ei creditor non mandasset, ut eam reciperet à debitore. Non fuit igitur procurator ex mandato, ex contractu, sed negotiorum gestor, quem idem Paulus in Sententiis, itemque Marcus Tullius, *procuratorem, & amicum voluntarium* vocat. Ait autem Paulus in hac lege, *per eum procuratorem*, id est, per negotiorum gestorem, qui mandatum non habet, ejus pecuniæ, quam accepit à debitore, dominium creditori non adquiri, etiamsi creditoris nomine acceperit, eodemque nomine debitor ei numeraverit: nisi ei postea procurator ipse eam creditori renumeraverit, quo solo genere fieri potest creditoris. Et longe igitur alia est ratio procuratoris, qui mandatum habet: Hic enim si mandatu creditoris pecuniam, vel quamlibet aliam rem à debitore acceperit nomine creditoris, eodem nomine ei datam, ejus pecuniæ, reive D dominium creditori ipso jure adquiritur etiam ignoranti, etiam nondum ei re à procuratore tradita, *l. procurator, l. per servum, §. ult. de adquir. rer. dom. l. qui mihi, de donat.* Quia creditor, qui mandavit procuratori suo, ut eam acciperet, utique voluit eam sibi adquirere, & debitor quoque ipse, qui eam procuratori ejus, nomine ejus dedit, intelligitur eam ei dedisse, atque ita fecisse propriam creditoris, ut nec alia traditione fit opus. At si eam pecuniam procurator, qui mandatum habet, id est, mandatarios acceperit nomine suo, non nomine domini, nomine creditoris: tunc sane non ante proprietas, vel dominium ejus pecuniæ creditori adquiritur, quam ille eam creditori tradiderit. Et ita accipienda est *l. rer 59. de adquir. rer. dom.* quæ alioquin pugnaret cum *dict. l. si procurator*, quod confirmat *lex quod meo, de adquir. poss. & lex a. C. de iis, qui à non dom. man. funt.* Et hæc quidem ita se habent in procuratore, qui mandatum habet. At etiam si procurator, qui mandatum non habet, id est, negotiorum gestor, de quo in h. l. agitur, à debitore pecuniam acceperit nomine creditoris, debitor quoque ei numeraverit nomine creditoris, ut eam faceret creditoris, hoc solo, si non eam creditori numeraverit, dominium ejus pecuniæ creditori non adquiritur, quia ea res gesta est sine mandato, & voluntate ejus. Sed ut Paulus eleganter docet in hac lege, si postea creditor rem ratam habuerit, quod potest etiam invito debitore, ratihabitione dominium pecuniæ ei adquiritur, & debitor ab eo liberatur. Denique ratihabitio mandato comparatur: ratihabitio tantum potest, tantumve efficit, quantum mandatum.

Ideo

Ideo autem etiam invito debitore ratum habenti creditori pecunia adquiritur, quia voluntarius procurator accipiendo creditoris negotium gessit, non debitoris. Et ideo creditoris solius, non etiam debitoris voluntas spectatur. Proinde ratihabitione creditoris, etiamsi tum non eadem fit voluntas debitoris, quæ fuit initio, nempe, ut pecuniæ dominium transeat ad creditorem: ergo etiam invito debitore, qui mutavit sententiam, ea pecunia creditori, qui rem gestam ratam habet, adquiritur, & debitor etiam invitus liberatur, qui & ab initio in danda procuratori pecunia, potuit eo nomine sibi prospicere, interposita stipulatione rem ratam haberi: quia non nisi creditor ratum habeat, debitor liberatur. Neque etiam aliter pecuniæ dominium creditori quæritur, quam si ratum habeat. Dominio pecuniæ creditori quæsito, consequens est debitorem liberari: & retro dominio non quæsito creditori, debitorem non liberari. Notandum est, quod ait, procuratorem, de quo hic agitur, creditoris duntaxat negotium gessisse, non debitoris: Nam si debitoris negotium gessisset, & ex mandatu ejus ab eo pecuniam accepisset perferendam ad creditorem, & faciendam creditoris propriam, non posset re integra, id est, nondum perlata pecunia ad creditorem, aut promissa ei, constitutave, non posset, inquam, ea pecunia invito debitore creditoris fieri, etiamsi creditor ratum haberet, quia non est ejus ratum habere, quandoquidem non est ei gestum negotium, sed debitoris: inanis ergo, imo stulta est ratihabitio, quæ fit ab eo, cujus negotium gestum non est. Nec igitur ejus voluntas spectanda est, sed debitoris tantum, cujus negotium procurator gerendum suscepit ex ejus mandato: quod quidem mandatum secundum regulam juris re integra debitor mutare, & revocare potest. Quod etiam hoc loco Accursius notavit rectissime.

Ad L.VI. Si mens. fals. mod. *Sive de itineris latitudine, sive de servitute immittendi, projiciendique quæritur: sive aream, vel lignum, vel lapidem metiendo mentitus fuerit.*

QUæ sequitur in hoc libro in Pandectis Florentinis, est *l.6. si mens. fals. mod. dix.* quæ tamen in aliis exemplaribus rectius tribuitur lib. seq. id est, lib. 25. ut & *l.2. & 4. ejusdem tit.* Itaque, quoniam aliorum librorum inscriptio sane verior est, eam legem rejiciemus in lib. seq.

Ad L.XXIX. de Const. pec. *Qui injuriarum, vel furti, vel vi bonorum raptorum tenetur actione, constituendo tenetur.*

ETiam adfirmo vitiatam esse inscriptionem hujus legis, quæ parva de re est, ut hic exponam breviter, & obiter. Hoc tantum vult, non solum debitum ex quocunque contractu constitui posse, ut *l.1. §. debitum, eod. tit.* sed etiam debitum ex quocunque maleficio: quod debes ex contractu, vel ex maleficio, id recte constituis te soluturum. Et ita obligaris ea ratione jure honorario actione constitutæ pecuniæ. Id vero nihil pertinet ad hunc librum 24. qui totus est de stipulationibus prætoriis, sed potius ad librum 29. cujus pars maxima est de constituta pecunia. Et ut in illo titulo de constituta pecunia sunt ex Pauli lib. 29. leges 8. vel 9. ita & eidem libro supradicta lex 29. vindicanda est.

Ad L.XXVI. de Administ. tut. *Cum curatore, & protutore etiam manente administratione agi potest.*

TRanseamus ad *leg. 26. de admin. tut.* quæ respicit ad stipulationem *rem pupilli, vel adolescentis salvam fore*, quæ est ex stipulationibus prætoriis, ex qua cum curatore, & cum protutore, qui non est tutor, sed qui pro tutore se gerit, ut ait hæc lex 26. etiam manente administratione statim agi potest, ut quæque res pupilli, vel adolescentis salva non esse cœperit, ut in *l.4. §. hanc stipulationem, & §. pen. rem pupil. salv. fore, l.1. §. sed pro tutore, de cont. tut. act. l.1. §. cum eo, de eo, qui pro tut. neg. gess.* Ergo ait recte *d. l.26.* cum curatore, & protutore etiam manente administratione agi potest, ex stipulatione scilicet *rem pupilli, vel adolescentis salvam fore.* Ait cum curatore, vel protutore, ad differentiam tutoris, cum quo, vel cum fidejussoribus ejus ex ea stipulatione agi non potest, antequam finita sit tutela, finita administratio, sicut nec tutelæ judicio agi potest manente administratione, manente tutela, sed ea finita demum, *dict. §. hanc stipulationem, l.16. de tut. & rat. distr.*

Ad L.1. Rem pupil. salvam fore. *Cum pupillo rem salvam fore satisdatum sit: agi ex ea tunc potest, cum & tutelæ potest.*

ET cum hac l. conjungenda est omnino *lex 1. rem pupil. salv. fore*, quæque est etiam ex eodem lib. Paul. Et ait non ante ex ea stipulatione agi posse, quam & tutelæ agi possit. Ergo non manente tutela, nonnisi finita tutela. Conjunctio utriusque legis patefacit hanc differentiam: cujus rationem si requiras, dicam simplicius, eam esse positam in utilitate pupillorum: hanc differentiam efficere rationem utilitatis pupillorum. Quod etiam demonstrat *d. l.16. de tut. & rat. distr.* nempe, ut quamdiu pupilli agunt sub tutoribus, quidquid negotii cum iis habent, differatur in tempus pubertatis, nec quidquam de eo cum tutoribus disceptetur antequam sua tutela functi fuerint. Quæ utilitas etiam facit, ut & si negotium sit aliquod pupillo cum extraneo, si modo id sit de re pupilli summa, puta de bonis paternis, de statu capitis, differatur in tempus pubertatis ex Carboniano edicto, de quo extat titulus.

Ad L.X. de Auctor. tut. *Tutor, qui per valetudinem, vel absentiam, vel aliam justam causam auctor fieri non potuit, non tenetur.*

POrro ad eandem stipulationem pertinet *l.10. de auctor. tut.* ex eodem lib. Pauli, in qua docet, finita tutela, ex ea stipulatione tutorem non teneri ob id, quod pupillo auctor non fuerit, cum id maxime pupillo expediret, in gerendo negotio aliquo, ut auctoritatem ei præstaret: ob eam rem, inquam, non teneri ex stipulatu, si per adversam valetudinem, vel per absentiam Reipublicæ causa, vel aliam justam causam id tutor præstare non potuerit, quia dolo, & culpa caret. Nihil est æquius, aut facilius.

Ad L.VII. de Vi, & vi arm. *Cum à te dejectus sim: si Titius eandem rem possidere cœperit: non possum cum alio, quam tecum interdicto experiri.*

PUto etiam ad eandem stipulationem pertinere, aut inflecti posse commodissime hanc leg. 7. quæ est ex eodem libro, & ait ei, qui dejectus est de possessione, etiamsi postea alius forte sine vitio eandem rem possidere cœperit, non in eum dari interdictum unde vi, ad quem ejus rei possessio pervenit, sed tantum in eum, qui dejecit. Hoc interdictum personam sequi, non rem: & alio scil. jure esse actionem quod metus causa, quæ sequitur rei ab alio metu extortæ quemcumque possessorem, etiamsi crimine careat, quia in rem scripta est, *l.14. §. in hac actione, quod met. caus.* Cæterum exemplo interdicti unde vi, recte dices, si per tutorem factum sit, ut res quædam pupilli abesset, quamvis ea sit salva apud alium, nec utilitatem quidem pupilli efficere posse, ut in alium committatur stipulatio rem pupilli salvam fore, quam in tutorem, vel fidejussores ejus, quia cum alio contractum non est, *l. pen. rem pupill. salv. fore.*

Ad L.I. Judic. solvi. *In stipulatione judicatum solvi, post rem judicatam statim dies cedit, sed exactio in tempus reo principali indultum differtur.*

AD eas stipulationes prætorias etiam pertinere hanc l. manifestum est, quoniam ea lex ait, stipulationem judicatum solvi, quæ ex earum genere est, statim post rem judicatam committi, sed differri exactionem judicati in tempus

pus reo principali, qui judicatus eft, legibus, & conftitutionibus indultum judicati faciendi caufa. Et ait, *reo principali*, ad difcretionem, five differentiam fidejufforum ejus: quia mora ejus temporis, quod humanitatis gratia indulgeri dicitur judicatis, *l. 16. in fi. de compenf.* reo tantum principali hoc jure ante Juftinianum, id eft, ante *l. ult. §. ult. Cod. de ufur. rei judic.* reo, inquam, tantum principali intervallum illud temporis proficiebat, non fidejufforibus ejus: hoc reo principali dabatur benigne, & benigne conceffa uni, ægre juris auctores trahebant ad confequentias, *l. qui negotia, mand. l. 13. de legib.* Id vero tempus puto omnes fcire olim fuiffe triginta dierum ex 12. tab. in quibus *jufti dies* dicuntur: poft fuiffe duorum menfium: & ad extremum quatuor, moribus noftris hujus temporis nulla certa intercapedo eft, imo nec ulla folet refpiratio judicato indulgeri ad faciendum judicatum, nifi perraro, & arbitrio judicis dato intervallo aliquo, & reo pollulante. A B

Ad L. LXXIII. de Verbor. obl. *Interdum pura ftipulatio ex re ipfa dilationem capit: veluti fi id, quod in utero fit, aut fructus futuros, aut domum ædificari ftipulatus fit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam præftari poteft. Sic qui Carthagini dari ftipulatur, cum Romæ fit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem poteft. Item fi operas à liberto quis ftipulatus fit: non ante dies earum cedit, quam indictæ fuerint, nec fint præftitæ.*

Ad §. Si fervus *hereditarius ftipulatus fit: nullam vim habiturafit ftipulatio, nifi adita hereditas fit: quafi conditionem habeat. Idem eft & in fervo ejus, qui apud hoftes eft.*

Ad §. Stichi promiffor, *poft moram offerendo purgat moram, certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit.* C

PORro cum illa *l. 1. judicat. folv.* conjungenda eft *lex 73. de verborum obligat.* quæ eft ex eodem libro, & quæ, ut obligatio, quæ nafcitur ex ftipulatione judicatum folvi, ex legibus dilationem capit, quamvis ea fit pura, & ejus dies cedat ftatim poft rem judicatam, ut ait *l. 1.* Ita docet in illa *l. 73.* alias plerafque ftipulationes puras ex re ipfa dilationem capere. Neque igitur hoc effe novum in ftipulatione judicatum folvi: ut fi quis pure ftipuletur fructus, aut partus futuros, neque enim ante incipit actio, quam partus editi, aut fructus producti, & coacti fuerint. Item fi quis pure ftipuletur domum ædificari: neque enim ante incipit actio, quam tempus præterierit, intra quod promiffor domum ædificare potuit, ut *l. 14. & l. 84. eod. tit.* Item fi quis D cum Romæ effet, pure ftipuletur tot fibi Carthagini dari: ex hac etiam ftipulatione agi non poteft antequam tempus exierit, quo Carthaginem perveniri poteft, *l. 34. §. Imperator, de ftatulib. l. fi teftamento, §. ult. de fidejuff.* Item fi quis à liberto fuo operas aliquot officiales pure ftipuletur, non ante peti poffunt, quam indictæ, imperatæ, nec præftitæ fuerint, quia ex commodo patroni præftandæ funt, quum erit commodum patrono, non ftatim atque interpofita eft ftipulatio, quod multæ admodum leges oftendunt in tit. *de oper. libert.* Et fimiliter fi fervus hereditarius ante aditam hereditatem pure aliquid ftipuletur, non ante ex ea ftipulatione actio eft, quam aliquis defuncto heres extiterit, qui agere poffit: nam fervus caufam agere non poteft. Item fi fervus ejus, qui eft apud hoftes, pure aliquid ftipuletur, non ante effectum habet ftipulatio, quam dominus E poftliminio redierit, aut ibi deceflerit, eique heres ex lege Cornelia aliquis extiterit. Hæc omnia proponuntur in dict. *l. 73.* Et ultimo loco additur in eadem l. promifforem Stichi, aut pecuniæ certæ, poft moram offerendo Stichum, aut pecuniam, purgare, & emendare moram, quam fecerat. Priore etiam purgata mora per oblationem, fi poftea Stichus oblatus, aut pecunia oblata perierit, agenti ftipulatori ex ftipulatu obftare exceptionem doli mali. Communem moram ftipulatori nocere potius, quam promiffori, aut pofteriorem moram tantum nocere, & obliterare priorem, quod etiam abfque dubio obtinet in ftipulationibus prætoriis.

Ad L. LXXXII. de Verbor. fignif. *Minus folutum intelligitur etiamfi nihil effet folutum.*

POftremo quod ait Paulus ex hoc libro in hac lege, minus folutum intelligi, etiamfi nihil fit folutum, pertinet etiam ad ftipulationem prætoriam rem ratam haberi, cujus formula brevis hæc eft, amplius non peti, vel amplius non agi, *l. 4. §. Cato, de verb. oblig. l. amplius, rem rat. hab.* Et cum doceret Paulus in ea formula, verbum *amplius* ad eum quoque pertinere, cui nihil debetur, vel ut oftendit *l. 82. eod. tit.* hunc effe fenfum ftipulationis, *amplius non peti* ab alio quoquam, cui vel debeatur aliquid, vel nihil: id confirmat ex contrario, hoc modo, quoniam minus etiam folviffe dicitur, qui nihil folvit: non femper hæc vocabula amplius, vel minus effe in comparando. Item Paulus eodem lib. in l. 34. quum ait.

Ad L. LXXXIV. eod. *Actionis verbo etiam perfecutio continetur.*

ACtionis verbo etiam perfecutionem contineri, refpicit ad latiorem formulam ftipulationis rem ratam haberi, quæ eft ejufmodi, amplius non petiturum eum, cujus de ea re actio, petitio, perfecutio erit, ut conftat ex *l. 23. rem rat. hab.* & ex Bruto M. Tull. ubi eadem formula extat: & Paulus in ea formula interpretatur *actionem*, effe in perfonam actionem: petitionem in rem actionem: perfecutionem, extraordinariam actionem, ut *l. 178. eod. tit.* adjecit & actionis verbo fæpe perfecutionem contineri: actionis fcilicet verbum & generale effe, & fpeciale, quod etiam ait d. l. 178.

JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XXV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. Si menf. falf. mod. dixerit. *Vel per litteras.*

Ad §. Sed fi ego tibi, *cum effes menfor mandaverim, ut menfuram agri ageres: & tamen id Titio delegaveris, & ille dolo malo quid in ea re fecerit: in teneberis: quia dolo malo verfatus es, qui tali homini credidifti.*

EX Lib. XXV. fuperfunt quatuor leges, quæ pertinent ad actionem in factum, quæ datur in Geometram, five agrimenforem ex edicto prætoris, qui dolo malo, aut lata culpa, quæ femper in jure dolo malo comparatur, falfum modum renuntiaverit. Solentque ii adhiberi fæpe in judicio finium regundorum, vel à judice ipfo, vel à vicinis, five affinibus, qui inter fe jurgant de finibus, *l. 4. §. fed etfi menfor, l. 8. §. ult. fin. reg.* Et in contrahenda quoque emptione, & venditione, quoties emptor, aut venditor agri, qui veniit, modum agri fcire cupit, quoniam pro modo agri pretium conftituitur. Adhibentur ergo Geometræ, five agrimenfores, ut quis fit modus, quæ menfura agri, de quo agitur ex fide bona referant, vel ut agrum difcernant, differminent, five delimitent, ac fuis reftituant limitibus, non ut affignent ullum locum. Affignare eft judicis cognofcentis de modo finium regundorum, non agrimenforis. *Agrimenfor*, inquit Aggenus Urbicus de limitibus conftituendis, *affignare nullo modo poteft, nifi facra fueris præceptione firmatus*, id eft, nifi jus adfignandi à principe acceperit. Hac vero in re, fi quem menfor fraudaverit, in eum ex hoc edicto datur actio in id, quod intereft: Bafilica, in duplum, forte, quia in cafibus certis æftimatio ejus, quod intereft non poteft duplum excedere, *l. cum & forte, de act. emp. l. un. C. de fent. qua pro eo, quod inter.* Denique in menforem, qui non ex fide bona dolo malo modû agri renunciavit, ex hoc edicto datur actio in id, quod intereft. Et non tantum fi per

 fe

se mensor falsum modum dolo malo dixerit, & renuntiaverit, sed si per nuntium, vel per epistolam, ut Paul. notier ait in *l. 2. eod. tit.* Quin etiam, ut ait, si ego mensori mandavero, ut agrimensuram ageret, & non egerit eam ipse, sed hoc negotium Titio demandaverit, delegarit, & Titius in ea re quid dolo malo fecerit, actio est ei, cujus interest adversus priorem mensorem, quia dolo malo versatus est, qui tali homini hanc rem credidit, forte & quia ipse adversus illum hominem eo nomine agere potest mandati judicio, ut *l. 8. §. si quis mandaverit, mand.* si quis, inquit, mandaverit, ut mensuram agri ageret, ut Plinius eleganter initio libri secundi: *Quasi vero*, inquit, *mensuram ullius rei agere possit, qui suæ nesciat*. Hæc autem actio, quæ in mensorem ex hoc edicto competit, est perpetua: quamvis nonnisi dolo mensoris interveniente competat: ut & similiter dicitur de actione tributoria, *l. 8. de tribut. act.* eam esse perpetuam, quamvis nonnisi dolo interveniente competat. Hæc igitur actio est perpetua. Hoc est valde novum, ut sit perpetua, quia non solent actiones prætoriæ esse perpetuæ, sed annales tantum, quia & prætura annalis fuit magistratus, *§. 1. Instit. de perpet. & temp. action.* Et maxime annales sunt actiones prætoriæ, quæ dolum puniunt, quia ex delicto dari videntur, licet non pœnæ, sed rei tantum, id est, ejus quod interest persecutionem contineant, ut pronum est dicere ex *leg. 9. quod fals. tutor. auct. & l. 8. de alienat. judic. mut. causa*, hæc actio dolum punit, *l. 1. §. hæc actio, hoc tit.* Qua ratione etiam non datur in heredem mensoris, & adversus dominum, cujus servus falsum modum dixerit, est noxalis, non de peculio, *l. 3. §. penult. & ult. hoc tit.* sed tamen est perpetua, quia prætor in edicto nominatim eam anno utili non circumscripsit, ut solet cæteras actiones: Quare æstimavit eam esse perpetuam.

Ad L. IV. eod. *Hæc actio perpetua est: quia initium rei non à circumscriptione, sed à suscepto negotio originem accepit.*

IDeo esse perpetuam Paulus ait in *l. 4.* quia initium rei non à circumscriptione, sive dolo malo mensoris, sed à suscepto negotio, id est, ex contractu originem accipit. Contrahitur enim cum mensore mandatum sæpenumero, *l. 2. & 3. in princ. hoc tit.* cum illi mandamus, ut agrimensuram ineat, & ille se initurum suscipit, vel contrahitur cum illo locatio conductio, palam & sine rubore constituta mercede certa pro vicissitudine laboris, sive operæ mensoriæ, ut *l. 4. §. sed si mensor, fin. regund. l. 1. §. penult. hoc tit.* Sunt enim plerique Geometræ ita sordidi, ut nonnisi mercede interveniente intervenire velint: atque adeo, quasi locata sua opera, non erubescant actione ex locato conventam sibi mercedem præstari desiderare. Alii sunt honestiores, qui beneficii loco, ut ait *lex 1. hoc tit.* operam præbent, & si quid datur, accipiunt, non tanquam mercedem, sed tanquam ἀντίδωρον, honorarium, vel salarium: salarii appellatiu honestior est, quam mercedis, & eadem, quæ honorarii, sive honoris prorsus: neque etiam id sibi dari, si promissum fuerit, petunt, veluti ex locato, sed per prætorem, aut præsidem, non per judicem datum jure ordinario, ut & alii quoque mandatarii: nam & mandatum sui natura gratuitum est, sibi constitutum honorem, sive salarium extra ordinem petunt, *l. salarium, mand.* Causa igitur, & prima origo dandæ hujus actionis adversus mensorem, qui falsum modum dixit, proficisci videtur ex negotio gesto, ex contractu: & ideo prætor non facit illam annalem. Eademque ratione significatur *l. 3. §. ult. hoc tit.* tentari posse, si servus dolo malo falsum modum dixerit, qui ignorat hanc artem, in dominum ejus dari civilem actionem mandati, vel ex conducto, non in solidum, sed de peculio potius, quam noxalem, quasi scilicet hæc actio sit ex contractu potius, quam ex delicto. Actio noxalis datur ex delicto servi, actio de peculio ex contractu servi, *l. 1. §. cum unus, de his, qui dejec.* Tentari quidem hoc posse. Verum servi nomine placere magis ex hoc edicto noxalem, quam de peculio competere actionem, *dicta l. 3. §. ult.* Competit quidem de peculio, sed magis noxalis competit, quam de peculio. Atque ita evenit, ut quasi duplex sit facies hujus actionis, quod & in ea admodum singulare est: & modo scil. si spectetur quasi orta ex contractu, ut sit perpetua, maxime quia prætor in edicto eam, ut cæteras solet, non circumscripsit anno utili. Item ut servi nomine, sic de peculio, si is, cujus interest, hac actione potius, quam noxali, quæ magis ei competit, experiri malit: modo autem quasi orta ex delicto, & concepta in dolum malum, ut servi nomine sit noxalis, & ut in heredem mensoris non detur. Et hoc utique tunc servabitur maxime, si neque locatio, neque mandatum intercesserit, ut si mensor à judice adhibitus fuerit, & dolo malo falsum modum dixerit in fraudem ejus, ad quem ea res pertineret, ut *l. 3. §. idem Pomponius, hoc tit.* quia qua in specie mensor, quem judex adhibuit, & quem pars nulla rogavit, nihil negotii gessit cum partibus. Denique in ea specie nulla alia potest esse causa actionis, quam dolus malus. Alias si contractus intercesserit, quasi orta ex contractu videtur etiam in heredem competere, tametsi dolus intervenerit: nam illud notissimum est, ex contractibus actionem dari in heredes, etiamsi in eis delictum versetur, dolus malus interveniat, atque is etiam intersit, *l. ex deposui, de oblig. & act.* Retro autem quasi orta ex delicto annua potius esse videtur, quam perpetua, & tamen obtinuit eam esse perpetuam. Denique hæc actiu faciem habet variam, ad omnium actionum speciem. Et hoc in ea proprium, ut dixi, & singulare est.

Ad L. VI. eod. *Sive de itineris latitudine, sive de servitute immittendi projiciendique quæratur, sive aream, vel tignum, vel lapidem metiendo mentitus fuerit.*

POrro eidem libro Pauli vulgo tribuitur *lex 6. h. tit.* rectius, ut memini me dicere, quam in Florentinis, libro superiori. In qua Paulus ostendit, hoc edictum pertinere non solum ad agrimensorem, sed etiam ad quemlibet mensorem alterius rei, veluti mensorem frumentarium, qui in *l. 5. §. ult. hoc tit.* significatur his verbis: qui in frumenti mensura fefellerit, quod non est, si falso modo, aut falso rutello usus fuerit, quoniam hic gravius punitur: sed si justo usus modio falsam mensuram renuntiaverit, non de falso commisso ex hoc edicto agitur, sed de falso renuntiato: non de falso, sed de tecto mendacio, quæ species una est doli in jure plectendi, multæ sunt, & variæ actiones, multa judicia. Idemque erit si mensor de latitudine itineris, aut viæ, eum de modo ejus quæreretur inter vicinos fundos, uno pleno & libero, altero debente viam, aut iter, mentitus fuerit, latiorem forte eam esse renuntians, quam revera sit: item si adhibitus metiendæ areæ, vel metiendo lapidi, metiendæ columnæ, aut metiendo tigno forte immisso, mœnianove projecto in vicini ædes, cum esset ei immissioni, vel projectioni ex conventione vicinorum dictus certus modus, ille falsum modum renuntiavit. Et hoc vult lex sexta.

Ad L. XXVIII. de Fidejussoribus. *Si contendat fidejussor cæteros solvendo esse: etiam exceptionem ei dandam,* si non & illi solvendo sint.

HÆC lex ait, unum ex pluribus fidejussoribus ejusdem rei, pecuniæve conventum in solidum, quod fit recte, quia ipso jure singuli tenentur in solidum, si cæteri fidejussores solvendo sint, etiam hac exceptione se tueri posse, si non & cæteri fidejussores solvendo sint, per quam exceptionem hoc consequitur, ut etsi conventus sit in solidum, duntaxat damnetur in virilem portionem, atque ita fruatur beneficio divisionis, quod dedit epistola D. Adriani. Idemque videtur dici posse de pluribus mensoribus, quibus quis mandaverit, ut mensuram agri agerent: Nam & debitor pluribus fidejussoribus mandat ut fidejubeant. Denique & mensores, & fidejussores sunt mandatarii. Ut item fidejussores singuli ipso jure tenentur in solidum: Ita & mensores singuli, si verum modum non renuntiaverint, *l. 3. in princ. si mens. fals. mod. dix.* Et forte, quod maxi[...] notandum,

sicut

Digitized by Google

sicut pluribus fidejuss. aut mandatariis adversus eos, quibus se pro aliis obligaverunt, si omnes solvendo fuerint litis contestandæ tempore, beneficium dividendæ actionis datur ex epist. D. Adriani, sive D. Pii: ita etiam adversus eos, pro quibus intervenerunt, quibus ipsi sunt mandatarii, si qua ex causa ab eis conveniantur, idem beneficium datur, ut innuit *l. creditor*, *§. duobus, mand.* quæ dicit, si duo sint mandatarii, & conveniantur ob rem mandatam non bene gestam, competere quidem in singulos actionem in solidum, sed ab utroque non esse exigendum amplius debito. Aliud est conveniri, aliud exigi: singuli conveniuntur in solidum: ita est, at singuli non exiguntur in solidum, quia bona fides non patitur ut bis idem actor ferat: singuli ergo exiguntur tantum in partes viriles. Et similiter plurib. mensoribus, quibus mandatum erat, ut metirentur agrum, conventis in solidum ex hoc edicto actione in factum ob causam renuntiatæ falsi modi, si omnes solvendo sint litis contestandæ tempore, idem beneficium divisionis eis datum videtur: ac proinde uni convento in solidum danda esse videtur illa exceptio, si non & cæteri solvendo sint. At quæritur quid in hac *l.* 28. faciat ille articulus *etiam*, aut quo referatur? habet enim vim *ἀναφορικὴν*, *vim relativam*: Et puto hanc esse mentem Pauli: Beneficio epistolæ D. Adriani unum ex fidejussoribus conventum in solidum, & vocatum in jus ad prætorem, ubi ut *Marc. Tull. ait 2. de invent.* actiones, & exceptiones postulantur, & quodammodo agendi potestas datur, & omnis exceptio privatorum judiciorum constituitur: agitur ad plenum apud judicem, quem prætor dederit, sed & quodammodo prius agitur apud prætorem, quum ab eo actiones, & exceptiones postulantur. Unum igitur ex fidejussoribus vocatum in jus ad prætorem, & appellatum de exsolvendo solido, non tantum allegato beneficio epistolæ Divi Adriani, à prætore impetrare posse, ut in se pro parte tantum virili detur actio, ut in *l. si testamento, §. quod si duo, hoc tit. §. si plures, Instit. eod.* Sed etiam actione in se concepta in solidum impetrare posse, ut ei actioni adjiciatur exceptio, si non & cæteri solvendo sint, ut *l. inter eos, §. 1. eod. tit.* Opus est hac in re prætoris auxilio, qui dividat actionem, vel actioni datæ in solidum subjiciat modum illum, si non & cæteri idonei solvendo sint, quia obligatio inter fidejussores ex epistola Divi Adriani ipso jure non dividitur, *l. 26. hoc tit.* Itaque prætoris interventu opus est.

JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XXVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. X. ad Exhibend. *Si optione intra certum tempus data, judicium in id tempus extractum est, quo frustra exhibetur, utilitas petitoris conservetur. Quod si per heredem non stetit, quo minus exhiberet tempore judicii accipiendi, absolvendus est heres.*

LIBRO XXVI. ad edictum Paul. tractavit de actione ad exhibendum, quæ præcipue comparata est propter vindicationem, ut ait *lex* 1. *ad exhib.* nempe ut ubi hujus judicii potestate res, de qua agitur, in medium prolata, & exhibita fuerit, postea vindicetur, *l. 2. Commod. l. in rem, §. Item quæcunque, de rei vindic. l. pen. Depos. l. 3. §. si ipse testator, de tabul. exhibend.* Et hoc ideo, quia vindicatio olim fiebat in re præsenti, sicut & nuntiatio novi operis, quæ non minus quam exhibitio, velut gradus quidam, & præparatio est ad vindicationem. Nunc mos ille mutatus est: Nam sive ager, sive quæ alia res vindicetur, recte vindicatur, etiam re non præsenti. Inde vero Ulpian. in *l. 2. de crimin. expil. hered.* ad exhibendum agere eum, qui vindicaturus rem sibi exhiberi desiderat. Rem scilicet mobilem, vel animalem, quæ & ipsa mobilis dicitur: nam

A (quod nescio an ignoretis) actio ad exhibendum pertinet tantum ad res mobiles, *l. ad rem mobilem, de procuratoribus*. De rebus immobilibus non agitur ad exhibendum, quia ipsæ se exhibent satis, nec celari, aut occultari possunt. Quoquo autem modo quis rem mobilem vindicaturus sit, ea de re exhibenda prius agere solet: quoquo modo, inquam, eam rem vindicaturus sit, quod ideo dico, quia plura sunt vindicationum genera. Vindicatio proprietatis per actionem in rem: Vindicatio ususfructus per actionem confessoriam: Vindicatio pignoris per actionem hypothecariam: Vindicatio possessionis per interdictum utrubi. Et ex his quidem generibus vindicationis, quoquo modo rem mobilem vindicaturus sis, recte prius de ea exhibenda agis. Inter hæc genera vindicationum, non numeravi vindicationem servitutis prædii rustici, vel B urbani, quæ etiam per actionem confessoriam intenditur, quia propter vindicationem servitutis non agitur ad exhibendum. Cur ita? nimirum quia servitus consistit solummodo in rebus immobilibus, id est, prædiis urbanis, vel rusticis, quæ seipsæ exhibent satis. Ergo actio ad exhibendum pertinet competitive tantum ei, qui rei mobilis proprietatem, aut usumfructum, aut pignus, aut possessionem vindicaturus est, qui scilicet suam, vel sibi pignoratam rem mobilem, vel ejus usumfructum, vel possessionem suam esse contendit, *l. 3. §. est autem, ad exhib.* Qua autem ratione vindicaturo datur actio ad exhibendum, nempe ut exhibitam rem mox vindicare possit, eadem & is, cui optio servi ex universa familia testatoris per vindicationem legata est, si servum optare velit, agere potest ad exhibendum, ut exhibita omni familia defuncti vindicare possit servum, C quem volet, *l. 3. §. item si optare, ad exhib. l. 3. & 8. §. ult. de opt. leg. l. si vendid. §. si ad exhib. de furt.* Et ad hunc casum pertinet *l.* 10. *ad exhib.* quam primum ex hoc libro interpretari constitui. Ejus species ponenda est ad hunc modum. Testator mihi legavit optionem servi, quem optarem intra diem certum his verbis: *hominem unum ex familia mea optato, eligito intra diem tricesimum*, videlicet à die aditæ hereditatis: nam ante aditam hereditatem, id est, antequam sit aliquis, qui familiam exhibeat, servus optari non potest, *l. 16. de opt. leg. l. 10. de leg. 1.* Accidit autem post aditam hereditatem, ut dies, intra quem mihi optio servi data erat, mihi improvido, & imprudenti elaberetur, priusquam agerem ad exhibendum, dum me interim forte ludificatur heres, & qualibet tergiversatione, & solertia efficit, ne cum ipso agam ad exhibendum, *l. 23. §.* D *ult. & l. seq. ex quib. caus. major.* Denique heres solertia sua eo rem perduxit, ut nunc frustra mihi sit familiam exhibiturus, quia tempore amisi jus electionis, *l. 28. §. 1. de verb. sign.* quæ ait occasione adquirendi non uti eum, qui hereditatem non adiit intra diem cretionis, vel qui optionem intra certum tempus datam non amplectitur. Tempore igitur optio amittitur: quamobrem heres mihi eo nomine tenetur actione ad exhibendum incerti, id est, in id quod interest, id est, ut mihi præstet utilitatem amissæ optionis ob id, quod judicium ad exhibendum extraxit, sciens dolo malo, quoad dies optionis exiret. Et hoc est, quod ait Paulus, utilitatem petitori esse conservandam, id est, utilitatem legati, quam amisit legatarius, sive lucrum legatario interceptum dolo, aut culpa heredis, ut *l. prox. §. ult. sup.* Quæ tamen amissio, sive interceptio lucri etiam E damno heredis deputatur, *l. seq. in princ.* Damnum autem est non tantum, si quid patrimonio nostro decedat, quod tamen proprie damnum dicitur à demptione, ut Varro, & Paulus ipse scribunt, sed etiam si quid patrimonio nostro non accedat, si frustremur optato, id est, sperato, delato, emolumento aliquo. Nihil quidem amittit, nihil alienat de suo, qui rem alienam, quæ sibi deferebatur, non adquirit, sive id suo vitio, sive alterius contingat, *d. l. 28. de verb. sig.* amittit tamen spem lucri, & spei etiam damnum, & amissio est: & ut species lucri est spe frui sperata, & animi sui desiderium explere, ut Græci notant recte ad *l. 1. C. de hered. inst.* his verbis: *κέρδος ἐστιν ἡ τῆ ἐλπίδι ἀπόλαυσις*, & notat idem Acc. noster in *l. pen. de condict. cau. data caus. non seq.* ita species damni est non consequi quod sperabamus,

& hujus etiam damni ratio habetur in actione ad exhib. id A est, judicio ad exhibendum, quæ in id, quod interest concluditur. Id autem quod interest, non tam est, quod petitor lucrari potuit, quam quod ei demptum est, *l. si commiss. rem rat. hab. l.2. si mul. ventr. nom. in possess. missa sit*, non tam quod habere potuit, quam quod per adversarium amisit, *l.78. de reg. jur.* Et hæc quidem, si heres dolo malo extraxerit judicium ad exhib. in id tempus, quo frustra familiæ exhibitio fiat, atque ita effecerit, ne interim judicium illud acciperet. Sed si heres, ut additur in extremo legis, nihil fecerit, quo minus judicium acciperet, & judicii accipiendi tempore rem, qua de agitur, exhibuerit, sane tunc absolvendus est. Et hæc est species, & sententia hujus leg. Ex qua inter cætera intelligitur excludi ab optionis legato eum, qui intra diem optionis non optavit, etiamsi per eum non steterit, quo minus optaret, sed per adversarium, id est, B per heredem, quod prima specie iniquum videtur, & pugnare omnino cum *l. intra utile tempus, de minorib.* quæ lex ostendit, eum, qui ætatis beneficio cœpit petere restitutionem in integrum, nec causam peregit intra tempus legitimum, excludi quidem à beneficio restitutionis in integrum, si per eum steterit, quo minus causa perageretur, ut in *l. Papinian. §. ult. eod. tit.* non etiam si per adversarium. Unde quæritur, cur tantum in specie proposita, si per adversarium, id est, per heredem steterit, quo minus legatarius optaret intra tempus à testatore præscriptum, à jure electionis legatarius excludatur? Et ut breve faciam, mihi quidem vera ratio diversitatis videtur esse, quoniam in hac specie nondum se legatarius ad optandum comparaverat, nondum egerat de exhibenda familia, atque ita per eum non steterat, quo minus optaret intra tempus constitutum dum C obaudit nimis cunctationibus heredis. At in specie *l. intra*, jam minor inchoaverat causam restitutionis in integrum, & de ætate sua probaverat, atque de circumscriptione decreto prætoris, vel præsidis intra tempus legitimum, atque ideo non est æquum, ut ab ea summoveatur ob id, quod dolo malo adversarii negotium extractum sit in id tempus, quo causa perimi solet. Eadem ratio est *l. 17. de excusat. tut.* si tutor datus, cui ad probandam excusationem, quam allegavit, ut tutelæ onere liberetur, præstituti sunt quatuor menses, cum jam instituerct probare excusationem, mora contradictoris, id est, *τοῦ ἀντιδίκου*, ut in Basilic. mora adversarii, mora contradictoris, impeditus sit, quo minus excusationem allegatam probaret intra quatuor menses, atque ita decreto prætoris, vel præsidis liberaretur, etiam post id tempus, id est, quatuor menses ad excusatio- D nem probandam, & exequendam admittitur. Denique cessantibus obstat præscriptio temporis, non etiam non cessantibus, & culpa vacantibus, *l. contra, C. de inoff. test.* & ideo non possis recte speciem ponere ad hanc legem, legatarium, cui optio data erat ad certum tempus, egisse cum herede ad exhibendum, & heredem jussum à judice exhibere familiam, traxisse exhibitionem usque dum dies optionis exiret. Nam & hoc casu legatarius non amitteret jus optionis. Et verba quoque hujus legis hanc speciem non ferunt, quæ judicium heredem extraxisse dicunt, ne ex eo lis contestaretur, dum id accipere detrectat: exhibitionem autem post judicium acceptum, id est, post litem contestatam, heredem extraxisse. Ne igitur hujus legis hoc modo ponatur species, alioqui pugnaret & cum *l. intra*, & refragaretur manifesta ratio æquitatis, sed ponatur, uti à me initio posita est. E

Ad L.XII. ad Exhib. *De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.*

Ad §. Et filiusfamilias *ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendæ habet.*

Ad §. Sæpius *ad exhibendum agenti, si ex eadem causa agat, obstaturam exceptionem, Julianus ait. Novam autem causam intervenire, si is, qui vindicandi gratia egisset, post acceptum judicium eam ab aliquo accepit, & ideo exceptionem ei non officere. Item si ei, qui furti acturus, ad exhibendum egisset, iterum furtum factum sit. Denique si quis optandi gratia ad exhibendum egisset, & post litem contestatam, alterius testa-* A *mento optio data sit, ad exhibendum agere potest.*

Ad §. Si quis *ex uvis meis mustum feceris, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, cum sciret hæc aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur: quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.*

Ad §. Si post judicium *acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo, & culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc, cum judicium acciperetur, homo exhiberetur. Tanto magis si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.*

Ad §. Si justa *ex causa statim exhiberi res non possit, jussu judicis cavere debebit, se illo die exhibiturum.*

Ad §. Heres, *non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest. Item heres possessoris suo nomine tenetur. Igitur non* B *procedit quærere, an heredi, & in heredem danda sit. Plane ex dolo defuncti danda est in heredem hæc actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit, veluti quod pretium rei consecutus sit.*

DIximus heri ad leg. 10. quæ quidem judicium ad exhibendum præparatorium esse docet vindicationis cujuscunque, præterquam vindicationis servitutum: quo magis enim quæque res mobilis vindicari possit, vel jus, quod in ea re habemus, exhibenda est. Et ideo sive quis vindicaturus sit proprietatem, sive usumfructum rei mobilis, sive hypothecam, æque rei mobilis, aut possessionem, similiter eum prius judicio ad exhibendum experiri oportet. Itemque eum, qui optaturus sit, optione sibi testamento data, & mox quod optaverit vindicaturus. Addamus C dari etiam actionem ad exhibendum ei, qui noxali actione servi nomine cum domino acturus sit, nimirum ut universa familia exhibeatur, ut ipse possit servum, qui sibi noxam nocuit, destinare, & designare, *l.3. §. si quis noxali, hoc tit. & l. 12. §. sæpius*, illo loco: *Item si ei, qui furti acturus*, noxali scilicet, quia qui agit noxali actione servi alieni nomine, forsitan jussu prætoris, domino non solvente æstimationem damni, eum servum ducturus, & sibi vindicaturus est; atque ita & hoc casu actio ad exhibendum quodammodo datur vindicandi causa. Addamus etiam ex principio l. 12. quæ nunc interpretanda est, actionem ad exhibendum dari ei, qui aliquem in libertatem vindicaturus est. *De eo*, inquit, *exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.* Ergo adsertori hanc actionem dari posse, qui scilicet liberum D hominem, qui ab alio tanquam servus possidetur, liberali manu in libertatem vindicaturus est, ut is, scilicet homo exhibeatur, ac deinde adseratur in libertatem. Plerumque autem fit, ut servi testamento manumissi ab herede, tanquam servi hereditarii possideantur, quos publice interest à quolibet posse in libertatem vindicari. Quod & jure permissum esse Institutiones docent in titulo *de iis, per quos agere possumus*. Et Titus Livius *libro 3. In his*, inquit, *qui adseruntur in libertatem, quilibet lege agere potest.* Et inde libertas publica res dicitur, & libertatis publica tutela, *l.2. ne de statu defunct. l. si quis rogatus*, de *fideicommiss. libert.* Et huic quidem loco, id est, initio hujus leg. 12. coaptari velim quod ex eodem libro est in *l.31. de manum. test.* si ex pluribus eodem nomine servis unus liber *testamento esse jussus*, non appareat qui sit, si ex pluribus Stichis, Stichum esse E liberum jusserit, nec appareat, de quo senserit, nullum esse liberum. Ac proinde hoc casu de nullo ex servis exhibendo, ut asseratur in libertatem, agi posse judicio ad exhibendum: quod obtinet non tantum in directa, sed etiam in fideicommissaria libertate testamento relicta, *l. si quis de plurib. de reb. dub.* In utraque enim libertate eadem ratio viget, quia probatio deficit, non jus, *l. duo sunt Titii, de test. tutel.* Porro, quod ait hoc loco, de eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, actioni ad exhibendum locum esse, pugnare videtur *l. seq. 13.* in qua dicitur (exponam ejus sententiam) de libero homine, qui ab aliquo detinetur dolo malo, non agi ad exhibendum, subjecta hac ratione, quod hæc actio tantum detur ei, cujus pecuniariter interest. Recte vulgo, *pecuniariter*, & B[illegible] *χρηματικῶς*,

ut

Digitized by Google

ut & *l. ult. de privat. delict.* Male Florentini *peculiariter*, quo tamen modo & Baldus,& Odofredus legunt: cujus, inquam, pecuniariter interest, id est, qui persequitur quod sibi ex patrimonio suo, pecuniave sua,quæ pro patrimonio accipitur, abest, quodve patrimonio suo, quod rei pecuniariæ, reive suæ familiari accedere potuit. Liber autem homo non potest in cujusquam patrimonio, vel pecunia esse, atque adeo nec patrimonii, nec pecuniæ nomine liber homo continetur, etiamsi sit in potestate nostra, veluti filiusf. Sed si ab aliquo quocunque liber homo detineatur, licet de eo exhibendo non possit agi ad exhibendum, quia nihil pertinet ad pecuniam nostram, cuilibet tamen adversus eum, qui dolo malo detinere dicitur, competit interdictum populare de libero homine exhibendo. Nemo enim prohibendus est libertati favere, *l.3.§.hoc interdictum. de lib. hom. exhib.* Hæc est sententia l. sequent. quæ nihil omnino pugnat cum initio hujus l. 12. Nam hoc loco agitur de eo, qui cum in possessione servitutis esset, id est, cum ab alio possideretur, ut servus proprius, vindicatur in libertatem: hoc, inquam,loco agitur de eo, qui ab alio possidetur ut servus, quique ab illo suus dicitur esse servus, quem quis in libertatem vindicaturus est, quo casu ei competit actio ad exhibendum, quia etsi non privatim, tamen publice interest adsertores quoscunque libertatis audiri. Cessat autem hoc casu interdictum de libero homine exhibendo, *l.3. §. plane si dubitas, de lib.hom.exhib.* Igitur locum habet actio ad exhibendum, non interdictum de libero homine exhibendo. Cur ita? Nempe, quia interdictum illud redditur de eo tantum, quem constat esse liberum, cuique nemo facit controversiam status, adversus eum, qui tamen illum dolo malo retinet. Et de hoc quidem agitur in *l. seq.* quem scilicet pro certo liberum esse constat, non de eo, cui sit controversia status, de quo initium hujus l.12. De hoc, cui fit controversia status,quique tanquam servus ab alio possidetur, cuilibet competit actio ad exhibendum, & vindicatio in libertatem, non interdictum de libero homine exhibendo. Contra vero de illo, cui non fit controversia status, qui tamen retinetur dolo malo, competit interdictum de libero homine exhibendo, non actio ad exhibendum: qua distinctione nihil est evidentius. Et hinc manifestum fit, quam male Acc.ad initium hujus l. ex l.seq. quæ longe alia de specie est, suppleat hæc verba, *quando pecuniariter interest, non alias,* inquit. Nam & si pecuniariter non intersit propter adsertionis publicam causam, locus est actioni ad exhibendum. Hinc etiam patet, quam perperam idem Acc. hujus l. initium coangustet ad filiumfam. quem pater ex jure Quiritium vindicaturus sit, ut *l.1. §. per hanc,de rei vindic.* vel ad libertum, cui patronus operas indicere velit, *§.exhibitoria, Institut.de interd.* Nam & de quolibet alio libero homine, qui ut servus ab alio possidetur, cuilibet adsertori datur actio ad exhibendum. Et de filiofam.aut liberto alieno, quem quis detinet, nec tamen servum suum esse dicit, proculdubio non datur actio ad exhibendum, sed interdictum duntaxat de liberis exhibendis, aut de filiofam. exhibendo, aut de liberto exhibendo.

AD §. 1. Sequitur in §. 1. *hujus l. Et filiusfamilias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendæ habet.* Huc dicitur ad differentiam servi, cum quo etiam si alienæ rei exhibendæ facultatem habeat, non est actio ad exhibendum, sed cum domino ejus, qui eam rem possidet, vel tenet per servum, *l.16. inf. hoc tit.* Generaliter enim proditum est, cum servo nullam actionem esse, servum hominem causam nullam agere posse, *l.cum servo, de reg.juris.* At cum filiofam. etiam extra causam castrensis, vel quasi castrensis peculii qualibet actio est. Ergo & actio ad exhibendum, etiamsi ipse rem alienam non possideat, sed per ipsum pater, si modo ejus rei exhibendæ facultatem habeat: nam ut eo tandem decursum est, actionem in rem dari adversus omnes liberos homines, qui rem alienam tenent, licet eam non possideant, si modo ejus rei restituendæ facultatem habent, *l. officium, de rei vind.* ita placet liberum [illegible]em sive sui, sive alieni juris sit, teneri actione ad exhibendum, si modo rei exhibendæ, & restituendæ facultatem habeat. Patrem quoque eadem actione teneri placet, si ea res non sit ex castrensi peculio filiifam. *l. ex castr. §. ult. de castr. pec.* Patrem teneri, quia possidet per filium; filium teneri, quia potest exhibere. Sed si egerit quis adversus filium, & rem ab eo exhiberi petierit, deinde idem petat à patre, repelli potest exceptione rei judicatæ. Et in hanc rem recte potest duci in argumentum *l. si mater, §. si quis hominem, de excep. rei judic.* quæ idem statuit in actione in rem, à qua semper recte ducitur argumentum ad actionem ad exhibendum, & ex ea vicissim ad illam. Illud constat ex *§. sæpius*, qui sequitur.

AD *§. Sæpius*. Adversus eundem si quis sæpius agat ad exhibend. ex eadem causa, si priori judicio non obtinuerit, obstare exceptionem rei judic. quia rursus agit ex eadem causa, *l. si quis ad exh.de except.rei jud.* sed si ex nova causa agat, non obstare exceptionem,quod in hoc §. tribus exemplis planum fit. Primum est hujusmodi. Is, qui egit ad exhibendum proprietatis vindicandæ gratia,quæ sua non erat, si post litem contestatam, ejus rei, quam exhiberi desiderat,proprietatem adipiscatur,vel adeptus fuerit,quamvis priore judicio non obtinuerit, posteriori judicio quasi ex nova causa adquisiti dominii utiliter experietur, vel ei obstabit exceptio rei judicatæ. Item, quod est secundum exemplum, is, qui optandi gratia ad exhibendum egit, cum ei esset optio data à non domino, si post litem contestatam testamento domini ei optio data eodem herede instituto, quamvis priori judicio non vicerit, recte aget posteriori de eadem re, quia agit ex nova causa,nec ei obstabit exceptio rei judicatæ. Item, quod est tertium exemplum: Si quis acturus furti actione noxali, egerit ad exhibendum,nec obtinuerit, & interim furtum ei ab eodem servo factum sit, ejusdem rei iterum agenti ad exhib. non obstabit exceptio rei judicatæ, quia ex nova causa,ex novo furto agit. Idemque dicendum (quod notandum) si inter moras prioris judicii,cujus forte justa causa non erat,ante rem judicatam alia justior causa nova supervenerit, quam nunc in illud judicium actor introducere velit: nec enim ei obstabit exceptio judicii instituti ex alia causa, quod verba etiam hujus *§. sæpius*, omnino perstruere videntur. Et sane si pendente judicio,quod quis forsitan temere instituit, nondum finito, mutare licet actionem, *l.4. §.ult.de nox.action. l.hujusmodi, §. qui servum, in fi.de leg.1. l.3. C. de eden. §. si quis aliud, Instit. de act.* & multo magis causam ejusdem actionis mutare licet. Cæterum alia interpellatione, admonitione opus est, *l.non potest, de judic. l.Antæus, in fi. de aq.pluv. arc.& C.Abbatis, de sent. & re judic.lib.6.* Post hæc quæritur (& hic erit finis) in *§. si quis ex uvis*, aut ex occasione ejus §. quæritur: Si tu ex mea materia tuo nomine bona fide, (hæc omnia expendenda sunt, quæ quæstio est frequens, & à me explicabitur meo more) novum corpus, novamve speciem aliquam feceris, veluti ex meis uvis vinum, ex meis olivis oleum, ex mea lana vestimentum, ex meis tab. navem, ex meo argento scyphum, cujus sit ea species, atque adeo cui ejus vindicandæ causa competat actio ad exhibendum,mihi,qui materiæ dominus fui, an tibi, qui fecisti speciem? Et notum est ex *l. 7. §. cum quis, de adquir. rer. dom.* quod relatum est in Institution. hac in re fuisse controversiam inter Sabinianos, & Proculianos. Nam Proculiani existimabant, eum esse dominum, qui fecisset, hac ratione, quia fecit, ut ea species esset in rerum natura, quæ antea nullius erat: ob id ipsum, quia nec ipsa erat, *l.3. §. pen. de adquir. possess.* Et hoc ipsum Proculiani asserebant indistincte, id est, rerum, quæ confectæ essent, ex aliena materia nulla distinctione facta, & in eo peccabant, quod non distinguerent res à rebus, species à speciebus, corpora à corporibus. Contra Sabiniani, qui tamen & ipsi peccabant in eodem, quod nullam facerent distinctionem rerum, indistincte existimabant, eum, qui materiæ dominus esset, & speciei ex ea confectæ dominum esse, hac ratione (juvat excutere rationem) quia ut refertur in *d.§.cum quis*, sine materia nulla species effici potest. Quæ tamen ratio quodammodo retorqueri posset, quia & sine specie mate-

ria

ria cohærere nequit. Species enim, formave indita materiæ, est vis, qua materia continetur. Et apertior est ratio Pauli in hoc §. *quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est*, id est, *æquius est*. Quam tamen rationem locum habere Paulus vult in eo tantum, qui mala fide, & (locus est singularis) sciens esse nostram materiam, ex ea speciem fecerit: sed, si quis bona fide fecerit, ad quem casum initio instituta quæstio pertinet, eandem rationem Proculiani non admittebant, nec admisit etiam Paul. qui in hoc §. eam aptat, sive accommodat ad eum duntaxat, qui mala fide fecerit. Eum igitur, qui bona fide ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex aliena arbore navem, vestimenti, & navis Paulus arbitratur esse dominum, & recte, quia ut idem scribit in *l. sed si ex meis, de adq. rerum dom.* facto vestimento lana prorsus extinguitur, adeo ut nec ex vestimento lana rursus fieri possit. Extincta igitur plane materia est, & superest corpus laneum, non lana. Et similiter nave fabricata, cupressus, aut pinus, aut larix, aut abies, ex quibus arboribus naves conficiuntur, penitus extinguitur, & restat tantum cupresseum, aut pineum, aut abiegnum corpus. Eademque ratio est, si quis ex alienis uvis, aut olivis vinum, aut oleum confecerit, quia uvæ, aut olivæ perierunt, nec restitui possunt: In omnibus igitur his rebus verum est corporis confecti ex aliena materia, quæ ita penitus extincta sit, eum esse dominum, qui confecerit, non eum, qui materiæ dominus fuerit. Verum auctore Cajo non eadem ratio est, si quis ex alienis spicis frumentum excusserit, quia licet spicæ esse desierint excusso frumento, qui tamen excussit frumentum, novam speciem non fecit: sed grana, quæ suam speciem perfectam habebant, eduxit tantum è gluma, & folliculo. Et ideo Cajus existimat ejus esse frumentum, cujus & spicæ fuerunt, quia qui excussit, non fecit novam speciem. Item si quis ex alieno argento vas conflaverit, hoc casu, quia argentum manet, & rursus vase conflato in priorem massam reverti potest, dicimus eum etiam esse dominum vasis, qui & argenti dominus fuerit juxta definitionem *l. 24. de adq. rer. dom.* Et hac adhibita distinctione rerum sic fit, ut Sabini sententia tantum valeat in vase facto ex aliena materia, ex alieno argento, & in frumento decusso ex alienis spicis, non in cæteris rebus. Utrique, ut dixi, peccaverunt, quod non distinguerent res à rebus. Itaque ut jam pridem ostendi, hodie non sequimur, quod ex Sabini sententia schola, ex qua prodiit Mutius, scribit in *l. Mutius, de rei vind.* *Navem ædificatam ex aliena arbore, ejus esse, cujus fuit arbor.* Hoc non est verum, quia arbor disperiit. Ejus igitur est, qui navem fecit, vel refecit. Facit ea lex, ut breviter eam exponam, differentiam inter navem refectam, & navem ædificatam ex alienis tabulis. Refectam ejus esse, qui refecit, quia, inquit, & ad hanc speciem hæc ratio referenda est, proprietas totius navis carinæ causam sequitur, quæ scilicet est fundamentum navis. Alveus navis dicitur à Sallustio, in idiotismo *nous l' appellons la quille*, à Græco *κεἰλη τῆς νηὸς*. Cujus igitur est carina, ejus est tota navis. Reficitur navis, cujus carina integra, incolumis, & bene lineata, ut Plautus loquitur. Si enim vitiata sit carina, non reficienda est, sed ædificanda navis. Et ædificatam lex ait ex Sab. sententia, non ejus esse, qui ædificavit, sed ejus, cujus arbor fuerit, ex qua navis contexta est, quod hodie non obtinet. Et hæc est certissima hujus quæstionis definitio.

AD §. *Si post judicium acceptum, &c.* Hujus §. quæstio est, an si de homine exhibendo actum sit, & post litem contestatam, is homo naturaliter interierit sine dolo, & culpa possessoris ante rem judicatam, an periculum respiciat ad possessorem, ita ut actori damnandus sit, quanti ejus interfuit, per illum non esse factum, quo minus litis contestandæ tempore homo exhiberetur? Et ut in quæstione superioris §. ex aliena materia bona fide suo nomine ab aliquo specie aliqua confecta, dissensio fuit inter Sabinianos, & Proculianos: ita & in quæstione hujus §. Nam Sabiniani existimabant iniquum esse possessorem ejus hominis nomine damnari, qui post litem contestatam suo fato interiisset, idque prædicebant indistincte. Proculiani autem hoc modo distinguendum esse censebant. Aut is homo eodem modo interiturus erat apud actorem, etiamsi judicii accipiendi tempore statim actori exhibitus, & restitutus fuisset: & hoc casu fatebantur nihil eo nomine possessorem actori præstare debere, quia eo casu interiit homo, quo de agebatur, qui interiisset omnino, etiamsi initio litis exhibitus fuisset. Aut eodem modo interiturus is homo non erat apud actorem, quia eum hominem, si sibi initio litis exhibitus, & restitutus fuisset, statim distraxisset actor, nec pretium ejus perdidisset. Facito actorem fuisse venalitiarium, qui solitus fuerit mancipia coemere, & vendere. Et hoc quidem casu dicebant Proculiani, possessorem actori damnandum esse in id, quod interest, quod statim initio litis hominem non restituerit actori, copiamve hominis vindicandi non fecerit actori, quem utique statim venditurus erat. Qua distinctione generaliter utebantur in judiciis omnibus, non in actione ad exhibendum tantum: sed etiam in actionibus in rem, & in petitione hereditatis, *l. 20. in fi. l. 40. de petit. hered. l. 15. §. ult. de rei vindic.* Ergo & in hac quæstione dissensio fuit inter illas duas familias Jurisconsultorum. Ut autem in superiori §. quæstione Paulus se medium interposuit, & in eo, ut hoc repetam paucis, qui mala fide ex aliena materia fecisset speciem aliquam, ita ut ea perfecta, neque superesset, neque restitui posset pristina materia, ut si ex uvis alienis mustum fecisset, ex olivis oleum, ex lana aliena vestimentum, probavit Sabinianorum sententiam, dominio speciei novæ dato ei, qui materiæ dominus fuisset: in eo autem, qui bona fide fecisset, existimans materiam esse suam, vel ejus, cui heres extitit, probavit Proculianorum sententiam dominio speciei novæ dato ei, qui fecisset: ita in hac quæstione eadem adhibita distinctione Paulus probavit Sabinianorum sententiam in bonæ fidei possessore, qui & bona fide accepisset judicium, ad exhibendum puta, quod existimaret se bonam causam habere, ut scilicet bonæ fidei possessor naturalem interitum hominis in judicium deducti, qui contigerit post litem contestatam, nunquam præstet. Proculianorum autem sententiam probavit in malæ fidei possessore, nimirum, ut naturalem interitum præstet, cui contigerit post judicium acceptum, id est, litem contestatam, videlicet si homo, qui petitus est, mortuus sit, eo casu, qui non contigisset, si statim ab initio litis contestatæ exhibitus, & vindicatus fuisset, *d. l. 40. l. illud, de petit. hered.* & hoc quoque Paulus significat in hoc §. dum ait: *homine mortuo post litem contestatam, de quo exhibendo actum erat, interdum possessorem actori esse damnandum in id. quod interest, tanto magis*, inquit, *id est*, *maxime*, & in Basilicis, *καὶ μάλιστα*, *si apparebit eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset*. Interdum enim hoc loco, id est, si mala fide possessor fuerit, vel si mala fide litigaverit, cum sciret se non habere justam causam litigandi, quod & sic Joannes notavit recte, & comprobat *d. l. 40.* *& tanto magis*, sive, *maxime*, id est, hoc solo casu, non etiam diverso casu, si & apud actorem interiturus erat, etiamsi initio exhibitus fuisset: *illud tanto magis, sive maxime* non semper est in libris nostris *ἐπιτατικὸν*, id est, *extensivum*, puta, ut idem sit & alio casu: sed hoc *maxime* est sæpenumero restrictivum, ut ita dicam. Denique in his duabus speciebus proxime junctis, duabusque quæstionibus Paulus se medium, ut dixi, interposuit, pacavitque dissidium, quod erat inter auctores. Denique Paulus ex eorum numero fuit, qui *erciscundi* dicuntur, ut Stoici apud Servium in illud locum Virgilii. *Animamque sepulchro condidimus*: *Erciscundi*, id est, quibus mediam viam sequi amicum, & familiare est, quam & secutus est hic Paulus in duabus iis quæstionibus: imo & in quæstione *l. 3. si pars hered. pet. & l. 7. ut legat. nom. cav.*

AD §. *Si jussu*. Sciendum est hanc actionem arbitrariam esse, sive ex arbitrio judicis pendere totam, *l. 3. §. ibidem, sup. h. t. §. præterea, Instit. de act.* Et quod initio dixi nudiustertius, esse hanc actionem de rebus tantum mobilibus, quæ loco facile moventur, *ut l. ad rem, de procur. l. quod legatur, de judic. l. 4. C. de crim. exp. hered.* Et ideo si [illegible] arbitranti,

sive

sive jubenti rem statim exhiberi actori, vel cum ex justa causa rea statim exhiberi non potest, forte quia rem possessor in alia provincia habet, si judici jubenti cum satisdatione caveri, ut solet, de ea re certo die exhibenda, dato possessori spatio ad eam perferendam, ut in hoc §. proponitur, & in *l. 5. in fi. hoc tit.* quod quidem jussum judicis arbitrium dicitur, sive *μεταστεία*, atque præceptum, *l. 7. C. eod. tit.* si, inquam, huic præcepto judicis possessor per contumaciam non pareat, tum damnatur actori, non præmaturius, sed duntaxat in id quod interest, quod quidem æstimatur actore jurante in litem, quanti sua intersit ob id quod arbitrio judicis obtemperatum non est, *l. ult. §. 1. de appella. l. 2. & l. 5. & l. pen. de in litem jur. l. 3. §. præterea, l. 5. §. idem Julianus, hoc tit.* Et hoc omne cum hoc ipso libro Paulus scripsisset, adjecissetque, *& similiter in actionibus in rem, quæ etiam arbitrariæ sunt, & in actionibus bonæ fidei ob dolum, vel contumaciam rei in litem jurari*: id est, litem æstimari jurejurando actoris etiam immenso pretio, ut tulerit libido actoris, non etiam ita jurari in litem in actionibus strictis, veluti actione ex stipulatu, vel in actione ex testamento, quod ex hoc lib. 26. relatum exstat in *l. 6. de in lit. jur.* his verbis: *Alias si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, non solet in litem jurari. Alias*, id est, non aliter, quam si res, quæ debebatur ex stipulatu, vel ex testamento post moram debitoris interierit, quo solo casu etiam in actionibus strictis jurari solet in litem, quia nec judex rem æstimare potest, quæ non exstat sine delatione jurisjurandi, id est, nisi rei æstimationem permittat actori jurato. Hoc igitur solo casu in actionibus strictis, quocumque autem casu in actionibus bonæ fidei, & actionibus arbitrariis dolus, aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis punitur quanti in litem juraverit actor, id est, quanti actor juratus rem, de qua agitur, & causam, utilitatemque omnem, quæ circa rem ipsam consistit, æstimaverit, etiamsi in immensum æstimaverit, vel saltem quanti judex ex bono, & æquo arbitratus fuerit: neque enim semper cogitur judex jusjurandum actoris sequi, sed ex magna causa, veluti postea repertis manifestissimis probationibus potest vel minoris reum condemnare, quam juratum sit, vel penitus absolvere, *l. 4. §. ult. & l. 5. de in lit. jur. l. 9. §. ult. hoc tit.* vel etiam pluris condemnare si deprehenderit judex id, quod interest longe egredi verum rei pretium, quod quandoque contingit, *l. 1. in princ. de action. empt. l. 6. de vi, & vi arm.* Et hæc diximus hactenus, si dolus, aut contumacia actoris intervenerit. Quod si non intervenerit dolus, aut contumacia rei, sed culpa fortasse possessoris, sive rei, si, inquam, possessoris neque dolus, neque contumacia ulla arguatur, ut puta si rem, de qua agitur, exhibere non possit, quod nesciat ubi sit, nec dolo fecerit, quo minus exhibere non possit, hoc casu edicto prætoris expressum est, tam in actione ad exhib. quam in actione in rem, ut *l. qui restituere, de rei vind.* nihilominus quanti ea res est, possessorem damnari oportere. Ubi hoc verbum *oportere*, vel potius integram hanc orationem, *quanti ea res erit possessorem damnari oportere*, hoc ipso libro Paulus scripsit in *l. 37. de ver. sig.* verbum *oportere*, ut ait, ubi notat tantum extremum verbum edicti: sed tu animo debes integra edicti verba reputare, videlicet: *Quanti ea res est damnari oportere*: nam verbum *oportere* per se nihil est, id est, non facit per se orationem. Verbum igitur *oportere*, id est, hanc orationem perfectam, *quanti ea res est damnari oportere*, non pertinere ad facultatem judicis, qui potest pluris, vel minoris condemnare, sed ad veritatem: hæc verba *quanti ea res est* sunt *ἀμφίβολα*: nam aliquando exprimunt, vel significant veritatem, id est, quanti revera res est, qua de agitur, quantum revera est pretium ejus rei, qua de agitur. Aliquando hæc verba *quanti ea res est* non ad veritatem referuntur, sed ad quantitatem, ut ait *l. 2. §. ult. qui satisd. cog. & l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim.* His verbis *quanti ea res est* non contineri, quod in veritate est, sed quod æstimaverit judex, qui pluris, vel minoris condemnare potest, vel quod actor juratus æstimaverit. Verum in hac parte edicti, quæ est in manu, ut & in plerisque [illegible] tibus edictorum, hæc verba *quanti ea* **A** *res est, tanti reum damnari oportere*, pertinent ad veritatem, non ad quantitatem, quam fecerit actor, vel judex, videlicet cum neque dolus, neque contumacia ulla possessoris intercesserit. Igitur cum dolus cessat, aut contumacia possessoris, condemnatio facienda est *quanti revera ea res est, qua de agitur*, non ultra verum rei pretium, non ultra justum rei pretium. Illo autem casu, id est, dolo, aut contumacia possessoris interveniente, condemnatio facienda est quanti judex ipse arbitratus fuerit, vel pluris scilicet, quam res sit in veritate, vel minoris, vel quanti actor juratus litem æstimaverit, si & tanti secuta fuerit condemnatio. Et ita explicanda *d. l. 37.*

AD *§. ult.* Nunc restat ex hac l. §. ultimus, quem breviter absolvam. Sciendum est actionem ad exhib. esse quidem **B** in personam, ut ait *l. 3. §. est autem, hoc tit.* vi scilicet ipsa, effectu ipso, non etiam scriptura. Nam uti hæc actio scribitur, & concipitur, in rem scribitur, non in personam. quomodo? neque enim dicit actor hoc modo: *Si paret te mihi rem illam dare, aut exhibere oportere.* Sed hoc modo: *Si paret te eam rem possidere, tenere. ejusve rei exhibendæ facultatem habere.* Quæ formula notat rem, non personam: & ideo nec adversus certam personam datur, ut actio in personam, quæ certam tantum personam obligatam tenet: sed tanquam actio in rem: quamvis reipsa sit in personam, datur adversus quemlibet possessorem, *l. 3. §. ult. hoc tit.* Et inde appellatio actionis ad exhibendum, quia in rem exhibendam generaliter concipitur, non in personam, quasi persona debeat eam rem. Et sic etiam Plinius 5. epist. Jam, inquit, *periculum est ne cogatur ad exhibendum formulam* **C** *accipere*. Hinc vero pendet ratio ejus, quod Paulus ait in hoc *§. ult.* hanc actionem dari heredi adversus possessorem, non quasi heredi nomine hereditario ex obligatione in personam, quæ defuncto competere cœpit, sed suo nomine proprio, quasi rei suæ vindicandæ gratia: & retro hanc actionem dari in heredem possessoris, non quasi heredem, videlicet quasi successerit in obligationem, qua defunctus tenebatur obstrictus, sed quasi in possessorem rei tanquam actio in rem, *l. 51. 53. & 55. de rei vindic.* Vis hoc demonstrem apertius? Si heres possessoris non possideat etiam ipse rem, qua de agitur, nec dolo desierit possidere, nam dolus pro possessione est, absolvitur, quia non possidet ipse. Et hoc indistincte, sive cum ipso fuerit lis contestata judicio ad exhib. sive cum defuncto. Utroque casu heres possessoris, si non possideat, absolvitur: & con- **D** tra etiamsi possideat, condemnatur, etiamsi defunctus non possederit, *l. 8. hoc tit.* Itaque ut eleganter Paulus ait *in h. §. non procedit quærere*, id est, huic quæstioni non est locus, *an hæc actio heredi, vel in heredem detur*. Quærendum est autem *an detur domino in possessorem*: quia actionis formula non personam respicit, vel persequitur, quamvis effectu sit in personam, sed rem, quæ possidetur ab eo, unde petitur. Verum addit, quod notandum, *ex dolo tamen defuncti possessoris heredem teneri nomine hereditario, non suo*. quia dolo caret ipse, si modo aliquid ad eum ex dolo defuncti pervenerit, ut si defunctus rem, qua de agitur, dolo malo vendiderit, & pretium ad heredem ejus pervenerit: aliis actionibus in personam ex dolo defuncti heres tenetur, etiamsi nihil eo nomine ad eum pervenerit, *l. ex depositi, de oblig. & action. l. si hominem, §. 1. depos. l. ad ea, §. ult. de* **E** *regul. juris.* Sed hæc actio actionem in rem imitatur, quia in rem scripta est, quia in rem concepta est. Et hoc ita servari in actionibus, quæ concipiuntur in rem, ex hoc ipso libro Pauli est relatum in *l. 42. de rei vind.* Cujus legis sententia hæc est: Si in rem actum sit cum defuncto, vel cum herede, heredem absolvi si non possideat. Quod & supra diximus de actione ad exhibendum, in rem actionem ex præsenti possessione esse, *l. non alias, §. ult. de judic.* in rem actionem possessionem parere adversario, *l. un. C. de alienat. jud. mut.* Verum si quid ex persona defuncti possessoris commissum sit dolo malo, cujus nomine heres conveniatur actione in factum, id est, utili in rem, *l. 52. eod. tit.* videlicet si lis contestata non fuerit cum defuncto, id omnimodo, ut ait, venire in condemnationem, vid. si ex eo locuple-

tior, hereditas facta fuerit, si quid ex eo ad heredem pervenerit. Dixi, si lis cum defuncto contestata non fuerit. Nam si lis cum defuncto contestata fuerit judicio in rem, quo pendente vita decesserit herede relicto, idem judicium transfertur in heredem, & omnimodo in condemnationem venit, quod dolo defuncti commissum fuit, etiamsi ex eo locupletior hereditas facta non fuerit, quia judicium cœpit à defuncto. Ergo ut defunctus damnaretur in solidum, etiamsi nihil ex suo dolo lucrifecisset, eadem hujus judicii conditio sequi heredem ejus debet. Et ita illa *lex 42. de rei vind.* conjungenda est cum *§. ult. hujus l. 12.* Et ita explicatus hic liber 26.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXV. de Neg. gest. *Si quis negotia aliena gerens, plusquam oportet impenderit: recuperaturum eum id quod præstari debuerit.*

Ad L. CXXXVIII. de Reg. jur. *Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.*

Ad L. XXI. de Relig. & sumpt. funer. *In patrem, cujus in potestate fuerit is, cujus funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate, & facultatibus.*

Ad L. XXIII. eod. *Veluti si in dote centum sint, in hereditate ducenta: duas petet heres, unam vir conferet.*

Ad L. XXV. eod. *Nec pretiis manumissorum.*

IN hoc libro Paulus exposuit tria edicta, quorum unum est de actione funeraria, quæ competit extraneo, qui funus defuncto fecit adversus heredem, vel eum, ad quem funeris, & sepulturæ impensa pertinet. Alterum edictum est de actione in factum, quæ datur adversus eum, qui in alienum locum, alienumve sepulchrum invito domino mortuum, vel ossa mortui, exuvias mortui, intulit. Tertium est de actione in factum, quæ datur adversus eum, qui quem prohibet mortuum, ossave mortui inferre in suum locum, in sepulchrum, vel ossuarium suum. Neque enim olim erant loca publica, quæ funeribus, vel ustrinis, vel sepulturis destinata essent, præterquam inopum, quæ proprio vocabulo culinæ dicebantur, ut Festus, & Aggenus Urbicus scribunt: sed unusquisque, cui vel modicæ suppetebant facultates, pro facultatibus in agro suo sepeliebatur. De primo edicto primum dicamus. Actio funeraria competit ei, qui defuncto funus fecit suis sumptibus, hoc animo quasi sumptus recepturus ab herede, vel ab eo, ad quem onus funeris pertinet, non donandi animo, videlicet cum neque esset heres defuncti, neque heredis negotium gerere in animo haberet, forte quod nondum ullus defuncto heres existeret, ut plerumque, *l. 4. de rel. & sumptib. funer.* ait defunctos funerari, antequam ullus eis heres existat. Et hiu utique, qui defunctum funeravit ante aditam hereditatem, antequam ullus defuncto heres existeret: proculdubio non habuit animum gerendi negotii heredis, qui nullus erat. Et ideo non habet adversus heredem, qui postea adierit, actionem negotiorum gestorum. Sed si post aditam hereditatem funus fecerit, proculdubio adversus heredem habet actionem negotiorum gestorum. Nec necessaria est actio funeraria. Deinde actionem funerariam proponi necesse fuit, quia deficiebat actio negotiorum gestorum: nec enim, qui funeravit defunctum, antequam aliquis defuncto heres extitisset, heredis negotium gessit, qui tunc nullus erat, atque ideo non habet eo nomine adversus heredem actionem negotiorum gestorum. Et certe gessit potius negotium defuncti, quam heredis, *l. 1. de rel. & sumpt. funer.* Porro is, qui negotia defuncti gessit, utique nullius negotium gessit, sicut defuncti libertus, qui Orcinus appellatur, nullius dicitur esse libertus, *l. 4. de bonis libert.* Quamobrem actio negotiorum gestorum non datur etiam ei, qui defuncti negotia gessit, quæ cœperunt postquam is vita functus est, sed datur actio negotiorum gestorum ei tantum, qui negotia gessit, quæ cujusque cum viveret, aut cum moreretur, fuerunt, quæve iis negotiis post mortem accesserunt, ut si accesserint fructus, aut partus, aut adquisitiones servorum, *l. 3. §. hæc verba, sive quis, de negot. gest.* Non datur autem ei actio negotiorum gestorum, qui defunctum funeravit: quia hoc negotium, neque viventis, neque morientis fuit: sed esse cœpit demum à morte ejus, quem funeravit: uno verbo, cessat actio negotiorum gestorum. Verum ad exemplum actionis negotiorum gestorum hoc edicto comparata est actio funeraria, quæ & actionem negotiorum gestorum imitari dicitur, *l. 14. §. item Labeo, de rel. & sumpt. funer.* atque adeo, quod notandum, etiam bonæ fidei esse videtur, sicut actio negotiorum gestorum, *d. l. 14. §. hæc actio, & §. judic.* Ac fortasse quæ directæ sunt, & bonæ fidei, & utiles, bonæ fidei sunt, *l. actio, de negot. gest.* Ubi ait inter directas, & utiles discrimen tantum esse in conceptione formularum, cæterum utrasque ejusdem potestatis esse, eundem effectum habere; ergo si directæ fuerint bonæ fidei, & utiles bonæ fidei sunt, utrorumque judiciorum eandem potestatem esse. Actio autem funeraria, cum sit imitatrix actionis negotiorum gestorum, quæso quid aliud est, quam utilis actio negotiorum gestorum? Unde & quæ scripta sunt de actione negotiorum gestorum, recte trahuntur ad actionem funerariam: Ut quod ex hoc ipso libro 27. relatum est in *l. 25. de negot. gest.* eum, qui aliena negotia gessit, & in ea plus impenderit quam oporteret, actione negotiorum gestorum id tantum recuperare posse, quod impendere debuit, *τὸ δόκιμον ἀνάλωμα*, sive impensam probabilem, *ut l. liberto, §. ult. eod. tit. l. 11. C. eod. tit.* Non omne quod impendit, id trahitur etiam ad actionem funerariam. Nam qui funeris causa sumptum fecit immodicum, id tantum actione funeraria recuperare potest quod impendere debuit, pro facultatibus scilicet, & dignitate defuncti, non omne quod impendit. Et ita est proditum in *l. 14. §. hæc actio, de rel. & sumpt. funer.* Et datur quidem hæc actio extraneo, qui funeris impensas fecit adversus heredem defuncti, aut bonorum possessorem, & cæteros Prætorios successores, *d. l. 14. §. ult.* datur, inquam, adversus heredem, vel similem successorem, quamvis eo tempore, quo quis extulit defunctum, & justa ei fecit, hoc negotium nihil pertinuerit ad heredem, qui nondum heres extiterat, id est, qui nondum adierat hereditatem, vel pro herede se gesserat, vel miscuerat se bonis, quoniam scilicet eo postea herede existente, veluti eo postea adeunte hereditatem, post funeratum, & sepultum defunctum, retro fingitur hoc negotium heredis fuisse, propterea quod & ipse retro à morte ejus, cui heres extiterit, ei heres extitisse intelligitur. Atque ideo ex eo etiam tempore, id est, ex tempore mortis familia heredis funesta fuisse dicitur, quoad explesset piacula quædam, quamvis postea heres extiterit, non statim à morte, *l. si ex re, §. ult. de stipul. serv.* Ratio igitur dandæ hujus actionis adversus heredem, vel alium, qui heredis loco sit, hæc est, quam ex hoc ipso libro Paulus retulit, ut constat ex *l. 138. de regul. jur.* quia, inquit, omnis hereditas, quamvis postea adeatur, cum tempore mortis continuatur. Ergo qui postea heres exstitit, retro heres exstitit, retro heres exstitisse intelligitur à tempore mortis, atque adeo quicquid ab eo tempore gestum est funerandi defuncti causa, ad negotium ejus pertinuisse videtur. Nec illa sententia legis 138. quæ confirmatur etiam *l. 193. eod. tit. & l. heres, de adq. hered.* alio respicit, quam ad causam actionis funerariæ dandæ adversus heredem, quod non observatur hodie. Datur etiam hæc actio filiofamilias defuncto, cui extraneus funus duxit suis sumptibus adversus patrem superstitem, in cujus potestate fuerit: funus filiifamilias est æs alienum patris, *l. filius, de in rem verso.* Quod etiam ex hoc libro Pauli relatum est in *l. 21. de religios. & sumpt. fun.* in patrem, inquit, cujus in potestate fuerit is, cujus funus factum est, competit funeraria pro dignitate, & facultatibus. Pro dignitate familiæ, & facultatibus patris. Nam ut ante diximus, id tantum actione funeraria reciperat, qui ultro in funus, & sep[...]ratu impendit,

quod

quod debuit impendere pro dignitate, & facultatibus, *l.12. §.pen.eod. tit.* Datur item hæc actio funeraria adversus maritum, qui morte mulieris dotem lucratur, quia ut ait *l.16. eod. tit.* æquissimum esse veteribus visum est, mulierem quasi de suis patrimoniis, ita de dotibus funerari. Dos est patrimonium mulieris, *l.3.§.sed utrum, in fine, de minorib. l.4. C. in quibus causis pign. vel hypoth.* Ubi patrimonium, id est, dos. Nec præter dotem plerumque olim quicquam aliud mulieres in bonis habebant, ut est relatum in *l. ult. §.1.C.qui potior. in pign.* neque mulieres ditescere volebant, ne insolescerent. Testis est hujus rei lex Voconia de coercendis mulierum hereditatibus. Unde etiam plerumque patres eas exheredabant, sola dote eis relicta pro modo facultatum, & dignitate familiæ, cum suæ, tum mariti, ut *l.10.§.ult. de alimen. legat.l. emptor 64.§. ult. de rei vindicat. l.qui volebat, de hered.instit.l.cum pater,§.pater, & l.Titia, §. qui invita, de leg.2.* aut patres, cum eas nuptum collocabant, paciscebantur, ut dote contentæ, nullum ad bona paterna regressum haberent. Huic pactioni, quæ religiosæ erant, & obsequentes memoriæ patrum, non audebant contravenire, vel obloqui, quamquam id jure possent. Nam hæc pactio jure civili improbatur, *l.3. C. de collation.* quod & usu receptum est, etiamsi pactioni additum fuerit jusjurandum: venia tamen jurisjurandi petita. Nec servatur in Gallia Bonifacii decretum, quod exstat in cap.*quamvis pactum, de pactis, libro sexto*. Nam & totus ille liber sextus Decretalium nunquam receptus fuit in Gallia propter capitales inimicitias, quæ inter Bonifacium illius libri sexti auctorem, qui malis artibus obrepsit in Pontificatum, & Regem Philippum Pulchrum ortæ sunt, quæ tandem, & Bonifacium Orco demisere. Quid si mulier, quæ vita functa est, non tantum dotem habeat, quam maritus lucrifaciat, sed etiam alia bona, quæ ad heredem ejus perveniant? hoc casu tam maritus, quam heres actione funeraria tenentur pro rata portione, *ut l.22.27. & 30.de religios.& sumpt. funer.* Quod quidem proposito exemplo Paulus hoc ipso libro declaravit, quod exstat in *l.23.eod.tit.*hoc modo: Si in dote sunt centum, in hereditate mulieris ducenta, altero tanto plus, quam maritus, in funus mulieris conferre heres debet, id est, heres conferre debet duas partes, maritus unam. Idque non deducto ære alieno defuncti, non deductis legatis, non deductis pretiis servorum manumissorum testamento defuncti. Quod etiam ex hoc libro Pauli additur in *l. 25.* Prius enim satisfieri oportet ei, qui defunctum funeravit suis sumptibus, quam creditoribus hereditariis, & prius quam legatariis: imo & prius quam manumissis testamento præstentur, aut competant libertates. Actio funeraria privilegiaria est. Imo & qualibet actio, quæ ob sumptus funeris competit, velut familiæ erciscundæ, aut mandati actio, *l. pen.& l.ult. in fi.eod.tit. l.2.de privilegiis credit.*Alias est *lex quæsitum, de reb.auct.jud. poss.* Igitur longe alia est conditio legitimæ portionis, quantumvis licet liberis, & parentibus, & natura, & legibus debeatur; longe alia conditio Falcidiæ, quam jure testamenti heredes legatis onerati ex hereditate deducunt: neque enim deductio Falcidiæ, vel legitimæ natura debitæ privilegiaria est, sed postquam facta est deductio impensæ funeris, & deductio æris alieni, & deductio æstimationis servorum manumissorum, postremo omnium loco fit deductio Falcidiæ, vel legitimæ ex eo quod superest, *l.Papinianus, §. quarta, de inofficios. test.§.ult. Institut.de lege Falcidia.* At deductio sumptus funerarii privilegiaria est, & omne creditum præcedit.

Ad L. XXXII. de Relig.& sumpt.fun.*Si possessor hereditatis funus fecerit, deinde victus in restitutione non deduxerit quod impenderit, utilem esse ei funerariam.*

Ad §. Si eodem *momento vir, & uxor decesserit, Labeo ait in heredem viri pro portione dotis dandam hanc actionem, quoniam id ipsum dotis nomine ad eum pervenit.*

De eadem actione funeraria est, quod ex eodem libro Pauli relatum est in l. 32. *eod. tit. de relig.* cujus duæ sunt partes. [Prio]ris sententia hæc est: Si is, qui heres non erat, sed possidebat hereditatem pro herede, vel pro possessore, funus defuncto fecerit: & postea cum eo verus heres egerit petitione hereditatis, & evicerit hereditatem, potest in restitutione hereditatis deducere sumptum, quem fecit in funus: habet deductionem sumptus, sive retentionem: actionem funerariam directam non habet, quia ei fuit animus gerendi sui negotii, non gerendi negotii defuncti, vel negotii hereditarii. Verum si per imprudentiam hanc deductionem sumptuum omiserit in restituenda hereditate, ex æquo & bono ei accommodabitur utilis actio funeraria, adversus eum, qui hereditatem evicit. Et ita hoc explicandum est ex *l. 14. §. si quis dum, hoc tit.* Posterioris partis hæc est sententia. Si eodem momento vir, & uxor simul perierint in navi forte, vel si ruina ædium oppressi sint, & dos sit ejusmodi, ut præmortua muliere lucro mariti cedere debeat, ut puta, si sit dos adventitia, vel si sit dos profectitia, & pater, qui eam dedit, non superstit. Hoc casu, quia verisimile est priorem mulierem quasi infirmiorem vita decessisse, ut in *l.qui duos, §.si maritus, de reb.dub.* recte ait Paulus dotem ad heredem mariti transmitti, quasi quæsitam marito, qui supervixisse uxori intelligitur, atque ideo pro portione dotis, quæ verba Accursius non intelligit, id est, ἀναλόγως, sive pro rata,*l.22.hoc tit.*pro rata, inquam, heredem mariti teneri actione funeraria, & heredem quoque mulieris pro rata cæterorum bonorum, quod & ante dictum est. Et hæc sufficiant de primo edicto.

Ad L. XLIII. de Rei vind. *Quæ religiosis adhærent, religiosa sunt: & idcirco nec lapides inædificati, postquam remoti sunt, vindicari possunt, in factum autem actione petitori extra ordinem subvenitur: ut is, qui hoc fecit restituere eos compellatur.*

Ad §. Sed si alieni *sine voluntate domini inædificati fuerint: & nondum facto monumento, in hoc detracti erunt, ut alibi reponerentur, poterunt à domino vindicari. Quod si in hoc detracti erunt, ut reponerentur, similiter dominum eos repetere posse constat.*

Ad L. XXVII. de Injur. *Si statua patris tui in monumento posita, saxis cæsa est, sepulchri violati agi non posse, injuriarum posse Labeo scribit.*

Ad L. IV. de Sepul. viol. *Sepulchra hostium religiosa nobis non sunt, ideoque lapides inde sublatos in quemlibet usum convertere possumus, nec sepulchri violati actio competit.*

Sequitur alterum edictum, quod est de actione in factum, quæ datur adversus eum, qui sepulturæ causa in alienum locum purum, vel sepulchrum, vel ossuarium invito domino, vel eo, ad quem ea res pertinet, mortuum, vel ossa mortui intulit, inferrive curavit, & datur in hoc hæc actio adversus illum, ut vel tollat quod intulit, vel loci pretium præstet, loci puri scilicet: Nam sepulchrum vendi non potest, *l.7. de religios.* Ac præterea edicto comprehensum est nominatim, cum subjici pœnæ pecuniariæ, qui videlicet in alienum sepulchrum, quo jus ei non fuit inferre, mortuum intulit, *l.2.§.prætor, eod.tit.* nempe, quia hic in alienum sepulchrum mortuum intulit, cujus pretium nullum est, propterea quod religione affectum est: res sacræ, sanctæ, religiosæ inæstimabiles sunt, impretiabiles sunt: quia, inquam, hic qui in alienum sepulchrum sine voluntate ejus, ad quem jus sepulchri pertinet, mortuum intulit, sepulchri violati reus est, & ideo pœnæ pecuniariæ subjicitur. Paulus primo Sententiarum, *Qui*, inquit, *sepulchrum alienum effregerit, vel aperuerit, eoque mortuum suum, vel alienum intulerit, sepulchrum violasse videtur.* Et ut ait *l.9. de sepulc. viol.* actio quoque pecuniaria datur de sepulchro violato, ne dum criminalis, scilicet actio pecuniaria, id est, actio in factum, quæ vel ejus quod interest actoris, vel pœnæ pecuniariæ persecutionem continet, ut *l.3.de sepulc.viol.* Quæ actio, ut opinor, non est famosa, quia in factum scribitur, sive in factum concipitur, non in personam. Denique factum arguit potius, quam personam, quæ fecit. Itaque honesta est actio, non turpis, aut famosa. Nullæ actiones in factum sunt famosæ, *l. 1. §. interdictum hoc, de* vi,

vi, & vi arm. l. non debet, de dolo, l. 1. C. de jure dot. Quid est igitur quod ait *l. 1. de sepulc. viol.* actionem sepulchri violati irrogare infamiam? Sane hoc non est accipiendum de actione in factum, inquam, pecuniariæ quantitatis, vel pœnæ ratio deducitur: sed de actione, quæ descendit ex crimine sepulchri violati, quod pertinet, vel ad legem Juliam peculatus, si quid ex sepulchro quis sustulerit, interceperit, in rem suam verterit, *l. 1. ad leg. Jul. pecul.* vel ad legem Juliam de vi publica ex illa parte, qua de eo cavetur, qui fecit quo minus aliquis funeretur, sepeliaturve, *l. 5. ad leg. Jul. de vi publ.* nam & quicunque sepulchrum violat, facere videtur, quo minus quis sepeliatur, *l. 8. de sepulc. viol.* Cui proxime juncta l. 9. aperte demonstrat, crimen, actionemve descendentem ex crimine sepulchri violati separari ab actione pecuniaria sepulchri violati: lex 8. nimirum est de crimine sepulchri violati, vel actione criminali: lex 9. de actione pecuniaria sepulchri violati, de actione in factum, quam dicimus non esse famosam. Illam autem esse famosam, quia pertinet ad judicia publica, quæ omnia sunt famosa, id est, vel ad legem Juliam peculatus, vel ad legem Juliam de vi publica. Hanc autem actionem pecuniariam sepulchri violati hoc libro 27. Paulus docuit cessare duobus casibus. Uno si quis statuam patris tui in sepulchro positam, vel affixam non everterit, aut sustulerit, quo casu proculdubio teneretur sepulchri violati, sed eam saxis ceciderit. Hic enim tenetur actione injuriarum, non actione sepulchri violati, quia non ideo intelligitur violasse sepulchrum, *l. 27. de injur.* Altero autem casu, si quis ex sepulchris hostium, quæ sunt in Romano solo, lapides, aut columnas sustulerit, & in quemlibet usum converterit, quia sepulchra hostium nobis religiosa non sunt: nec igitur eo nomine cuiquam competit actio sepulchri violati popularis, *l. 4. de sepulc. viol.* quæ est ex eodem libro. Sepulchra civium ea sola nobis religiosa sunt, & quæcunque iis adhærent, injuncta, vel inædificata sunt, ut in hoc libro Paulus scripsit *l. 43. de rei vindic.* Et ideo lapides sepulchro inædificatos, etiamsi postea removeantur, ait à quondam domino vindicari non posse, quia pars sepulchri sunt, & divini juris, non humani, non privati, *l. 2. de sepulc. viol. l. in rem 23. §. 1. de rei vind.* & qui eos lapides amoverit, consequenter sepulchri violati tenetur. Quod si pars sepulchri sunt, in bonis nostris non sunt, aut esse desierunt, *l. 4. de aq. pluv. arc.* Ergo nec vindicari possunt, directa scilicet, & ordinaria vindicatione: sed ut Paulus ait d. *l. 43.* extra ordinem in factum actione tenetur is, qui eos amoverit. Actio in factum extraordinaria est subsidiu rei vindicationi: ubi non est vindicatio legitima, & directa, hæc est ex causa, *l. in rem, §. item quæcunque, & l. 53. cum autem, eod. tit.* Sed ut subjicit in eadem *l. 43.* si lapides alieni monumento puro, nondum functo, id est, nondum facto religioso, nondum occupato religione, in quem scilicet nondum mortuus illatus est, inædificati fuerint, & inde detracti, ut alibi inædificarentur, vel etiam ut ibidem postea reponerentur, hoc casu à domino vindicari possunt directo judicio, quoniam nulla in eis religio est. Detractos monumento puro dicit vindicari posse, non injunctos, inædificatos, quia *l. 12. tabul.* tignum alienum alieno cuicunque ædificio junctum vindicari vetat, ne ædificia diruantur, *d. l. in rem, §. pen.* & tigni nomine etiam lapides continentur, & omnis materia, ex qua ædificia fiunt. Ac detractum, & exemptum tignum ædificio alieno, detracti lapides monumento puro vindicari possunt, *d. l. in rem, §. ult. §. cum in suo, Instit. de rer. divis.* Non omittam in extremo *d. l. 43.* perquam nove Paulum *repetere* usurpasse pro petere, id est, vindicare. Alias enim repetere est condicere, non vindicare. Repetitio, condictio, non vindicatio. Unde & illud vulgare, *Res extantes peti*, id est, res nostras, quæ exstant peti à nobis: consumptas repeti, quo genere Titus Livius 29. *Prætor*, inquit, *Locrensibus permittit, ut quod quisque suum cognosceret, prehenderet, vindicaret. Si quid consumptum esset, repeteret.*

Ad L. IV. Quemad. servit. amittunt. *Iter sepulchro debitum, non utendo nunquam amittitur.*

ADdamus ex eodem libro Pauli, quod est in *l. 4. quemad. serv. amitt.* servitutem itineris sepulchro debitam non teneri quidem eadem religione, qua sepulchrum, non esse partem sepulchri: sed privati juris esse: iter sepulchro debitum privati juris esse, *l. 14. §. 1. de servit.* Verum non utendo, ut cæteras servitutes per constitutum tempus, nunquam amitti. Privatum ergo iter non utendo non amitti, quod sepulchro debetur. Cur ita? Non quia natura sui hæc servitus, quæ sepulchro debetur, intermissionem habet (Nam & alia servitus, quæ natura sui intermissionem habet, non utendo amittitur, duplicato constituto tempore, *l. 6. 7. eod. tit.*) sed ratio hæc est: quia usus religionis hoc exigit, ut etsi sepulchro iter non debeatur, tamen à vicino præstari debeat, *l. 12. de religios.* & multo magis si debeatur sepulchro servitus, ei perpetuo conservari debet.

Ad §. 1. L. CXXXVIII. de Regul. jur. *Nunquam crescit ex postfacto præteriti delicti æstimatio.*

EX eodem Pauli libro est regula relata in posteriore parte *legis 138. de reg. jur.* cujus initium exposuimus sup. quæ etiam ad hanc partem edicti referenda est, hoc modo. Si quis sepulchrum alienum violaverit, mortuo in id illato suo, vel alieno, sine voluntate ejus, ad quem jus sepulchri petinet, ex hoc edicto pœnæ pecuniariæ subjicitur, quæ pœna nihil aliud est, quam æstimatio delicti: & si forte antequam ea pœna exigeretur, iterum in idem sepulchrum mortuum intulerit, an dicemus augeri pœnam? Minime. *Quia nunquam æstimatio præteriti delicti*, inquit, *ex postfacto crescit*; sicut, ut hoc exemplo faciam manifestius, si fur ejusdem rei domino duo furta fecerit, priusquam cum eo ageretur furti, ex causa furti prioris non amplius, quam semel cum eo furti agi potest, neque interim ejusdem furti iteratio auget pœnam, si re integra antequam cum eo ageretur furti, subinde ejusdem rei, & sæpius fecerit furtum, amissa possessione interim forte, idque ostenditur in *l. infitiando, §. infans, de furt.* Et ita quoque *lex* 28. *de furt.* ait, nihil ad pœnam furti ex postfacto adjici, si quis chirographum, quod furto surripuit, postea deleverit, quia nunquam ex postfacto crescit præteriti delicti æstimatio. Et ita si in alienum sepulchrum mortuum intulero, & priusquam mecum ageretur sepulchri violati, rursus alium mortuum intulero, atque alium, una tantum est actio in me sepulchri violati, & una pœna, quam non auxit iteratio violatæ religionis. Et ita est explicanda illa lex. Duæ igitur regulæ illius legis 138. proprie pertinent ad edictum *de religiosis, & sumpt.* Nam priorem partem, hereditatis scilicet aditionem continuari cum morte testatoris heri ostendi, & pertinere ad actionem funerariam, & conjunctam quoque legi 138. legem 137. quæ præcedit, ad eundem titul. *de rel.* pertinere constat ex *l. 14. §. 1. eod. tit.*

Ad L. III. de Religios. & sumpt. fun. *Ex consensu tamen omnium utilius est dicere, religiosum posse fieri, idque Pomponius scribit.*

REstat adhuc ex eodem libro Pauli *l. 3. eod. tit. de rel.* quæ etiam pertinet ad edictum, quod feci secundum, quodque est in manu. Verba edicti hæc sunt: *Sive homo mortuus, ossave hominis mortui in locum purum alterius, aut in id sepulchrum, in quo jus non fuerit, illata esse dic. &c.* Locum purum opponit sepulchro, id est, religioso loco. Locus igitur purus est, qui religiosus non est. Et qui in locum purum mortuum infert sine consensu ejus, cujus interest, locum religiosum, aut justum sepulchrum non facit, etiamsi sit proprietarius. Fructuarius non facit locum religiosum inferendo mortuum in locum suum, invito proprietario; & contra quoque proprietarius non facit locum religiosum invito fructuario. Item is, qui pleno jure dominus est, non facit locum religiosum invito eo, cujus prædio ille locus servit, aut invito creditore, cui locus ille pignori obligatus est, videlicet, si debitor alienum mortuum intulerit, ut *l. 2. §. ult. hoc tit. l. locum, de usuf.* Veru[illegible] consentientibus

bus illato mortuo, profecto locus religiosus fit. Et hoc tantum habet *l.3. Ex consensu tamen omnium*, de quibus est actum in *l. 2.* utilius est dicere religiosum posse fieri. Et hæc de secundo edicto. A

Ad L.XI. eod. *Quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur quos jus est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.*

TErtium edictum est de actione in factum, quæ datur adversus eum, qui quem prohibet mortuum inferre in locum, vel monumentum suum, & datur in id, quod interest, *l.9. hoc tit.* Et huic quidem actioni hoc libro Paulus scripsit in *l.11. eod. tit.* locum esse, etiamsi locus monumenti, pure scilicet venierit. Vendi eum posse constat, quia religiosus non est, *l.6. §. ult. hoc tit. l.52. §. item ex facto, pro soc.* B Si igitur quis monumentum purum nondum functum vendiderit, addito hoc pacto, ne in id emptor inferat certos quosdam homines, veluti libertos suos, quos tamen jus est inferre, cum monumenti puri factus sit dominus venditione, & emptor prohibeatur à venditore libertos inferre, Paulus existimat huic actioni locum esse in id, quod interest, quia pacto hoc effici non potest, ne emptor in monumentum, quod emit, inferat quos volet: quia plerumque nihil interest venditoris, cum à se monumentum abalienaverit. Interest quidem emptoris, ne prohibeatur in monumentum, quod emit, mortuos suos inferre, vel alienos: cæterum nihil interest venditoris, ne hoc faciat emptor. Stipulatione tamen eleganter ait Paulus in *d.l.11.* id effici potest, stipulatione non quacunque, sed stipulatione pœnali, ex qua datur actio etiam ei, cujus nihil interest. Pœna nihil C habet commune cum eo, quod interest, id est, cum re, ex stipulatione pœnali agit etiam is, cujus non interest, *l. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig.* Et ita explicanda illa lex 11. Observa Paulum ibi loqui de eo, qui monumentum vendidit, quod erat purum: hic non potest efficere pacto convento, ne ibi emptor sepeliat mortuum, de illo est quæstio, qui non monumentum, quod nullum exstabat, sed fundum vendidit: an id pacto excipere possit, ne in eo fundo emptor sepulchrum exstruat, ne sepeliat in eo fundo mortuum, quod etiam negatur *in l. pen. de pact.* quia plerunque nihil interest venditoris. Recte dico hoc casu *plerunque*, quoniam si venditoris intersit, ne in fundo vendito emptor sepeliat mortuum, tunc pactum servandum, ut puta si venditor in proximo habeat, in confinio habeat alium fundum, & abhorreat venditor à frequentia hominum, qui D solebant plerunque ad sepulcreta, & ustrinas convenire, vel officii causâ supremi, vel pauperes, ut è rogo raperent cœnam funerum, quæ *silicernium* dicebatur, ut quod Catullus ait in Rufum *devolutum ex igne persequerentur panem*, vel etiam hoc paciscendo venditor hoc agit, ne ad se perveniat nidor epularum, quæ in funere comburi solebant. Et hoc casu recte Justinianus censet pactum esse servandum in *l. ult. C. de pactis inter empt. & vend.* quod non pugnat cum *d.l. penult.* quæ respicit ad id, quod plerumque fit. Plerumque enim nihil interest venditoris, in fundo vendito non sepeliri mortuum: sed potest interesse, si in eo confinio alium fundum habeat, qui casus solus exprimitur in *d. l. ult.*

E

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.II. de Reb. cred. *Mutuum damus, recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum) sed idem genus. Nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.*

Ad §. Mutui datio *consistit in his rebus, quæ pondere, numero, mensura [illegible] consistunt: quoniam eorum datione possumus in* A *creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. Nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*

Ad §. appellata est *autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: & ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.*

Ad §. Creditum *ergo à mutuo differt, qua genus à specie: nam creditum consistit extra eas res, quæ pondere, numero, mensura continentur: sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia: creditum autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur.*

Ad §. In mutui *datione, oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filiusfamilias, & servus dantes peculiares nummos obligant: id enim tale est, quale si voluntate mea tu* B *des pecuniam: nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.*

Ad §. Verbis quoque *credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.*

ABSOLUTO Libro XXVII. sequitur ut transeamus ad 28. in quo Paulus secutus ordinem edicti perpetui, tractavit de certi condictione generali, quæ à primis verbis, tituloque ipso edicti prætorii appellata est *Actio si certum petatur de rebus creditis*. Tractavit etiam de speciali certi condictione, quæ ex mutuo nascitur, vel ex promutuo: ejusmodi est condictio indebiti, & de aliis specialibus condictionibus ob rem, vel ob causam, vel sine causa, vel ex injusta causa, ut specialiter ex causa furtiva, vel triticaria, quæ omnes ordine digeruntur lib. 12. C Digest. Ac de condictione ex mutuo simul, & de differentia mutui, & crediti primum ex lib. 12. datur ex eo libro Pauli 28. *l.2. de reb. cred.* quæ initio docet, mutuum dari, non ut eandem speciem creditor, quam dedit, id est, cujus dominum accipientem fecit, recipiat, sed aliam ejusdem generis. *Mutuum*, inquit, *damus recepturi non eandem speciem quam dedimus* (id est alienavimus) *alioquin commodatum erit, aut depositum, sed idem genus. Nam si aliud genus, ut pro tritico vinum recipiamus, non est mutuum.* Et hanc tantum sententiam hodie interpretabimur, quia in hac l. quæ est vexata ab omnibus interpretibus, decrevi, vel paucis attingere omnia, quæ in ea DD. contulerunt, etiam si pleraque supervacua sint. Ex hac autem prima sententia hujus legis possis conficere definitionem mutui: *Mutuum esse contractum, quo hoc agitur, ut non eadem species, quæ datur, sed alia* D *ejusdem generis creditori quandoque præstituta die reddatur.* Mutuum contractus esse dicitur in *§. Jus autem gentium, Institut. de jure natur.* quamvis non ultro, citroque, id est, non mutuam obligationem pariat ex utraque parte contrahentium, sed ex parte accipientis tantum. Contractus igitur est *μονόπλευρος*, ut Græci loquuntur, sicut & stipulatio, non *δίπλευρος*, ex quo, ut dixi, debitor eandem speciem, quam accepit, non reddit, creditorve eandem speciem, quam dedit, non recipit, sed aliam ejusdem generis ejusdem materiæ, ut ait *lex oleo, C. de usur.* Quum enim hoc agitur, ut creditor eandem speciem recipiat, non mutuum, sed commodatum est, inquit, vel depositum, adde, vel pignus, vel præcarium, vel locatio, vel dos. Accursius hoc loco male speciei appellationem coarctat ad corpora. Speciei enim appellatione non tantum corpora, videlicet certa, significantur, veluti fundus ille, homo ille, vestis illa, lanx illa, discus E ille, aurum, vel argentum illud, quod appensum non est, quæ Dialectici vocant *individua*: sed speciei appellatione continentur etiam quantitates, sive res, quæ quantitate valent potius, indicantur, spectanturque, quam corpora, ut eleganter ostenditur in *l. 1. §. non solum, ad leg. Falcid. l. si is, qui nummos, de solut.* ut auri, vel argenti infecti scilicet, vel etiam facti, non cusi causa monetæ, certum pondus frumenti, aut vini, certa mensura, certa modiatio, olei certa mensura, vel certum pondus: nam & oleum datur ad pondus, *l.4. de trit. vin. & olea leg. l.8. §. ult. de leg. 1. l. si quis à me, de action. emp. l. pen. C. de rei vindic.* Itemque nummorum certus numerus. Hæ res quantitate valent, spectanturque, non corpore, id est, pondere, vel men-

ſura, vel numero. Denique quantitates non ſunt corpora, A ſed potius ſunt quaſi corpora, aut eſſe cenſentur. Atque ideo dicuntur etiam conſtare, & contineri pondere, numero, & menſura: hæ ſunt res, quæ uſu conſumuntur. Quæ igitur ſunt in abuſu, non in uſu: nam earum uſus abuſus eſt, ſive conſumptio: hæ res nimirum utendo depereunt: etiam nummi aſſidua permutatione deperire videntur. Corpora autem, quæ ſcilicet ſpectantur, ut corpora, ſunt in uſu, non in abuſu. Uſus corporum non eſt conſumptio eorundem: Et in his quidem ſolis rebus, quæ ſunt in abuſu, quales ſunt quæ pondere, numero, menſura conſtant, mutuum conſiſtere poteſt, quod ita contrahimus, ut dixi, non quaſi recepturi eaſdem res, quas dedimus, nimirum damus in hoc, ut qui eas acciperet, eis abuteretur, & conſumeret, ſed quaſi recepturi idem genus, ſimilemve materiam, non eandem, veluti pro nummis alios nummos ſimiles, pro vino vinum B aliud, pro vetere novum, niſi ita actum ſit, pro auri maſſa parem auri maſſam, ſervata, & reddita quantitate eadem, & non quantitate tantum eadem, ſed etiam natura, & qualitate eadem, bonitate eadem, *l.3. h.t.* Cæteri autem contractus, quibus agitur, ut eandem rem, quam dedimus recipiamus, conſiſtunt in corporibus. Et non in corporibus tantum, ſed & quidam ex his, in his reb. quæ pondere, numero, menſura continentur, ſiquidem hæ res dantur veluti corpora, ea lege, ut eædem ipſæ res creditori reſtituantur. Nam & commodatum, hac lege interpoſita, in nummis conſiſtit, *l.3. §.ult. & l.4. commod. l.ſi ego, in fin. hoc tit.* Itemque depoſitum, *l.24. depoſ.* & locatio, & conductio, *l.in nave, loc.* Alii ſunt contractus ab iis omnibus diverſi, quibus hoc agitur, non ut eandem ſpeciem, non ut idem genus recipiamus, ſed ut aliud genus, veluti pro tritico vinum, vel oleum C in *l.pen. C.de rer. permut.* quod negotium permutatio dicitur, vel pro merce pecuniam numeratam, aut retro pro pecunia numerata mercem, quod negotium emptio venditio eſt. Et quidem ſi ab initio detur triticum, ut vinum accipiatur, permutatio eſt, vel quod idem eſt, contractus *do, ut des*, neque enim ulla eſt differentia inter permutationem, & contractum *do, ut des*, ut aperte oſtendit *l.naturalis, §.1. de præſcript.verb.* Quæ cum dixiſſet initio, *ſi pecuniam dedero, ut rem acciperem*, emptionem eſſe, *ſin vero rem dedero, ut aliam rem acciperem*, non eſſe emptionem, ſed permutationem, cum tractaret de articulo *do, ut des*, ſubjecta hac ratione, quia placet permutationem non eſſe emptionem, ſatis demonſtrat rem ita geſtam, *do, ut des*, permutationem eſſe. Et male igitur Accurſius hoc loco, & alibi paſſim autumat, permutationem eſſe, ſi res detur ut alia res accipia- D tur, quod & verum eſt: contractum autem do, ut des eſſe, quod eſt falſum, ſi res detur, ut poſt tempus rurſus eadem res recipiatur: nam res ita geſta non eſt quidem permutatio, ſed non eſt etiam negotium do, ut des, verum cadit in aliam ſpeciem contractus veluti dotis: fundus dotalis datur, ut idem fundus ſoluto matrimonio divortio, vel morte mariti, mulieri reddatur: vel etiam in ſpeciem contractus emptionis venditionis, quum res venditur, & traditur ea lege, ut poſt tempus eadem res revendatur venditori, & remancipetur, *l.2. C. de pact. inter empt. & vend.* vel etiam in ſpeciem donationis, quum res donatur ea lege, ut poſt tempus eadem res donatori reſtituatur, *l.3. C.de donat. quæ ſub modo*. At ſi cum ab initio non convenit, ut pro tritico vinum reddatur, quod ſi conveniſſet, eſſet permutatio, ſed ut triticum ejuſdem generis, & bonitatis, eadem menſura E reddatur, quamvis poſtea nihil prohibeat ex voluntate creditoris pro tritico vinum reddi, *l.ſi ei nuptura, de jur. dot. l.manifeſti, C. de ſolut. l.pretii, C. de reſcind.vend.* nihilominus contractum mutuum eſſe intelligitur: initium enim conventionis in diſtinguendis contractibus ſemper ſpectatur, & cauſa, non exitus, *l.8. mandati, l.1. §.quod ſi rem, & §.ſeq. depoſ.* Unde, quæ eſt alia ſpecies, tametſi in contrahendo mutuo hoc agi ſoleat ab initio, ut non iidem ipſi nummi, qui dantur, recipiantur, ſed alii ejuſdem generis, nec ut Agrœtius ait, cujus verba paulo infra ſubjiciam, neceſſe ſit eoſdem ipſos nummos reddi: tamen nihil vetat eoſdem ipſos reddi, nec ſi iidem ipſi redditi, & ſoluti ſint, ea res quicquam mutat contractus originem, & cauſam: quia &

A quaſi alii quidam nummi redditi ſunt: ab initio contractus æſtimantur, non à fine: ab obligatione contracta, non à diſſolutione obligationis. Et ita hoc Accurſius ſentit recte hoc loco. Quod tamen ita procedit, ſi poſt intervallum aliquod iidem ipſi nummi reddantur: nam ſi extemplo iidem ipſi nummi reddantur, nullum mutuum contractum intelligitur, quoniam qui nummos accepit, eis uſus non eſt, & uſus cauſa mutuum contrahitur, id eſt, abuſus. Et multo magis ſi nominatim hoc agatur ab initio, ut iidem ipſi nummi reddantur poſt tempus, non eſt mutuum, ſed eſt commodatum potius, nec alienati eſſe intelliguntur: quandoquidem in iis videtur ſpectatum corpus ipſum nummorum, non quantitas, quum ita actum eſt, ut iidem ipſi reddantur poſt tempus, *l.qui ſic ſolvit, de ſolut.* qui ſic ſolvit, ut recipiat, non ſolvit: & retro, inquit, qui ſic alienat, ut reci- B piat, non alienat, ergo mutuum non contrahit. Nam mutuum eſt ſpecies alienationis. Item ſi hoc agatur datis nummis, ut nulli reddantur, quod *creditum inſolubile* Seneca vocat, mera donatio eſt, non mutuum. Etiamſi, qui dedit ea lege, ut non reddantur, mutuos ſe nummos dare dixerit, forte mutuam gratiam captans. Non omne mutuum eſt id, de quo agimus. Mutui nomen eſt multiplex, mutuum eſt quodcunque habemus ad tempus: bona à Deo nobis dantur *mutua: vita*, inquit Ovidius, *data eſt utenda ſine fænore nobis* .i. *mutua*. Et eleganter Accius: *Nulli vita propria in vita eſt*. Proprium opponit mutuo. Virtus animi eſt propria, quia ſempiterna, cætera mutua. Item quod datur in anteceſſum conductori mutuum eſt, *l.2. C. de frum. urbis Conſtantinop. libro 11. ce que l'on aduance*, quod prorogatur, quod datur *ἐν προχρείᾳ*, ut in illa *l.2.* nummi, qui C ex arca frumentaria dantur piſtoribus ad coemptionem frumenti, qui non ſolebant iis dari, niſi poſt coemptionem, dicuntur mutuo dari, quia dantur in anteceſſum, ſive promutuo. Commodatum item mutuum dicitur, *l. item legatum, §.1. de leg.3.* Ubi eorum, quæ erant in promiſcuo uſu, maritus ab uxore uſum mutuari dicitur, puta veſtimentorum uſum, quæ tamen ipſe erat redditurus uxori. Mutuari ergo dicitur, quod commodato accipitur. Et ſimiliter in *l.quæſitum, §.ſi quis eodem, de inſtrum. leg.* agros ab agris ſæpenumero inſtrumenta ruſtica mutuari, quod nihil aliud eſt, quam commodato accipere. Et Symmachus 7. Epiſtolarum epiſt. 69. *Quod Aricia tenus precarium de amico Cantherium mutuatus*, id eſt, precarium equum, quem duceret Ariciam uſque, commodato accepit. De quo etiam exſtat, eum furti teneri, ſi ultra Ariciam duxerit equum, D quem ſi mutui lege, & conditione acciperet, de qua eſt hic titulus, ſane duxiſſet quocunque voluiſſet. Et in hunc locum valde ſuavis eſt Fulgoſius, cum inſpecta natura mutui, de quo eſt hic titulus, quod conſiſtit tantum proprie in iis rebus, quæ pondere, numero, menſura conſtant, ideo exiſtimavit non recte dici latine, *mutua mibi librum tuum*, ſed dicendum eſſe, *commoda librum tuum*, & ſe mutaſſe ſententiam fatetur, admonitum à Theologo quodam, qui utebatur præclariſſimo teſtimonio ex legenda Sancti Benedicti, in qua eſſet ſcriptum, *vas aliquod quendam mutuo accepiſſe*, quod commodato tamen acceperat, quod nec in legenda Benedicti tantum eſt, ſed in dialogis Gregorii libro 2. quo loco etiam non *mutui* nomine utitur, ſed *præſtiti*, ut vulgus *mutuum* appellat *præſtitum*. Verum (mittamus nugas) ſicut mutuum appellatur commodatum, E ſicut mutuum pro commodato accipitur, retro etiam commodatum pro mutuo, ut *l. 1. C. Theod. quod juſſu*, duobus locis pecuniam commodare pro *mutuam* dare: quibus tamen in *l.ult. C. quod cum eo, qui in aliena poteſt.* pro commodare Tribonianus uno loco repoſuit mutuam dare, altero *præſtare*: locus notandus quaſi ſcilicet, ut in idiotiſmo *præſtare* ſit commune mutui, & commodati, ut & poſterioris ætatis auctores dixerunt ſæpiſſime *præſtare*, pro *mutuum dare*. Et Optatus Afer lib.3. *ne convenirentur pro præſtitis ſuis*, .i. pro pecuniis, quas mutuas acceperant. Commodare etiam pro mutuum dare Aurelianæ *ſynodi 3. cap.26. ne Clericus pecuniam commodet ad uſuras*. Et recte vetus interpres Pſalmo 111. *Benignus homo, qui miſeretur, & commodat*, id eſt, mutuum dat. Unde l[illegible] ita conſti-

tui-

tuimus: Mutuum esse quasi commodatum ad abusum, A commodatum autem esse quasi mutuum ad usum: Nam & mutuo dati dominium transfertur in accipientem. Commodati non item, sicut nec pignoris, nec depositi, nec locati, nec omnino etiam dotis. Item mutuum consistit, ut jam diximus, in rebus, quarum abusus, non usus est. Commodatum proprie in rebus, quarum usus est, non abusus. Proinde, quod Paulus ait initio hujus l. ex commodato recipimus eandem rem, itemque ex deposito, pignore, locato, precario, dote: ex mutuo non recipimus eandem rem, sed idem genus. Agrœtius vetus Grammaticus: *inter commodatum*, inquit, *& mutuum nonnihil interest. Commodamus amico pro tempore animal, servum, vestem, hanc ipsam rem, quam dedimus, recepturi: mutuo damus pecuniam, triticum, vinum, & his similia*: nec necesse est, quod notavi supra, eadem ipsa restitui. Et commodatum B igitur pro mutuo, & retro mutuum pro commodato sæpe accipitur. Quod confirmatur quoque loco Cornelii Taciti in lib. *de Oratoribus*, quum de poeta quodam loquitur, qui solebat rogare ultro, & ambire homines, ut versus suos audirent, & ne id quidem gratis: *Nam & domum mutuatur*, inquit, *& auditorium exstruit*, *& subsellia conducit*. Ubi plane domum mutuari est commodato accipere, & vice versa, commodare pro mutuo dare, ex M. Tullio notum est.

AD §. *Mutui datio*. In hoc §. Paulus ait, mutui dationem consistere in rebus, quæ pondere, numero, mensura consistunt, &c. Docuit initio hujus leg. ex causa mutui, creditorem, neque easdem res, quas dedit absumendas, & abutendas recipere, neque alias res alterius generis: sed C alias ejusdem generis, id est, naturæ, vel substantiæ, qualitatis, materiæ ejusdem. Nunc docet in §. t. quæ nam sint eæ res, cujusque generis, quarum datione in creditum iri possit, id est, mutuum contrahi possit, ita ut non eædem res recipiantur, sed aliæ ejusdem generis, sicut exigit ratio contrahendi mutui. Et eas esse ait, quæ pondere, numero, mensurave constant, id est, quæ non corpore, quod habent, censentur, & valent: sed pondere, numero, vel mensura, neque ultra eas res mutuum vagari posse. Id quod plane consequens est initio hujus legis: Nam si in mutuo contrahendo hoc agitur, ut quod datur, quodque fit accipientis (dare enim hic proprie accipimus pro alienare) si, inquam, in mutuo contrahendo hoc agitur, ut quod datur, ab eo, qui accipit, absumatur, ita ut supersit illi tantum facultas reddendi ejusdem generis post absumptam speciem, quam accepit, D consequens, inquam, est earum tantum rerum datione mutuum contrahi posse, quæ quantitate valent, spectantur, iudicantur, non corpore: non etiam earum rerum, qui diversa ratione corpore valent, spectantur, indicantur, æstimantur, non quantitate, veluti datione fundi, vel hominis, nimirum, quia accepto fundo, vel homine, non potest alius fundus, aliusve homo reddi, qui sit ejusdem generis, id est, naturæ ejusdem, & qualitatis. Genus accipimus pro natura, sive substantia, & qualitate, *l. res, de jur. dot. l. triticum 94. de verb. obl.* & in *Instit. initio tit. quib. modis re cont. oblig.* pro natura, inquam, sive substantia, & qualitate, sive materia. Unde in *l. oleo, C. de usur.* quod in aliis locis, *reddi rem ejusdem generis, vel ejusdem naturæ, & qualitatis*, ibi, *reddi rem ejusdem materiæ*. Materia, natura, substantia, qualitas, hæc quatuor idem possunt apud juris conditores: his quatuor no- E minibus promiscue utuntur: testimonio est *l. 9. & 14. de contrah. empt. & l. si sterilis, §. quamvis, de act. empt.* Et Stoicos quoque materiam substantiæ nomine, sive naturæ designasse, testis est Diogenes Laertius in Zenone. Et juris conditores omnes sunt imbuti à Stoicis. Unde & substantia fabricandi pro materia, *l. 3. & 4. C. Theod. de sepulc. viol.* Ideo autem vice earum rerum, quæ corpore spectantur, & valent, non quantitate, & dimensione sua, non possunt aliæ reddi, quæ sint ejusdem generis, naturæ, qualitatis, substantiæ, materiæ, quia sua cuique natura, qualitasque propria est: sua cuique fundo, cuique homini natura, qualitasque propria est, ut qui vice unius dederit aliam, non possit videri dedisse rem e[illegible] naturæ, & qualitatis: sed aliam alterius generis, alterius materiæ, & qualitatis. At qui accepto certo numero nummorum certi generis, veluti centum aureis Philippeis, horum vice totidem reddiderit aureos Philippeos, plane quantitatem reddiderit ejusdem naturæ, & qualitatis. Et similiter, qui accepta certa modiatione, certove modo vini Falerni, parem modiationem vini Falerni reddiderit, idem plane genus reddiderit. Ideoque in his rebus mutuum consistit, *quia*, inquit, Paul. *in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie*, id est, in his rebus, quarum solutione defungimur in genere magis, quam in specie, proprie mutuum consistit. Ille articulus *magis*, vel *potius*, quod in illis verbis Pauli subintelligi etiam Accursius notavit, ille, inquam, articulus, *magis*, vel *potius*, accipitur *θετικῶς*, *positive*, ac proinde vim negationis habet: ut quum dicimus, *virtutem magis prodesse, quam nocere*: quo exemplo utitur Diogenes Laertius in Pyrrhone Eliensi, notans hanc hujus articuli significationem, sive positionem, hoc enim dicimus, *virtutem prodesse*, *non nocere*. Et ita illis verbis Pauli significatur, ex causa mutui fungi nos omnino solutione ejusdem generis, non ejusdem speciei. Dialectici dicerent, fungi nos solutione ejusdem speciei, non ejusdem individui: quod & Accursius intellexit, solutione pura vini Falerni in genere, non illius vini Falerni, quod accepimus. Quod Paulus exprimit hoc modo, nos eas res fungi, aut iis rebus nihil refert, per solutionem ejusdem generis eas permutare, ut ait *l. sed si certos, de leg. 1.* per solutionem ejusdem generis, non per solutionem ejusdem speciei, id est, ex causa mutui solvere nos, quod dixit initio, idem genus, non eandem speciem: vel aliter, fungi nos munere solvendi debiti in genere eodem, non in specie eadem, ut in *l. 33. de leg. 2.* fungi munere præstandi legati, quod est solvendi legati, fungi munere collationis, quod est conferre, *l. 3. de dotis collat.* Dices etiam recte, fungi munus solutionis, præstationis, collationis, ut fungi munus, vel officium suum, fungi passiones suas apud Tertullianum eleganter, *carnem fungi passiones suas*. Et Pedius noster in *l. 3. ad legem Falcid.* & in *tit. ad l. Aquil.* fungi pretia, id est, pretia fieri, id est, poni, constitui, vel ex affectione, & utilitate singulorum, vel communi judicio populi, & usu recepto in foro. *Magis* autem, quod hoc loco subintelligitur, quæ est altera hujus articuli significatio ab eodem Diogene notata supradicto loco, non accipitur comparate *συγκριτικῶς*, quia Paulus respicit ad id, quod plerumque fit. Plerumque autem ex causa mutui redditur idem genus, non eadem species. Perraro admodum eadem species, qua de re tractabam nudiustertius. Et ubi eadem species, veluti iidem ipsi nummi, qui accepti sunt, quasi genus redditur idem, non quasi species. Et ita vero explicanda est ratio, propter quam Paulus docet in hoc §. mutuum consistere in iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant. Subjicitur alia ratio, quæ docet cur non consistat etiam mutuum in cæteris rebus, quæ non pondere, numero, vel mensura æstimantur, sed corpore solo. Nam in cæteris rebus inquit, *ideo in creditum ire non possumus*, id est, mutuum contrahere non possumus, *quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest*. Ubi Accursius recte scribit, subesse locum à consequenti destructo, qui à Dialecticis dicitur locus *ἀνασκευαστικὸς*, & est alius huic contrarius à sequenti locus *κατασκευαστικὸς*, scribit, inquam, hic subesse locum à consequenti destructo, sive destructivo, nimirum ratiocinatione concepta in hunc modum: si in cæteris rebus, quæ corpore valent, non quantitate consisteret mutuum, fungi possemus solutione earum in genere. At fungi non possumus solutione earum in genere, quia aliud pro alio solvi invito creditori non potest. Ergo in cæteris rebus mutuum non consistit: Quandoquidem conditio mutui, & jus hoc est, ut idem genus reddatur, non aliud genus. Perempto consequenti, perimitur quod antecedit. Ait, *invito creditori aliud pro alio solvi non posse*, ubi creditor accipitur specialiter pro eo, qui mutuum dedit, ut paulo supra *creditum* accipitur, ut & hoc loco specialiter, pro mutuo, cum tamen alias, & creditor, & creditum accipiantur generaliter: Itemque debitor, & debitum: sed ut creditor, etiam debitor accipitur specialiter inter-

terdum pro eo; qui mutuam pecuniam accepit, ut in ea lege *C. si cert. pet. incendium ære alieno non liberat debitorem*, id est, cum qui accepit mutuo: nam debitorem certi corporis proculdubio incendium liberaret, quod modo contingeret ante moram. *Invito*, inquit, *creditore aliud pro alio solvi non potest*. Inde sequitur in causam crediti dato fundo, vel homine, non posse idem genus solvi. Nam si solvatur alius fundus, aliud genus solvitur, non idem. Tanta est dissimilitudo, & discrepantia inter res, quæ corpore valent, non dimensione sua, ut ejusdem generis, id est, ejusdem naturæ, & qualitatis, quæ sint invicem, nullæ reperiri possint. In rebus tantum similibus: non ergo in dissimilibus mutuum consistit, *l. in nave 31. loc.* Similes sunt res, quæ sola quantitate censentur: nihil est tam simile quantitati, quam quantitas par, nihil tam simile solido, quam solidus, nec videtur aliud pro alio solvere, qui pro decem aureis, quos B acceperit, totidem alios aureos reddit, si modo sint ejusdem generis, cujus & illi, qui dati sunt absumendi, abutendi: veluti aurei solares, si dati sint solares, sive solstitiales: licet enim & *solstitiales* dicere, ut Cicero & Livius, *solstitialem orbem* dicunt, pro *solarem*. Itemque, ut & hoc addam, quando hic incidit sermo, ut Attici κιστοφόρους dicebant, quod in eis impressa esset cista: sic & nobis licet dicere σκυτοφόρους sive scutiferos. Igitur satis non est in facienda solutione, si conveniat numerus: convenire etiam debet qualitas, & quidem prius qualitas spectatur, an conveniat, quam numerus, ut in comœdia Terentii, *Lectum est argentum, convenit numerus*: prius qualitatem observat, quam numerum. Denique ejusdem formæ aurei solvendi sunt, maxime, si ex ea re damnum aliquod creditor passurus est, ut si aucta fuerit aureorum potestas, *l. Paulus 3. de solut. cap. olim, ex- C tra de censib.* Eleganter Donatus *in Phormione*, debitum solvi tribus modis, qui scilicet & simul concurrere debent, id est, pensione, spectatione, numero: pensione, id est, gravitate, & justo pondere, *l. 1. C. de veter. numism. potest. lib. 11.* spectatione, id est, natura, sive substantia. Natura, sive substantia est temperatura auri vel argenti, *l'alloy*. Pensio autem, quæ & facultas dicitur, est potestas, *la valeur*. M. Tullius 12. ad Atticum epist. 5. *Noscenda est*, inquit, *natura auri, non facultas auri*. Creditoris autem interest sibi reddi ejusdem formæ, ejusdem iconii aureos, qui scilicet habeant eandem εἰκόνα, eandem iconculam, non etiam ejusdem ponderis, si aucta sit aureorum facultas. Iconium dico, ut Suidas, utque Suetonius, *aureum iconium*, & Antoninus Florentinus nominatim pro eo, quod vulgus vocat, *le coing*, quod & σφραγιστήριον dicitur, sive χαράκτηρ, & D *moneta* apud Harmenopulum. Moneta proprie est iconium, non nummus. Non mirum autem, etiamsi aucta sit aureorum potestas, sive facultas, si totidem creditori oporteat aureos reddi, quot dedit, dissolvendi debiti gratia: Cum e contrario, si diminuta sit aureorum potestas, nihilominus debitor liberetur totidem nummos reddendo ejusdem formæ & qualitatis, *l. 2. C. de vet. numism. potest.* Quod in vino etiam mutuo dato servatur, ut quæ modiatio data est, eadem reddatur omnino, sive auctum, sive diminutum sit vini pretium, *l. vinum, hoc tit.* Et Accursius notat in *l. 3. hoc tit.* facitque ad hanc rem quod Plinius scribit 33. *cap.* 3. de nummis *libralibus*, qui facti erant *sextantarii*, id est, qui diminuti erant, & nihilominus horum pari numero creditoribus mutui obligatio perempta est. Postrema recitatione exposui §. 1. hujus legis differentiam, quam in hoc §. Pau- E lus statuit esse inter eas res, quæ pondere, numero, mensurave constant, & cæteras res, quæ corpore spectantur, & valent non dimensione sua: in illis, non etiam in cæteris rebus mutuum consistere posse: illa esse in abusu, id est, utendo absumi, & deperire, cæteras autem utendo non absumi, Cæteris rebus, quæ corpore valent, nos uti salva earum substantia: illas si à domino nobis appendantur, vel admetiantur, vel adnumerentur, nobis utiles esse non posse, nisi nostræ fiant, nisi dominium earum in nos transferatur, ita ut confestim in usus nostros eas absumere, & abuti nobis liceat: ac deinde liberari solvendo, non easdem ipsas res, quas nec absumptas solvere possemus: sed alias ejusdem generis, naturæ, & qualitatis, eadem mensura, eodem pon-

A dere, eodemve numero. Si eædem ipsæ reddendæ forent, nobis inutiles essent, quandoquidem iis uti non possemus. Usus earum, absumptio earum est. Cæteræ autem res nobis utiles esse, aut apud nos esse possunt, etiam si nostræ non fiant, vel etiam si nostræ factæ, vel non factæ, nostræ eædem ipsæ quandoque nobis reddendæ sint: neque enim quod eædem ipsæ quandoque nobis reddendæ sint, ideo interim nobis sunt inutiles. Dixi etiam in extremo, creditorem, qui aureos nummos exempli gratia dedit mutuo, solvente debitore, cogi aureos accipere ejusdem generis, & formæ, quamvis diminuta fuerit eorum potestas: nam & vice versa, si aucta eorum potestas fuerit, non cogi creditorem in aliam formam nummos accipere ex *l. Paulus, de solution. & cap. olim, extra, de censibus*. Quod utique verum est, etiamsi alterius formæ nummi, qui auferuntur tanti sint B quanti non sunt illi, quos crediderit, videlicet, si quod ex ea re damnum creditor passurus sit, ut ait *l. Paulus*: ut puta si quo negotiatum proficiscitur, tanti eos non possit exponere. Verum iis addenda est exceptio, nisi creditor aureos dederit æstimatos denariis, qui argentei erant, vel assibus. Hoc enim casu in arbitrio est debitoris, vel aureos solvere, vel denarios, usque ad concurrentem quantitatem aureorum, qui redditi sunt, *l. plerumque, §. ult. de jure dot.* Nunc ad hæc videndum est, an creditor, qui certum auri, vel argenti pondus credidit, cogatur aureos nummos accipere, quos debitor offert, si eorum quantitas sit eadem: Quod sane Accursius putat ex *l. 1. & l. 10. & l. cum aureum, §. 1. de auro, & arg. leg. & ex l. si quis argentum, in princ. C. de donat.* Quibus omnibus locis ostenditur, donato vel legato certo pondere auri, vel argenti, heredem, vel donatorem liberari sol- C vendo æstimationem in pecunia numerata. Sed hoc ideo, quia cum testator, vel donator, qui legavit, vel donavit certum pondus auri, puta auri libras pondo tot, cum non designaverit certam speciem argenti, vel auri, cum non designaverit certam auri, vel argenti massam, utique æstimationem reliquisse, aut donasse videtur, *l. plane 34. §. sed si pondus, de leg. 1.* At longe alia est ratio creditoris, quam testatoris, vel donatoris. Nam cum creditor de manu in manum, ut dicitur, dederit certam auri, vel argenti materiam, id fecisse videtur, ut ejusdem generis, & bonitatis materia in massam coacta sibi redderetur. Itaque debitor pro certo pondere auri, invito creditore non potest defungi solutione pecuniæ numeratæ, quia pecunia numerata alterius generis res est, & ex mutuo, ut dictum est, initio hujus legis & confirmatur, quam nondum adduxi, *l. inter stipulantem, §. D sacram, illo versu: vini autem, de verb. oblig.* ex mutuo, inquam, etsi non eandem speciem, tamen idem genus reddi oportet, non aliud: alioqui, & pro nummis posset debitor solvere pondus auri, vel argenti ejusdem quantitatis. Quod quis dixerit, aut tulerit, nisi creditor assentiatur? Denique numerus pro pondere, vel contra pondus pro numero ex causa mutui invito creditore solvi non potest. Et quæ regula in cæteris rebus valet, ut aliud pro alio solvi non possit invito creditore, eadem etiam valet in his rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant: neque enim invito pro nummis solvi frumentum potest, *l. 1. §. an potest, de constit. pecun.* non item pro frumento vinum. Et similiter, nec pro nummis argenti pondus, vel contra: quod numerato datur, & numerato solvi debet, non quidem in specie, sed in genere nummorum eodem: cæteræ autem res, E quæ corpore valent, sunt solvendæ in specie eadem, quia non possunt solvi in eodem. Est enim suum cuique proprium genus, nec aliud pro alio genus solvi potest: res pro re, nisi volenti solvi non potest, *l. si ei nuptura, de jure dot. & l. 1. §. an potest, de constitut. pecun. & in Institut. initio tit. quibus modis toll. oblig. & l. si quis aliam, de solut. l. 17. C. eod. tit.* Imo nec factum pro facto solvi potest, *l. qui res, §. mihi, de solut.* volenti, & consentienti potest. Quod tamen ægre obtinuisse significat *d. l. si ei nuptura, & d. l. 1. §. an potest, & l. 26. §. si centum, de cond. indeb.* quum omnes hæ leges dicunt, jam placuisse rem pro re solvi posse, quia inquit *§. an potest*, jam placuit rem pro re solvi posse, consequens est, & rem pro re posse constitui, argumento à solutione ad constitutum, quasi scilicet olim idem n[illegible]uerit. Et

ita

ita est, cum stricto jure eadem prorsus erat in solvenda, quæ A in contrahenda obligatione, observanda forma, ita ut nec volenti posset aliud pro alio solvi, quæ forma & consequenter observatur in constituenda pecunia, id est, quoties debitor forte interpellatus constituebat se pecuniam debitam soluturum. Nam ut mutuum consistebat tantum in iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, ita & constitutum, in *l.pen. C.de constit.pec.* Denique res tantum mutuo datæ in constitutum venire poterant. Et ut non poterat aliud pro alio solvi, veluti frumentum pro nummis, quo exemplo utitur *§.an potest*, ne volenti quidem, ita nec constitui. Sed hodie potest, hodie jam placet posse aliud pro alio solvi, & consequenter constitui inter volentes: & ex constitutione Justiniani etiam quascunque res debitas constitui posse, *d.l.pen.* Rursus ad hæc quæritur, an mutuum contrahatur dato grege ovium ad nume- B rum, puta ut præstituta die totidem capita reddantur ejusdem naturæ, & qualitatis: vel dato pane certi ponderis, ut ejusdem ponderis alius panis reddatur ejusdem qualitatis, & bonitatis: Et mea quidem sententia, etiam conventione hujusmodi mutuum contrahitur. Certe gregem Cajus adnumerat iis rebus, quæ numero constant, si modo grex datus sit ad numerum, *l.quod sæpe 35. §.in iis, de contrah. empt.* Et vero si nummi nonnunquam accipiuntur quasi corpora, non quasi res, quæ numero continentur, ut *l.3. §. ult. commod. l.si certos, de verb.oblig. l.si ut certos, de leg.1.* cur non etiam similiter corpora poterunt tanquam quantitates accipi: veluti pane dato in pondus, qui eodem, vel alio die reddatur, non est quidem mutuum si id agatur, ut quod datur, extemplo reddatur, sed res ridicula est: verum mutuum est, si id agatur, ut vel eodem die reddatur. Plau- C tus Pseudolo inquit, *sed quinque inveniis opus est argenti minis mutuis, quas hodie reddam*. Panem autem appendi solere nemo est qui nesciat. In 12. tabul. *libræ farris*, id est, libræ panis, ut *farre convenire in manum*, id est, farreo pane interveniente convenire in manum viri, ut Ulpian. ostendit *libro sing.reg.tit.9.* Et simili modo illo Persii loco,

. . . . *Populi cribro decussa farina.*

Cornutus *farinæ* verbo panem significari ait. His consentaneum est, ut & carnis appensæ mutuum contrahi possit. Nam & caro appendi solebat, *l.cum de lanionis, in princ. de inst. vel instru. leg.* Et piscium quoque mutuum contrahi posse Varro *3.de re rustic.* Hircium Cæsari sex millia murænarum dedisse in pondus. Qua eadem de re ita Plin. 9. *cap.55.* Hircium Cæsari sex millia murænarum mutuo appendisse, nec permutari quidem pretio eas, aliave merce D voluisse. Denique plane murænarum appensarum mutuum contraxisse, quod est certissimum. Sequitur in hac lege, *Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit.* Appellatam ergo esse mutui dationem ab eo, quod de meo fiat tuum, nimirum eadem forma, qua Varro dixit: *Nexum esse, quod nec suum sit, quod quis alii nexu mancipavit.* Scita autem hæc est magis, quam vera notatio vocabuli, qualis & illa, *testamentum ex eo appellatum, quod sit testatio mentis*. Imitantur JC. Stoicos, qui placebant sibi non in quærendis notationibus nominum veris, sed scitis tantum, atque concinnis. Et interim tamen ex hac notatione mutui negative docitur firmum argumentum, si de meo tuum non sit, sequitur ergo non contrahi mutuum, non nasci mutui obligationem, licet data aliena pecunia mutuo quibusdam casibus, quos hic attigit Accursius, ex post- E facto conciliari, & confirmari mutuum possit, veluti consumptione alienæ pecuniæ, quæ mutuo data est, vel usucapione: mutuum est alienationis species. Et recte Boetius in Topicis Ciceronis in loco à differentia, quod sumpsit à nostris: *Quod mutuum, inquit, datur, ex meo id fieri accipientis, atque ideo non cogi eandem ipsam pecuniam debitorem creditori restituere, sed aliam tantam*. Affirmative autem ex notatione non recte ducuntur argumenta, veluti hoc modo: *Quod dedi tibi, id de meo tuum fieri, ergo mutuum dedi:* nam & complures aliæ sunt alienationis species: Quid est alienare? de meo alienum facere.

AD *§.Creditum*. Sequitur in *§.Creditum*, qui & ultimus dici potest, *Creditum à mutuo eo differre, quo genus à specie.* Creditum scilicet esse nomen generale, quo continetur omne negotium, ex quo quid recepturi sumus, *l.1. hoc tit.* mutuum esse creditum speciale, ac proinde omne quidem mutuum esse creditum, sed non contra, omne creditum esse mutuum, mutuum consistere in his rebus tantum, ut sæpius dictum est, quæ pondere, numero, vel mensura constant, creditum etiam in aliis rebus consistere posse: mutuum refundere idem genus, non eandem speciem: creditum interdum refundere eandem speciem. Item mutuum re tantum contrahi, id est, numeratione, vel appensione, vel admensione, uno verbo mutuum contrahi datione, *l.si tibi, in princ. de pact.* creditum interdum contrahi, etiamsi nihil proficiscatur, id est, etiam sine datione, aut facto ullo, ut puta, inquit, qui locus est obscurus, *si post nuptias dos promittatur*: hoc genere creditum contrahitur sine re promisso solo. Hæc verba Græci sic accipiunt, *si post nuptias dos promittatur*, id est, post nuptias solutas, post divortium, sumpta specie ex *l.si divortio a t.de verb.obligat.* si mulier, quæ nihil habuit in dote, post divortium à viro stipuletur centum dotis nomine, quæ stipulatio utilis est. Et in hanc interpretationem inclinat etiam Joannes, verum non congruit verbis. In illa enim specie *leg.si divortio*, dos non promittitur, quæ nulla fuit, sed centum, & adjectio illa dotis nomine falsa, & supervacua est, *l.1. §.si vir uxori, de dote præleg.* quæ nec in donatione, vel in stipulatione dotis necessaria est, *l.quia autem, de jure dot.* Item hæc verba, *post nuptias*, nunquam sic accipiuntur, *post divortium*: facilius est dicere post divortium. Et vero ita semper loquuntur, *non post nuptias*, pro *post divortium*. Paulus *1.sent.* *post nuptias dotem dari posse*, id est, post nuptias contractas, nec dum diremptas, post nuptias contractas donari non posse uxori, vel marito, dotem tamen dari posse, quia dotis datio non est donatio, sed repensatio onerum matrimonii. Itemque in *l.1. & l.si pater dotem, §.1. de pact. dotal.* eodem sensu post nuptias dotem promitti posse, ut dari, & promitti, id est, post nuptias contractas, nec dum dissolutas. Et hoc loco igitur creditum fieri, etiamsi nihil proficiscatur: veluti, inquit, si post nuptias dos promittatur, id est, si post nuptias contractas uxor marito dotem promittat, quam ante nuptias non promiserat. Ante nuptias dos recte promittitur: verum ita demum, si quid postea inde proficiscatur, si quid inde postea proveniat, id est, si nuptiæ sequantur. Ante nuptias igitur dos promittitur recte, ita demum, si nuptiæ sequantur. Inest enim conditio promissioni, *l.dotis, de jur.dot.* Post nuptias autem contractas dos recte datur, vel promittitur, etiamsi nihil aliud præterea sequatur: nec promissio dotis facta post nuptias contractas retrotrahitur ad tempus nuptiarum, quæ præcesserunt, *l.si pater filiæ, §.1.eod.tit.de jure dotium*. Hæc interpretatio verior esse videtur, & refellitur tamen, & merito quidem, quia si hæc verba, *veluti si post nuptias dos promittatur*, de stipulatione accipiuntur, sicut fert hæc interpretatio: supervacue igitur addit Paulus in fine hujus legis, verbis etiam nos credere, verbis etiam creditum fieri interposita stipulatione. Hoc enim jam dixerat hoc loco, veluti si post nuptias dos promittatur, stipulanti scilicet, ut illi interpretantur, hic locus explicandus est ex jure antiquo. Sciendum est, quod Ulp. scribit *libro sing. reg. tit.de dot.* dotem aut dari, aut dici, aut promitti: dotem dare, vel promittere omnes posse, *l.promittendo, de jure dot.* dicere autem dotem omnes non posse. Et ideo ait lex *promittendo*, promittendo dotem omnes obligari posse, quia non etiam dicendo. Dotem dicere, ut Ulpian. ostendit, ita ut ex dictione obligetur, mulierem tantum posse, vel patrem, vel debitorem mulieris, nullum alium. Et hoc olim obtinuit, quum erat quædam solemnis ratio dicendæ dotis citra stipulationem. Sed postquam ea dotis dicendæ ratio in usu esse desiit, ubicunque Jurisconsulti usi erant hoc verbo *doti dicere, vel dotem dicere*, id semper mutavit Tribonianus in *promittere*: memini me adnotasse innumeros locos, & maxime illum, ubi est scriptum doti promittere, quod tamen latine non dicitur: nam auctor scripserat

rat

rat doti dicere, & ut hoc loco, cum ita scripsisset Paulus, *veluti si post nuptias dos dicatur*, ille reposuit, *promittatur.* Atque ita imprudens effecit, ut superflue repetatur in fine legis, & stipulatione interposita creditum fieri. Ultima differentia inter mutuum, & creditum est hæc summe notanda. Ex causa crediti interdum obligationem acquiri, etiam non domino, sine voluntate domini, ut si quis commodaverit, vel deposuerit, vel pigneraverit rem alienam invito domino, ei adquiritur obligatio ex contractu commodati, vel depositi, vel pignoris, *l. commodare, commod. l. si pignore, §. si prædo, de pignor. act.* Ex mutui autem datione domino tantum acquiritur obligatio, vel voluntate domini, non domino, ut si procurator meus nummos suos mutuo dederit meo nomine, voluntate mea mihi acquiritur obligatio, quamvis nummi mei non fuerint, *l. 9. §. si nummos, l. 15. hoc tit. l. 126. §. Chrysogonus, de verb. obligat.* Et similiter, si servus meus, quo exemplo Paulus hic utitur, aut filiusfamilias nummos peculiares mutuo dederit, qui quodammodo ejus sunt, non mei: peculium enim est veluti patrimonium servi, aut filiifamilias, *§. actionibus, Instit. de act. l. hinc quæritur, §. 1. de pecul.* si, inquam, servus meus, aut filiusfamilias nummos peculiares mutuo dederit meo nomine, & mea voluntate: nam & hoc requiritur, cum haberet liberam peculii administrationem, mihi acquiritur obligatio, quamvis proprie nummi mei non fuerint, *l. 18. §. ult. & l. seq. de pignor. act. l. 11. §. ult. hoc tit.* Cum enim eam pecuniam, quam procurator meus, vel servus, aut filiusfamilias, ex arca sua mutuam dederit mea voluntate: cum eam mihi sit reputaturus, æquum est, ut mihi adversus eum, qui accepit pecuniam, acquiratur obligatio, perinde atque si meam pecuniam accepisset. Unde ita concludamus: sicut pecuniam meam, quam quis dedit mea voluntate, ego dedisse videor, *§. per traditionem, Instit. de rerum divis.* ita pecuniam suam, quam quis dedit mea voluntate, ego de meo dedisse videor, & proinde mihi acquiritur obligatio.

Ad L. VI. eod. *Certum est, cujus species, vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis, quantaque sit ostenditur. Nam & Pædius libro 1. de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenus mutua vice fungantur, quæ tantumdem præstant.*

SEquitur ex eodem libro 28. lex 6. Hæc lex 6. pertinet ad actionem *si certum petetur de rebus creditis*, quæ & certi condictio dicitur. Ac quemadmodum crediti, & creditoris nomen modo specialiter accipitur, modo generaliter: ita certi condictio specialiter pro actione, quæ ex mutuo nascitur, quæ aliter actio mutui, *l. pen. C. quibus non objic. long. temp. præsc.* & generaliter pro actione, quæ ex alia quacunque obligatione nascitur, ex qua certum petitur, *l. 9. inf. hoc tit.* Quæ quidem concurrit cum omnibus aliis actionibus, quæ specialiter comparatæ, & proditæ sunt ex contractibus, vel ex delictis, ita ut liberum sit actori, vel illis actionibus specialibus experiri, vel generali certi condictione. Exempli gratia: liberum est mihi ex contractibus agere mandati, & negotiorum gestorum, & pro socio, & cæteris similibus actionibus, quæ cum sint actiones bonæ fidei, incertæ pecuniæ actiones sunt, ut M. Tullius rectissime ait pro Roscio Comœdo: vel generali certi condictione, quæ certæ rei, pecuniæve actio est, & actio stricti judicii, quæ plerumque actori commodior est, quam actio bonæ fidei. Et hanc electionem esse actori ostenditur in *l. 12. de novat. & l. 5. de except. rei judic. & l. in duobus 2. §. exceptio, de jurejur.* si agat, inquit, mandati, vel condicat, generali nempe condictione: & eodem modo liberum est mihi agere actione institoria, & exercitoria, & quod jussu, & de in rem verso, quæ species actionis sunt, vel generali certi condictione, *l. si institorem, hoc tit. l. si quis mancipiis, §. ult. de instit. actione, §. ult. Instit. quod cum eo, qui in aliena est pot.* Et est discrimen harum inter se actionum non leve. Actionibus illis specialibus, institoria, exercitoria, quod jussu, de in rem verso, dominus, vel pater tenetur servi, aut filiifamilias nomine, non suo nomine: nec quod illis actionibus persequimur, semper certæ rei, vel summæ finitionem, aut taxationem habet. Certi autem condictione pater, vel dominus tenetur suo nomine proprio, directo & principaliter, & in certam rem, vel summam, quæ petitur ab actore, quæ in judicium deducitur. Dico *certam rem, vel summam*, quia omnes res certæ in certi condictionem, vel quæ eadem est, *actionem si certum petetur*, veniunt, quod & definitio *certi* in hac lege 6. à Paulo tradita evidenter ostendit. Neque obest *lex 1. inf. de condict. tritic.* quæ dicit eum, qui certam pecuniam numeratam petit, hac actione uti, *si certum petetur*, hæc sunt verba: nec enim ideo negat & alias quoque omnes res certas eadem actione peti posse: sed certi condictionem committi cum condictione triticaria, ex qua pecunia numerata non petitur. Et ideo proponit certi condictione tantum, sive actione si certum petetur, certam pecuniam numeratam peti. Denique certi condictione, & pecuniam numeratam certam, & cæteras res omnes certas peti: condictione autem triticaria cæteras res omnes excepta pecunia numerata. Ac præterea condictionem triticariam modo esse certi, modo incerti, ut quum possessio condicitur, *d. l. 1. §. ult.* quæ incerta res est. Ideo autem, quod necessario explicandum est, & breviter, in condictionem triticariam omnes res veniunt excepta pecunia numerata, quia illa actione agitur de ea re, quæ petitur æstimanda arbitrio judicis, *l. pen. & ult. eod. tit. & l. vinum, hoc tit.* quæ est de condictione triticaria, & cæteræ res omnes mobiles, immobiles, incorporales, vel quæ pondere, aut mensura constant, arbitrariam æstimationem, judiciariam æstimationem recipiunt, non pecunia numerata, non res, quæ numero constant, quia nummorum certa, non arbitraria æstimatio est, *l. 3. inf. de in lit. jur.* At pecuniæ numeratæ certa quantitas destricte petitur certi condictione, non æstimatio ejus. Itemque res omnes certæ certi condictione destricte, & abscisse petuntur, quæ in obligatione versantur, non æstimatio earum. Et ad hanc quidem actionem, id est, certi condictionem, sive actionem si certum petetur respiciens Paulus in hac lege, definit, *certum esse id, cujus species, vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis, quantaque sit ostenditur:* Speciem vocat rem, quæ corpore valet, & spectatur. Quantitatem autem rem, quæ pondere, numero, vel mensura continetur. Et speciem certam ait esse, quæ aut nomine suo, inquit, id est, nomine proprio, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, id est, αὐτονομασία, vel ut est in *l. quoties, §. si quis nomen, de hered. instit.* indubitabili signo, quod pene nihil à nomine distat, usquequaque qualis sit ostenditur. Et in hanc rem Paulus utitur auctoritate Pædii Jurisconsulti, qui *libro 1. de stipulationibus*, sane congruo loco, quia si certæ stipulationes sint, ex eis etiam nascitur certi condictio, *l. 24. hoc tit.* Qua de causa, & in tractatu de stipulationibus quæritur, quid sit certum, quid incertum, *l. 74. & 75. de verb. oblig.* Pædius, inquam, *lib. 1. de stipulat.* scripsit, nihil referre proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur: res præsens scilicet, ut in rei vindicatione: hic fundus meus est, hunc fundum meum esse ajo, *l. si rem, de rei vind.* & in nuncupatione heredis, hic mihi heres esto, *l. nemo, de hered. instit.* aut, ut subjicit vocabulis quibusdam demonstretur, sive notis demonstrationis, ut loquitur *lex qui ex pluribus, de verb. obligat.* sumptis ex artificio, vel ex alio quocunque signo, quatenus, inquit, mutua vice fungantur, quæ tantundem præstent: *quatenus* articulus est ἀιτιολογικὸς, quo ratio significatur, ut sæpissime in libris nostris. Et sensus igitur hic est: quia mutua vice funguntur, quæ tantundem præstant. Quod non tantum de appellationibus, sive notis demonstrationum dici potest, sed de iis omnibus rebus, in quibus mutuum consistit, puta vice mutua fungi nummos, qui tantundem præstent in genere, qualitate, numero, quantum eos, qui mutuo dati sunt, eos scilicet nummos, qui creditori solvunt, quamvis non

iidem

iidem ipsi sint, qui dati sunt, in vicem datorum succedunt. Et hoc est nummos, vel cæteras res, quæ pondere, aut mensura constant, vicissatim functionem recipere. Huic vero sententiæ Pædii congruit omnino quod est in *§. si quis in nomine, Institut. de leg.* nomina hominum, aut rerum significandarum causa reperta esse, quæ si alio modo intelligantur, nihil referre. Et hæc de specie certa, quam ita definit: *Cujus species, & qualitas ostenditur.* Videamus nunc quemadmodum quantitatem certam definiat. Quantitatem certam eam esse ait, quæ quanta sit ostenditur, puta, si numerus dicatur, vel pondus, vel mensura, ut Pomponius Historicus, apud Nonium in verbo *dicere*, *nummos certos dicas*. Alter respondet, *dico quinquaginta millia*. Cornelius Fronto, certum esse velut (certus fundus) pondus certum, vel rei pretium, inquit, recte: Nam & rei pretium in certo nummorum numero consistere satis liquet, *§. pretium, Instit. de empt. & vend.* Quantitas igitur certa est, quæ quanta sit ostenditur. Non exigit etiam Paulus, ut qualitas quantitatis dicatur, vel ostendatur, quia nec potest: nullum enim quantitati corpus subest, quia & genus in ea cogitamus, non corpus certum: ergo nec quantitatis ulla esse qualitas potest. Denique, ut Paulus ait, quanta ad speciem non pertinet: quandoquidem, ut species, sive corpus aliquod certum ostendatur, non est necesse ejus dimensionem ostendere: ita quod ait, qualis non pertinet ad quantitatem. Objicies statim *legem 74. & legem seq. de verbor. obligat.* quæ ut vinum, a ut frumentum peti possit certi condictione, exigit ut in stipulando ejus qualitas fuerit expressa, puta hoc modo: *vini Falerni optimi amphoras tot: frumenti Africi optimi modios tot*, & optimi, non boni. Qui optimum dicit, certum dicit: qui bonum, incertum. boni appellatio certæ rei significativa non est, quia bonum recipit intentionem, & remissionem, quia boni multi sunt gradus: contra *optimi* appellatio certæ rei significativa est: quia optimum neque intentionem, neque remissionem recipit. Objiciam ergo, & respondebo, illam qualitatem *optimi* adjici non quantitati, quia non potest, sed addi speciei, quam promissor daturus sit, ut in mutuo scilicet similiter qualitas speciei mutuo datæ dicitur, aut dicta intelligitur, veluti aurei Philippi simplares, vel duplares, qui & latine *Biniones*, dicuntur, illius iconii, illius formæ, hac scilicet mente, ut species nummorum ejusdem qualitatis reddatur, *l. 3. hoc sit.* Denique qualitas adjicitur speciei, quæ datur, quæve redditur, non quantitati: quantitatis qualitas non dicitur, quantitatis qualitas dici non potest. Qualitas enim, ut præceptor sapientum docet, fluit à substantia. Quantitatis autem nulla est substantia. Non est igitur verum, quod Accursius hoc loco scribit, illud *qualis*, tam ad quantitatem, quam ad speciem referri, quoniam refertur tantum ad speciem, sicut illud *quanta* refertur tantum ad quantitatem, non ad speciem. Et hæc sufficiunt de sententia hujus legis. Verum circa eam paucula quædam notanda sunt. Certum est, inquit, cujus species qualis sit ostenditur: ostenditur primum species ipsa, id est, natura, & substantia certa, deinde qualitas, atque ita certa res constituitur. Certum igitur non est, cujus species, & qualitas non ostenditur, nec peti id potest actione si certum petetur, exempli gratia, qui hominem dicit, certum non dicit: qui illum, vel hunc hominem dicit, veluti Stichum, certum dicit. Genera, incertæ res sunt, quia nec sunt, sed intelliguntur: contra species, singulæ res, singula corpora sunt, non autem intelliguntur, atque adeo sensibus, non intellectu percipiuntur, neque enim intelligo, quis sit Stichus, nisi Stichum videro: sensus ante sensum non est: homo qui sit intelligo, etiamsi hominem non videro. Præterea notandum, quod hic dicitur, nihil referre proprio nomine species demonstretur, an *ἀντονομασίᾳ*, ut Grammatici vocant, id est alia quacunque demonstrationis nota, quæ sit vice nominis, quamvis hoc proprie respiciat ad certi condictionem, tamen & in legatis, & in libertatibus locum habet, quæ nominatim relinquendæ sunt, aut in heredum, aut filiorum institutionibus, qui nominatim instituendi sunt, & in exheredationibus filiorum, & postumorum, quas etiam fieri [illegible] nominatim. In his enim causis omnibus demonstratio vice nominis fungitur, non tamen in omnibus aliis causis, ut Accursius hoc loco notat recte. Quibusdam enim casibus multum interest, utrum quid fiat expresso nomine proprio, an sub alia appellatione, vel demonstratione. Portio heredis, à quo nominatim legatum relictum est, si deficiat, coheredi accrescit sine onere, non etiam si legatum ab eo sub heredis appellatione relictum sit, *l. Celsus, §. ult. de legat. 2.* Nominum nuncupatio inter heredes, vel legatarios, vel fideicommissarios æquales partes facit: heredum appellatio hereditarias, *l. turpia, §. ult. l. si heredes, de legat. 1. l. ita liber, de statulib.* Item heredes instituti, & pupillo substituti nominatim vocantur ex substitutione pupillari, etiamsi testatori heredes non extiterint: Substituti autem sub appellatione heredum non aliter, quam si testatori heredes exstiterint, *§. substituitur, Instit. de pupill. substit.* Et ideo recte in *l. nominatim, de cond. & demonst.* cum temperamento *plerumque* demonstrationem fungi vice nominis.

Ad L. XXIV. de Jurejur. *Multo magis proderit patri religio filii, cum quo etiam judicium consistere potest. Ipsi autem referentes conditionem eorum, quibus subjecti sunt, non faciunt deteriorem.*

Ad L. XXXV. eod. *Tutor pupilli omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est: Quandoque enim pupillo denegabitur actio.*

Ad §. Prodigus *si deferat jusjurandum, audiendus non est. Item in cæteris similibus ei dicendum est: Nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive pro judicio hoc jusjurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad hæc debiles sunt.*

Ad §. Qui non *compelluntur Romæ judicium accipere, nec jurare compellendi sunt, ut legati provinciales.*

Post legem secundam, & sextam de rebus creditis, sequitur *lex 24. & 35. de jurejur.* Sed memini me eas quidem leges explicasse libro 18. easque vindicasse eidem libro emendata inscriptione. Non est igitur, quod iteremus earum interpretationem. Transeamus ad residuas, quæ tres sunt duntaxat ex hoc libro 28. *l. 5. & 7. de eo, quod certo loco dari oportet, & l. 27. de condict. indeb.* Quæ tres leges vix implebunt horam. Et liceret nobis, si placeret, ab illis mox aggredi ad 29. librum. verum de eo videbimus iis legibus explicatis.

Ad L. V. de Eo, quod certo loco. *Si heres à testatore jussus sit certo loco quid dare, arbitraria actio competit.*

Ad L. VII. eod. *In bonæ fidei judiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid præstetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria actio.*

Ad §. Si tamen *certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit.*

Ad L. XXVII. de Condict. indebit. *Qui certo loco debere existimans, indebitum solvit, quolibet loco repetet. Non enim existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur.*

Sunt hæ tres leges de actione utili, quæ *arbitraria* vocatur, per quam is, qui pecuniam sibi certo loco veluti Romæ dari, solvi, vel præstari stipulatus, eam hujus conventionis facta mentione, nihilominus alio loco petit sibi dari oportere, vel solvi, in qua si per promissorem non steterit, quo minus Romæ solveret, minoris pecuniæ condemnatio fit, quia ex sorte debita deducitur quod promissoris interest Romæ potius solvere, ubi se soluturum spopondit, quam quo loco convenitur: vel etiam si per promissorem steterit, quo minus Romæ solveret, majoris pecuniæ condemnatio fit, quia præter sortem debitam damnatur etiam promissor in id, quod actoris interest Romæ sibi pecuniam solvi, non quo loco agere compellitur, promissore puta non veniente Romam, & trahente moras, *l. 2. in princ. & §. ult. l. 9. & l. ult. hoc t. l. un. C. ubi conven. qui cer. loc. dari prom. §. loco, Inst. de act.* Interdum igitur in hac actione arbitrio judicis, vel pluris, vel minoris reus

condemnatur. Addendum est tertium, vel etiam absolvitur quandoque arbitrio judicis, si modo jussus cavere de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, confestim paruerit jusso, sive arbitrio judicis. Cautio pro satisfactione est, *l.4. §.1. hoc tit.* Hæc igitur actio dicitur arbitraria, quia tota pendet ex arbitriu judicis, scilicet ut reum majoris, vel minoris damnet, vel etiam, si hoc ei videatur, eum absolvat: cautione ab eo exacta, sicut diximus: & rursus, quia arbitrio judicis in hoc judicio æstimatur quanti rei, vel actoris intersit eo loco agi: vel solvi, quo ex conventione agi, vel solvi debuit. Arbitraria autem est demonstratio qualitatis actionis, non nomen actionis: Si quæras nomen, est vel actio ex stipulatu, vel ex mutuo, vel de constituta pecunia, vel ex testamento utilis, qua scilicet non agitur pure, & destricte, sed cum adjectione loci, quo dari debuit, quæ adjectio hujus rei arbitrium omne permittit judici. Namq;
B citra hanc adjectionem, pura & stricta esset actio. Est igitur hæc actio, utilis actio ex stipulatione, vel ex mutuo, vel ex testamento, & ex genere arbitrariarum. Inde in *l.4. §.1. ex hac actione*, inquit, *cum sit arbitraria* (est arbitraria, sed non dicitur arbitraria quasi suo nomine) ergo hæc actio, vel ex stipulatione venit, ut speciem posui, id est, utilis est actio ex stipulatu, aut venit ex mutuo sine stipulatione, si mutua pecunia data sit ea lege, ut certo loco reddatur, *l.6. hoc tit.* aut si mutua pecunia, inquit, sic data fuerit, ut certo loco reddatur: aut venit ex constituto, puta si quis debitam pecuniam pro se, vel pro alio certo loco se soluturum constituerit, *l. si duo, §.1. tit. seq.* Nam ex iis causis actione utili, quæ arbitraria est, ubique pecunia peti potest. Venit etiam hæc actio ex testamento, ut ex hoc libro Pauli relatum est in *l.5. hoc tit.* ut puta si testator certo loco
C heredem pecuniam, remve legatam præstare jusserit: nam & alio loco legatarius legati nomine actione ex testamento utili .i. arbitraria, in qua fiat mentio loci, quo res legata præstari debuit, experiri potest. Hæc igitur actio utilis, quæ arbitraria est, competit in judiciis stricti juris, veluti ex stipulatione, ex mutuo, ex constituta pecunia, ex testamento. An non & in cæteris omnibus judiciis strictis? Sic sane: sed hæc sunt judicia stricta, quæ magis frequentantur. Nam & actio ex testamento judiciis strictis adnumeratur, *l.6. de in lit. jur. l.ult. de condict. ob turp. caus.* Quanquam favore ultimarum voluntatum, hoc actio ex testamento commune habeat cum actionibus bonæ fidei, ut in ea usuræ veniant ex mora, usuræ legatorum, & fideicommissorum, *l.3. C. in quib. caus. in integr. restit. nec. non est.* Itemque ut cautio legatorum, vel fideicommissorum ante diem, in
D quem relicta sunt, exigatur ex edicto, ut legatorum nomine caveatur, sicut fit in omnibus bonæ fidei judiciis, *l. in omnibus, de judic.* Item actio ex testamento hoc commune habet cum judiciis bonæ fidei, quamvis sit stricta, quod sicut dolus debitoris vindicatur actione bonæ fidei, ut puta, si servum debitum, debilitatum, aut vulneratum solvat, *l. & eleganter, §. non solum, de dolo, l.3. §.1. commod. l.1. §. si res, depos.* sic & actione ex testamento vindicatur dolus heredis, qui debilitatum servum, qui legatus est, legatario dolo malo præstat, *l. hujusmodi, §. æde, de leg. 1.* Non omnes actiones strictæ eodem jure sunt. Aliæ aliis strictiores sunt. Aliæ sunt arbitrariæ, aliæ non sunt arbitrariæ, & ut utar alio exemplo, quamvis stipulatio dotis stricta fuerit ante Justinianum, tamen in ea ex mora veniebant usuræ favore dotium, *l. ult. §. præterea, C. de jure dot.* sicut in
E bonæ fidei judiciis. Ac præterea sicut dolus, aut metus, qui causam præbuit contractui bonæ fidei, nullum facit contractum ipso jure: ita etiam stipulatio dotis nulla erat, quam extorserat dolus, aut metus adversarii ipso jure, *l. si mulier, §. si dos, de eo, quod met. caus.* & tamen dolus, qui dat causam aliis negotiis strictis, negotia nulla non facit ipso jure: sed rei rescindendæ causa necessaria est actio de dolo. Itaque non eodem jure actiones sunt omnes stricti judicii. Nec quod quædam ex iis quædam habeant communia cum judiciis bonæ fidei, ideo minus stricto jure censentur: iis enim detractis, quæ habent communia cum illis, cætera stricto jure censentur: Verum ad rem: in actionibus stricti judicii actio arbitraria locum habet. Quæritur

A an etiam actioni arbitrariæ locus sit in judiciis bonæ fidei: Et Paulus ostendit hoc ipso libro in *l.7. hoc tit.* in judiciis bonæ fidei non esse locum arbitrariæ actioni, aut non esse necessariam arbitrariam actionem, sed agi, vel ex empto, aut vendito, vel depositi, adde, vel commodati ex *l. si ut certo, in princ. commod.* In his judiciis, & cæteris similibus, etiamsi in contrahendo convenerit, ut certo loco res vendita, vel res deposita, aut commodata reddatur, non est necessaria actio arbitraria, si alio loco emptor ex empto, vel dominus depositi, aut commodati agere velit: quia actio arbitraria, vel adjectio arbitraria inest bonæ fidei judiciis, id est, in bonæ fidei judiciis tantum potest bonæ fidei nomen, & officium judicis, quantum in strictis judiciis clausula arbitrii, sive, quæ illam importat adjectio loci, quo dari debuit. Et sic in actionibus bonæ fidei inest actio de dolo, non etiam in actionibus strictis: dolus vindicatur actione bonæ fidei, non actione stricta. Exempli gratia, si quid in stipulatione dolo malo admissum sit, necessaria est actio de dolo: At ei, qui habet actionem bonæ fidei, neque est necessaria actio de dolo, neque actio arbitraria ex hoc titulo: & hoc de actione de dolo ostenditur in *l. & eleganter, §. non solum, & l. si quis affirmaverit, in princip. de dol.* Sic etiam actionibus bonæ fidei inest exceptio doli, exceptio facti, exceptio quod libertatis onerandæ causa, & generaliter omnis exceptio, etiamsi non opponatur nominatim, quia suppletur officio judicis, *l. 3. de rescind. vend. l. hujusmodi, §. qui servum, de legat. 1. l. et si ideo, sol. matrim. l. 1. §. si onerandæ, Quar. rer. actio non det. l. Labeo,* de *operis libert.* In strictis judiciis exceptiones omnimodo opponendæ sunt, alioqui judex addictus stricto judicio, earum rationem habiturus non est, etiamsi illud judicium sit arbitrarium, *l. Papinianus, de Public. in rem act.* Et vel hinc solum satis apparet, quam longe mutent, dissentque actiones bonæ fidei ab actionibus stricti judicii. In hac causa sane multum distant, quoniam in bonæ fidei judiciis actio ipsa bonæ fidei competit, cum quid certo loco dari debet, non arbitraria. In strictis necessaria est arbitraria. Et secundum hæc subjicit Paulus in hac l. 7. si contracta emptione venditione, subdita, subjectaque sit stipulatio, qua emptor stipulatus sit certo loco sibi rem venditam tradi, ut in *l. si rem tradi, de verb. obligat.* ad quam, quod notandum, ex hoc loco valde proprium exemplum accommodabitur: Si is, inquam, emptor alio loco velit agere sibi rem tradi oportere ex stipulatu, necessario actione arbitraria uti debet, id est, cum adjectione loci, quo tradi stipulatus est, alio loco agere debet sibi tradi oportere, quia actio ex stipulatu pura non sufficit. Puræ actioni ex stipulatu respondet actio arbitraria. At si citra stipulationem in contrahenda emptione convenit *certo loco rem tradi*, alio loco emptor pure agere potest sibi rem tradi oportere, non facta mentione loci, quo dari convenit, quia id suppletur officio judicis, quod in actionibus bonæ fidei latissimum est. Recte autem in hac l.7. Florentini, *si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit. Traditurum* quomodo etiam Odofredus legit, non ut alii, aut *condicturum*, aut *conducturum*. Et recte sic etiam Accursius, *stipulatus sit* interpretatur, *promiserit*, *si certo loco traditurum se quis stipulatus sit*, .i. si venditor traditurum rem venditam ἐπερωτηθεὶς εἴη .i. *promiserit*, ut alibi sæpe in jure stipulari accipitur in patiendi significatione, in *l.39. de cont. empt.* quæ etiam de venditore loquitur, *si venditor fructum pendentis olivæ vendiderit, & stipulatus sit decem pondo* .i. promiserit stipulanti in *l. si non fortem, §. si decem, de condict. ind. si decem, aut Stichum stipulatus* .i. ἐπερωτηθεὶς, *salvam quinque.* In *l. ult. in fi. de administrat. tutor. si quid tutor, aut curator stipulatus sit* .i. promiserit: & in multis aliis locis, non tamen ut vulgo putant, in *l. magnam, C. de contrah. empt.* Nam ut partim recte legit Haloander, partim veteres lib. docent esse legendum sic in illa l. non mutata activa verbi significatione, legendum, *si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum stipulatori*, ut Haloander recte, non *stipuletur, vel alii, quem stipulator voluit, promisit*. Porro dixi supra hanc actionem arbitrariam venire ex mutuo. Unde quæri potest, an etiam veniat ex promutuo, veluti indebito soluto per errorem

facti,

facti, nam indebiti solutio, quasi mutui datio est, *l. 4. §. is quoque, de obligat. & act.* videlicet si ea solvantur, quæ pondere, numero, mensurave continentur. Et ad hanc quæstionem ex hoc libro Pauli pertinet lex 27. *de condict. indeb.* cum per errorem existimarem, me certo loco pecuniam tibi dare debere, quam non debebam, eam tibi eodem loco solvi, an rei veritate cognita mihi necessaria est actio arbitraria .i. utilis condictio indebiti, ut eam pecuniam quocumque alio loco repetam, si illo nolim, aut non sit commodum quo solvi? minime. Quoniam sufficit directa, & pura condictio indebiti: nam quæ solventi mihi existimatio fuit, eadem mihi repetenti non est: solvi errans, repeto sciens. Et hoc est, quod ait: *non enim æstimationem solventis eadem species repetitionis sequitur*, id est, repetitionis, quæ solutionem sequitur, atque rescindit: species, & conditio longe alia est, quam solutionis puræ. Hic igitur casus nihil pertinet ad actionem arbitrariam de eo, quod certo loco dari oportet, quia nec loci ullius ulla, quæ habeatur, ratio subest. Quocunque igitur loco pecunia repeti potest, etiamsi non fiat mentio solutionis factæ certo loco, quasi eo loco dari deberet. Et hinc notandum, pecuniam certam, ut peti, ita repeti posse quocunque loco, quia scilicet genus petitur, aut repetitur, non corpus certum. Idque confirmatur *l. quod legatur, & l. cum, qui insulam, de judic. & l. 5. de ann. leg.* Corpus petitur, aut repetitur ubi est, quantitas ubique. Corpus enim certo loco continetur. Quantitas certo loco non continetur. Et ita hæc l. 27. accommodanda est ad tractatum de actione arbitraria, *de eo, quod certo loco dari oportet*, non quasi proprie ad alium pertineat, sed quasi in eum incidat.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

LIBRO XXIX. qui sequitur, primum Paulus interpretatus est edictum de constituta pecunia, & sunt sub eo titulo ex hoc libro Pauli multæ leges, ex quibus hodie dabimus leges 4. 8. & 10. & 13. & 15.

Ad L. IV. de Const. pec. *Sed & si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur.*

PRætor hoc edicto ex constituto nudo consensu facto, non interposita stipulatione actionem dedit, ut puta si quis pecuniam, quam ipse debet, vel alius pro se, vel pro alio se soluturum constituerit ad diem. Constitutum enim omne fit ad diem, vel expresse, vel tacite: videlicet tacite ad diem 10. ut in *l. 21. §. 1. hoc tit.* Atque ita prætor constitutum separavit à pacto nudo: nam ex pacto nudo actionem non dedit, ex constituto dedit actionem, quod tamen fit nudo consensu sine stipulatione. Puto hac separatione usum prætorem, quod gravius sit fidem, quæ vitam continet, fallere in pecunia debita, quam in pecunia non debita: hoc, inquam, gravius sit fidem frangere in pecunia debita (constitutum enim non fit, nisi in pecunia debita) quam in pecunia non debita, de qua plerumque pacta fiunt: & quod constitutum simile sit recepto, qui contractus est, non pactum, quodque plus aliquanto sit constituere, & recipere, quasi consulto consilio, quam pacisci temere extra contractum. Separavit etiam constitutum à fidejussione, quia fidejussio non fit nudo consensu ut constitutum, sed interposita stipulatione: item, quia nemo fidejubet pro seipso, sed pro alio, *l. heres, §. servo, de fidejuss.* Constituit vero pro seipso, vel pro alio. Exemplum constituti exstat in Epistola Divi Pauli ad Philemonem, ut quodam loco me docere memini. Exstat & aliud in Mostellaria Plauti, quæ & φάσμα dicitur: pater enim pro filio, sic apud creditorem adolescentem intercedit, *adolescens*

A *mecum rem habet*, cui adolescens, *nempe abs te petam*, & mox pater, *petito cras*: non stipulatio hoc est, sed constitutum, quod fit non certis, & solemnibus, sed quibuscunque verbis, *l. 14. §. ult. hoc tit.* Et non tantum per nosmetipsos, sed etiam per epistolam inter absentes: quo genere stipulatio non fit, nisi inter præsentes, per epistolam inter absentes non fit. Constitutum fit etiam inter absentes per epistolam, *l. 5. §. Julianus, & l. cuidam, hoc tit.* fit & per nuncium, ut si nuncium mittam ad te, qui meo nomine constituat soluturum me quod tibi debetur. Tunc autem maxime constituta utilia sunt, quum quis pecuniam in diem debet, si ante diem constituat, se ipso die, quo constituit, soluturum, vel ut ex hoc ipso libro Pauli traditur in *l. 4. hoc tit.* si constituat se soluturum citeriore die, id est, proximiore die. Idemque est, si pro eo, qui in diem

B debet pure, sive præsente die constituat se soluturum: nam etsi quis pure, sive præsenti die fidejubeat, quod notandum, pro eo, qui ex die obligatus est, mea quidem sententia obligatur, & statim conveniri potest, quamvis nondum debitor principalis conveniri possit, hac ratione, quia etiamsi debitor principalis nondum conveniri possit, tamen obligatus est. Obligatio collata in diem est præsens, non actio, non petitio, *l. 14. l. interdum, l. insulam, de verb. obligat. l. 44. §. 1. de obligat. & act. l. cui res, §. ult. de solut. l. certi, §. 1. de reb. cred. & §. omnis, Instit. de verb. oblig.* Et ideo, quod notandum, invenies quidem non obligari fidejussorem, qui pure fidejussit pro eo, qui sub conditione promisit, quia is, pro quo fidejussit, obligatus non est: obligatio collata in conditionem non est præsens, *l. Græce, §. item accepto, de fidejuss.* Sed nusquam invenies etiam non obliga-

C ri fidejussorem, qui pure fidejussit pro eo, qui in diem promisit: obligatur enim, quia & reus principalis obligatus est, & consequenter fidejussor conveniri potest, nec tamen si solverit, statim pecuniam solutam, à debitore principali repetere potest, antequam dies venerit, aliter quam si mandato, aut voluntate ejus solverit, *l. 31. de fidejuss.* Non est cur Accursius hac in re separet fidejussorem à reo constitutæ pecuniæ. Et hæc ad legem quartam.

Ad L. VIII. eod. *Si vero mihi, aut Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio. Quod si posteaquam soli mihi te soluturum constituisti, solveris Titio, nihilominus mihi teneris.*

D SEquitur lex 8. Constitui potest ei tantum, cui debetur, vel alii ejus voluntate, veluti creditori creditoris voluntate creditoris, aut procuratori voluntate domini, & creditori, aut procuratori acquiritur actio constitutæ pecuniæ, non domino, vel primo creditori: quia per liberam personam nobis actio acquiri non potest: est certissima juris regula, *l. 5. §. quod exigimus, & §. Julianus, hoc tit.* His consequens est, si stipulatus fuerim mihi, aut Titio, quia mihi soli debetur, non Titio, qui solutionis duntaxat gratia adjectus esse intelligitur, videlicet, ut solvere ei promissor si velit, possit, non etiam ut obligatio, & actio ei quæreretur, quia nec potest ex stipulatione alteri facta, alteri obligatio acquiri. Quia igitur mihi soli debetur, non Titio, & mihi soli constitui potest, non Titio, vel constitui potest mihi, aut Titio, ut quemadmodum in principali obligatione, ita in

E constitutoria Titius sit tantum adjectus solutionis gratia, non etiam applicitus obligationi, quia in personam Titii consistere non potest ex stipulatu meo. Quod si qui promiserat mihi se daturum, aut Titio, mihi soli constituerit, quod proponitur in hac l. 8. si, inquam, qui promiserat mihi, aut Titio, postea mihi soli constituerit se soluturum, ac deinde solverit Titio, quod potuit etiam me invito, *l. vero, §. 1. l. si ita stipulatus sim, de solut.* quia constitutum non novat principalem obligationem, *l. item illa, §. ult. l. ubi quis, hoc tit. l. filiusfamilias, de in rem verso, l. 3. §. 1. de administrat. rer. ad civit. pertinent.* Solvendo igitur Titio, quamvis post contractum principalem obligationem mihi soli constituerit, ipso jure liberabit se à priori, & principali obligatione. Non liberabit tamen se à posteriori, id est, à constitutoria, in qua Titius non fuit adjectus: sed mihi soli

pecunia constituta est. Quæ est sententia legis 8. Verum ut additur in *l.9.* poterit debitor à Titio repetere condictione indebiti quod ei imprudenter solvit. Quomodu imprudenter? Nimirum non animadvertens constitutum, quod mihi soli fecit, pro solutione haberi, id est, constituendo mihi, jam se quasi mihi solvisse videri. Solvit igitur Titio, qui jam mihi solvisse intelligebatur. Denique solvit Titio vi constituti mihi facti, non tenens quod constitutum vice solutionis est. Et hoc ex eodem lib. Paulus comprobat in *l.10.* proposita specie hujusmodi.

Ad L.X.eod. *Idem est, & si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum est: quia loco ejus, cui jam solutum est, habere debet is, cui constituitur.*

Ad L.XIII.eod. *Sed si quis viginti debens, decem constituit se soluturum, tenebitur.*

DUo sunt rei stipulandi, duo stipulatores, vel duo rei credendi, quibus eandem pecuniam singulis in solidum debes, fac esse Titium, & Cajum, & postea tu soli Titio constitueris te soluturum. Id jam pro eo est, ac si Titio solvisses. Et ideo si postea imprudent Cajo solveris alteri creditori, Cajus tibi tenetur condictione indebiti, tu Titio, cui soli constituisti, teneris actione constitutæ pecuniæ. Et hoc vult Paulus in *l.10.* in qua recte Basilica, *ὁ ἀντιφωνηθεὶς ἔοικε τῷ ἀπολαβόντι*, *is, cui constitutum est, similis est ei, cui solutum est.* Constitutum vice solutionis est, atque ideo qui constituit uni, postea si solverit alteri, bis solvisse videtur. Cui sententiæ congruit etiam vox de via collecta, id est proverbium, quod in ore omnium versatur, *Qui respond paye.* Nam ita respondere, ut Græcis *ἀντιφωνεῖν*, est constituere se soluturum. Observa autem legem 8. loqui de eo, qui cum promisisset mihi, aut Titio, mihi soli postea constituit se soluturum. Et retine hanc speciem: nam si aliter ponas speciem, non idem erit, ut puta, si cum quis promisisset mihi, aut Titio, alius pro eo mihi constituerit, non obligatur exemplo fidejussoris, qui si mihi soli promiserit, cum reus principalis promisisset mihi, aut Titio, non obligatur: quia in duriorem causam fidejussisse intelligitur: durior est causa ejus, qui uni tantum solvere potest: levior ejus, qui huic, vel illi, prout elegit, solvere potest, nec uni destricte solvere astrictus est, *l.bi, qui accessionis, de fidejuss.* Ut fidejussor igitur, ita & reus constitutæ pecuniæ in deteriorem, dulioremve causam accipi non potest, *l.11. §.ult. & l.seq. hoc tit.* Et ut dixi, deterior est causa ejus, vel fidejussoris, vel rei constitutæ pecuniæ, qui creditori soli promisit, cui debitor non suli promiserit, sed ei, aut Titio. Accipi tamen uterque potest in leviorem causam, inversa superiori specie. Si cum quis mihi soli promisisset, & alius pro eo, me volente, aut mandante, constituerit se soluturum mihi, aut Titio, vel si alius pro eo fidejusserit, mihi, aut Titio dari, obligatur, quia in leviorem causam intervenit, *d.l.bi, qui.* Levior est enim causa ejus, quia potest vel Titio solvere, cui reus principalis non potest: verum si solverit Titio, mihi agenti ex priori stipulatione proculdubio obstabit exceptio, quia mea voluntate solvit, quæ est sententia *legis pen.h.tit.* Non facio in hac re differentiam inter fidejussorem, & reum constitutæ pecuniæ, quia generaliter proditum lego: *in universis, qui pro aliis obligantur* in *l.Græce, §.illud:* in universis, qui accessionis loco promittunt, *d.l.bi, qui accessionis:* ergo in mandatoribus, in fidejussoribus, in reis constitutæ pecuniæ, quos Accursius solet *sponsores* appellare, pro *responsores*, ut Græci *ἀντιφωνητάς*, in leviorem eos causam accipi posse, non in deteriorem. Hæc est regola generalis, quam secutus etiam dicam, eum, qui pro eo, qui viginti debet, constituerit decem, obligari, sicut si debens 20. pro seipso constituit 10. *l.13.hoc tit.* quæ est ex eodem libro Pauli, quia in minorem summam denuo se obligat: eum vero, qui pro se ipso debens 10. vel pro alio deberte 10. constituerit 20. quæ major summa est, in 10. tantummodo obligatur, non in integra 20. *l.11. §.ult. hoc tit.* Idque exemplo fidejussoris, qui si pro eo, qui debet 10. promiserit 20. in 20. quidem non tenetur, in decem tantum eum teneri æquius est: cujus sententiæ fortissimum

A argumentum præbet *lex si à reo, de fidejussor.* Cujus sententia hæc est: Si quis pro eo, qui promisit, sub una conditione, puta si navis ex Asia venerit, fidejusserit sub eadem, & insuper alia conditione disjunctim, puta si navis ex Asia venerit, aut si Titius consul factus fuerit: hoc casu lex hoc primum ait, *fidejussorem nullo modo teneri*, aut ut subjicit se corrigens, *quod magis est*, id est, quod æquius est, teneri, *si prior conditio, quæ utrique fuit adscripta, communis conditio exstiterit.* Et simili modo cur non dicam, si pro eo, qui 10. debet, fidejussor promiserit 20. aut nullo modo fidejussorem teneri, aut, quod magis est, teneri in 10. tantum, id est, in summam debitam, non in summam majorem, ut eadem ratio servetur in somma, quæ servatur in tempore. Qui putant nimis aspere fidejussorem nullo modo obligari, suæ opinionis firmandæ non habent, nisi hæc

B verba *d.legis Græce, §.illud, in majorem summam adhibitum fidejussorem omnino non obligari.* Quæ tamen verba sunt ambigua: Nam & hanc interpretationem recipiunt, *nullo modo obligari*, & hanc, *non in totum obligari*, id est, in id tantum, quod debitam quantitatem excurrit non obligari, quod Alciatus docuit *5.παρέργων, cap.17.* ambiguam scilicet orationem esse. In ambigua autem oratione, melius est humaniorem interpretationem sequi.

Ad L.XV.eod. *Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam acquirimus: quia ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur.*

C COnstituere possum meo creditori me soluturum, non per me ipsum tantum, sed etiam per epistolam, ut dixi paulo supra, vel per nuntium liberum hominem, qui ei meo nomine caveat, & constituat me soluturum certa die. Nam & in hoc genere ei quæritur actio de constituta pecunia: neque enim dici potest ea actio ei per nuntium liberum hominem acquiri, quod nec jure fieri potest, sed ei videtur acquiri per semetipsum, ac si mecum rem habuisset: nuncius minister est tantum: ego, & ille, auctores sumus contrahendæ obligationis: ut epistola mea tibi non acquirit obligationem, ita nec nuntius, qui nihil aliud est, quam epistola loquens, & retro epistola tacitus nuntius, ut Epictetus dicebat: sic summates viri, & matronæ adiri solent. Plautus in Milite: *Per nuntium.* inquit, *aut per epistolam, quasi regem adiri eum jubet.* Et hæc senten-

D tia Pauli in hac leg.15. de nuntio libero homine valde notanda est: quia non ad constitutum tantum, sed ad ea omnia accommodari potest, quæ per nuntium expediri possunt, veluti ad conventiones, aut contractus, qui nudo consensu perficiuntur, *l.2. de pact. l.2. de obligat. & act.* & ad donationes, *l.4. de donat.* & ad jussa arbitrorum, & compromissariorum, *l.diem, in princip. l.sed & interpellatur, §.1. de recept.* & ad precaria, *l.9. de precar.* & ad cessiones bonorum, *l.ult.de cess.bon.* & ad restitutionem hereditatum, aut ad recusationem adeundæ hereditatis, *l.6. & 37. ad Trebell.* quæ omnia per nuntium etiam liberum hominem peragi possunt.

Ad L.XVII.eod. *Sed etsi alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec ulla justa causa fuit non accipiendi, æquum est succurri reo, aut exceptione, aut justa interpretatione, ut factum*

E *actoris usque ad tempus judicii ipsi noceat: ut illa verba,* nec fecisset *hoc significent*, ut neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.

PRæter leget quinque, quas jam exposui ex titulo *de constituta pecunia*, quæ sumptæ sunt ex libro 29. Pauli ad edictum, sunt adbuc aliæ tres, *l.17. 19. & 21.* è quibus jam mihi licebit tantum explicare *l.17.* quia quæstio ejus multa, & magna complectitur, & ea quidem omnia scitu, atque explicatu dignissima. Constitutum omne fit ad diem certum, idque vox ipsa demonstrat: condictum enim diem, constitotum dicimus: constituere se soluturum, est constituere certo die se soluturum. Denique constitutum omne fit ad diem, vel si forte fiat sine die, intelligitur fa-

ctum

Digitized by Google

ctum ad diem decimum saltem, ut explicabitur in *l.21.§.1.hoc tit.* Iterum dico, constitutum omne fieri ad diem. Et inde colligo actione de constituta pecunia teneri eum, qui condicta, & præstituta die non solvit, aut non fecit quod constituit, ita ut postridie ejus diei, quo se daturum, facturumve constituit, conveniri possit actione de constituta pecunia. Sed si postridie, vel qua alia die postea offerat quod constituit, nec creditor velit accipere: si, inquam, post diem constitutum priusquam conveniretur actione de constituta pecunia, offerat creditori, quod constituit, nec creditor velit accipere, nec ulla sit ei justa causa non accipiendi, quæritur, an si forte pecuniam oblatam mox debitor sine culpa sua perdiderit, liberetur, quasi perierit pecunia creditori, non sibi: quasive pro soluta habeatur, quam creditor sine justa causa accipere recusavit. Hæc est quæstio.

B

Fuit quidem ipse reus constitutæ pecuniæ prior in mora, quia constituta die non solvit, & mora fit ex die ipso: hoc est certissimum in jure, ubi obligationi dies adscriptus est etiam ante litem contestatam: mora, inquam, fit ex solo die, quo solvi debuit, ex solo tempore tardæ solutionis, etiam antequam lis contestata sit, antequam cum debitore egerit creditor, *l.ad diem, de verb. obligat. & l.53. de fideic.libert. l.magnam*, quæ in hanc rem vulgo citatur, *Cod.de contrah. stipul. l.2. Cod. de jure emphyt.* Si obligationi dies adscriptus non sit, sive solutioni, mora plerumque non fit, nisi ex tempore litis contestatæ, *l.1.2. & 4. C. de usu. legat. l.quæsitum, §.ult. de leg.1.* Constituto dies fuit adscripta: ascribitur enim semper constituto, aut adscripta intelligitur: & ideo debitor prior moram fecit, qui constituto die non solvit. Verum creditor deinde posterior moram fecit in accipienda oblata pecunia, quia ante litem

C

contestatam oblatam pecuniam sine justa causa accipere recusavit, eique posterior mora, posterius factum nocet usque ad litem contestatam, posterior mora actoris, sive creditoris exstinguit priorem moram debitoris. Prior mora emendata, sive purgata esse intelligitur oblatione, *l.illud, de pericul. & commod.rei vend. l.qui decem, in principio, & §.1. de solut. l.interdum, §.ult. l.si servum, §. sequitur, de verb.oblig.* Et ob id recte ait Paulus in hac lege 17. hoc casu reum constitutæ pecuniæ, videlicet si oblatam pecuniam perdiderit sine sua culpa (hæc omnia supplenda sunt) liberari, quia periculum pecuniæ respicit creditorem, qui posteriorem moram fecit, & liberari, inquit, vel exceptione, doli mali scilicet, vel justa interpretatione, id est, vel liberari jurisdictione prætoris (omnis enim exceptio est prætoria) vel interpretatione juris civilis, quæ

D

pro ipso jure habetur. Liberari igitur vel exceptione, vel ipso jure: & sic in *l.12. de legibus.* Jurisdictio (quæ specialiter accipitur pro prætoria, quum ita ponitur absolute) respondet interpretationi, & in *l.justa, de verb.signif. & l.3. C.de interd.matrim.* Justa interpretatio similiter, id est, interpretatio juris civilis, quæ fit à prudentibus, vel à judice, & quæ, ut dixi habetur pro ipso jure, pro mero jure civili. Atque ideo committitur, ut hoc loco, prætorio juri, nempe exceptioni prætoriæ. Et in aliis quoque causis quamplurimis debitores dicuntur liberari, vel ipso jure, vel per exceptionem, non quidem in una, & eadem specie: sed adhibita distinctione suo quoque modo, id est, ipso jure, vel per exceptionem in sua specie, ut in *l.si sine, §.ult. rem rat.hab.* actionem inutilem fieri, vel ipso jure, vel per exceptionem. Ipso jure, id est, solutione, vel acceptilatione: per

E

exceptionem, pacto. Et in *l.28. de reg. jur.* obligationis causam pactione immutari vel ipso jure, vel per exceptionem. Ipso jure, id est, si obligatio sit bonæ fidei, quia ei insũt omnes exceptiones tacite; hoc est, supplentur officio judicis: Per exceptionem autem pacti, si obligatio fuerit stricti juris. Et in *l.qui servum, de obligat. & act.* eum, qui rem sibi commodatam surripuit, domino teneri actione commodati, & condictione furtiva: sed altera actione alteram perimi, vel ipso jure, inquit, vel per exceptionem. Ipso jure, si prius egerit condictione furtiva: per exceptionem, si prius egerit commodati, ut similiter in *l.si is, cui commodata, de furt. & l.prædia, de action.empt.* Eodemque modo in *l.ubicunque, de fidejuss.* novata principali obligatione

A

fidejussorem, vel ipso jure, vel per exceptionem liberari. Ipso jure, si novatio fuerit facta legitime: per exceptionem, si non fuerit facta legitime, quæ tamen valet ut pactum: & exceptio pacti, quæ reo principali prodest, prodest etiam fidejussori. Sic & in *l.si rem 29. §.1. de eviction.* venditorem, qui emptori promisit duplam evictionis nomine, si emptor amiserit rei emptæ possessionem, ac deinde in rei vindicatione victus fuerit, vel ipso jure tutum esse venditorem, vel propter exceptionem: ipso jure, si emptor sua sponte possessionem amiserit: per exceptionem, si culpa intervenerit. Et hæc, quæ ita variis locis proponuntur, vel ipso jure quem liberari, vel per exceptionem, aliter efferuntur, vel exprimuntur hoc modo: vel per exceptionem, vel officio judicis, *l.3. §.ult. nautæ, caup. l.bona, de noxal.act. l.sumpt. de rei vind.* Nam quod fit ip-

B

so jure, suppletur officio judicis. Sic vero & in specie hujus legis recte Paulus ait, reum constitutæ pecuniæ post diem pecuniam offerentem ante litem contestatam, si sine justa causa creditor eam accipere recusaverit, liberari, vel per exceptionem doli mali, vel justa interpretatione, id est, ipso jure, & exceptione doli mali, si prior obligatio, cui accessit constitutum, fuerit stricta. Ipso autem jure, si prior obligatio fuerit bonæ fidei, quia ut eleganter ait *lex qui id, quod, de donat.* causa, & origo constitutæ pecuniæ in primis spectanda est, non stricti judicii potestas, quale est judicium constitutæ pecuniæ, quod usui esse potest in multis litibus. *Il faut regarder la source de la debte que l'on paye, non pas la rigueur de la loy.* Liberari igitur vel hoc, vel illo modo in specie proposita reum constitutæ pecuniæ, & liberari à periculo, ut ante dixi, si postea oblatam pecuniam

C

sine culpa sua amiserit, ac consequenter, liberari ab actione constitutæ pecuniæ, quia solvisse intelligitur, *d. l.qui decem*, atque adeo liberari eum à præstatione ejus, quod interest, quia nihil creditoris interest, propterea quod nullam justam causam habuit recusandæ solutionis, ut posuimus. Cæterum ne quid objiciatur, dicat, quod & Accursius intellexit, non liberari tamen à pœna, si qua fuerit in stipulatum deducta, si ad diem constitutam pecunia non solveretur. Moræ semel commissæ emendatio fit per oblationem, scilicet quæ fiat integro adhuc jure creditoris, id est, cum nondum quicquam interest creditoris sibi præmaturius solutam pecuniam fuisse. Ac pœnæ semel commissæ, de qua conventum est, evitandæ nulla ratio est, quia pœna conventa hoc omnino agitur intra contrahentes, ut stricto jure rem agant, *l.trajectitiæ, de obligat.* Ex

D

his vero concludit Paulus hoc loco, hæc verba edicti, quæ sunt in *l.16. si paret eum, qui constituit, neque solvisse, neque fecisse*: hæc, inquam, verba sic esse accipienda, si neque is, qui constituit, ad diem constitutum solverit, aut fecerit quod constituit, neque postea quandoque ante litem contestatam: tunc, ut teneat actio constitutæ pecuniæ. Contra vero si ante litem contestatam solverit, vel fecerit quod constituit, etiamsi post diem constituti, vel si per eum non steterit quo minus solveret, aut faceret, si obtulerit constitutum, ut tunc actio constitutæ pecuniæ ipso jure non teneat, vel summoveatur per exceptionem doli mali, videlicet si nulla fuerit creditori justa non accipiendi quod offerebatur causa, puta si nihil interfuerit actoris, sive creditoris die potius constituta, quam hodie solvi sibi. Nam si quid intersit actoris, ut puta si negotiator fue-

E

rit, cujus maxime interfuerit ad constitutum solvi sibi debitam pecuniam, hoc casu non facit moram creditor, si alia die recusat accipere, quam qua reus constituit se daturum, nisi, quod & Accursius excepit recte, debitor & sortem simul offerat, & id omne quod interest creditoris. Quod si faciat, audiendus est post litem contestatam, & absolvendus: quia omnia judicia sunt absolutoria: est vulgare dictum juris, id est, omni judicio reus absolvi potest, si ante rem judicatam satisfaciat actori ad plenum, scilicet, si tantum faciat, quantum ei satis est, *§.ult. Institut. de perpet. & temp.act.* Et hæc est sententia hujus legis decimæ septimæ. Verum ad eam confirmandam non erit inutile demonstrare, non male ab Accursio adduci *legem etsi post tres, si quis caution.* Nam & stipulatio judicio si-

sti,

sti, de qua ibi agitur, sit in diem certum judicio sisti illo die, aut loco, quo die si promissor defuerit, stipulatio committitur adversus illum, ita ut ex ea agi possit adversus illum. Sed si antequam agatur, alia die postea se sistat, quum ex mora rei jus actoris deterius factum non est, id est, cum actoris nihil interest, etiamsi se condicto die non stiterit, modo se sistat nunc, hoc casu conventus ex stipulatione, quanti ea res est, se defendere poterit exceptione doli mali, quia revera nihil interest actoris, etiamsi alio die se sistat, quam quo cavit se staturum. Dico ex stipulatione quanti ea res est, id est, quæ concluditur in id, quod interest, puta si promiserit stipulanti, se illo die sisti, aut quanti ea res erit dari, si alio die sistat se post moram, quia ad diem condictum non adfuit, mora emendatur. At si cum pœna promiserit judicio sisti, pœnæ exactio erit, si cum pœna vadimonium promiserit, pœnæ exactio erit, etiamsi sistat se postea, atque etiamsi nihil intersit actoris, pœnam semel commissam non potest effugere, nec si postea sistat se, tametsi integrum sit jus actoris, & illæsum. Damnationem autem in id, quod interest, effugere potest, si integro jure actoris postea sistat se ante litem contestatam ex stipulatu, quæ species huic nostræ persimilis est. Et hæc quidem hactenus de reo constitutæ pecuniæ. Sed non est prætermittendum, quod ex Ulpiano subjicitur in *l. seq.* de actore, sive creditore, cui constituta pecunia est. Actor, sive creditor si ad diem constitutum moram non fecerit in accipiendo, si die constituto paratus fuerit accipere, si venerit constitutum accipiendi causa, sed moram fecerit ante diem, vel post diem, cum ei pecunia offerretur: Ulpianus ait, eam rem nihil ei nocere. Et quidem, si ante diem constituti noluerit accipere, nihil nocet: quia nec moram fecisse intelligitur, qui oblatum ante diem noluit accipere, quia non offerebatur congruo die, *l. si soluturus, de solut.* Et liberatur quidem debitor, qui solvit ante diem accipienti creditori, *l. quod in diem, de solut. l. quod quis, de oblig. & action. l. stipulatio ista, §. inter incertam, de verb. obligat.* Verum creditor non cogitur invitus ante diem accipere: si acceperit, liberatur debitor. Quidni? Verum sic non cogitur invitus accipere. Et si recusat accipere, justa ratione nititur. Justa est dilatio: ergo non est mora. Quid est mora? Injusta dilatio solvendi, vel accipiendi quod debetur. Et ita etiam legimus apud Titum Livium 36. Carthaginenses cum deberent certis pensionibus certam pecuniam populo Romano, eamque omnem præsentem offerrent, populum Romanum respondisse, se ante diem non accepturos. Versatur in eo die, quo nobis solvi cavimus, utilitas quædam nostra, quam præripit nobis, qui vult nos cogere ad pecuniam accipiendam ante diem. Ergo si creditor ante diem constitutum non acceperit, ea res ei fraudi esse non potest. Quid si post diem constitutum noluerit accipere, qui die constituti paratus erat? Si post diem constituti noluerit accipere, etiam hoc ei nihil nocet, videlicet si ejus interfuerit constituto die pecuniam solvi, nisi, ut dixi, & reus offerat omne, quod ejus interest. Sed si nihil ejus intersit, vel hodie solvi, vel constituto die, factum ejus, id est, mora, quam facit in accipiendo, ei nocet, usque ad litem contestatam, quia non habuit justam causam non accipiendi, cum nihil ejus interesset. Hoc ostenditur in lege sequenti. Verum quid dicemus si creditor ad diem constituti moram fecerit: puta non venerit, aut noluerit eccipere pecuniam die constituto oblatam sibi: & postea pecunia, quam tunc temporis debitor paratam habebat, perierit furto, vel rapina, vel alio casu? Et rursus: Quid si creditor impeditus fuerit, ut in sequenti proponitur, venire ad constitutum, vel valetudine, vel adversa tempestate, vel vi majore, insolita vi aquarum, an ea res ei nocet, id est, an periculum pecuniæ, quæ post diem constituti periit, ad eum respicit, an ad debitorem? Et ait periculum ad creditorem pertinere, debitorem liberari: quia verum est creditorem moram fecisse in accipiendo. At dices, impeditus fuit vi majore, morbo sontico, adversa tempestate, aut vi fluminis, qui tres casus excusant actorem, excusant reum, excusant judicem ex 12. tabulis, qui judicii die non venerunt, qui judicio non adfuerunt, *l. 2. §. si judicio, si quis cautionibus, &c.* Nam & iis casibus obviam iri, vel obsisti non potest, cum sint casus majores. Respondeo, & dico excusari etiam æquum esse eum, qui ad diem constitutum solvendæ pecuniæ non venerit, puta ut reo sit integrum alio die offerre, & actori alio die petere, sed non etiam, ut periculo liberetur. Primum non ut periculo liberetur actor, si ipse ad constitutum non venerit, & pecunia solutioni destinata parataque interim deperdita fuerit sine culpa debitoris: Nam hoc casu, etiamsi vi majore creditor venire impeditus fuerit, periculum pecuniæ ad eum pertinet, non ad debitorem, qui functus est officio debitoris bonæ fidei, & quia verum est. rem debitam periisse ante moram debitoris. Et vulgare est hoc, rem quamque quoquo modo peremptam ante moram debitoris perire creditori, periculum ejus rei respicere creditorem, *l. si ex legati causa, de verb. obligat.* Contra quoque, ut periculo non liberetur reus, qui ad diem constituti non venit, licet impeditus fuerit casu majori, atque ita pecuniam, remve amisit post moram. Hic non liberatur: res enim interiit post moram. Et ita explicanda est hæc lex.

Ad L.XIX. eod. *Id quod sub conditione debetur, sive pure, sive certo die constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione teneatur: deficiente, utraque actio depereat.*

Ad §. Sed is, *qui pure debet, si sub conditione constituat*, inquit *Pomponius, in hunc utilem actionem esse.*

Ad §. Si pater, *vel dominus constituerit se soluturum, quod fuit in peculio, non minueretur peculium eo, quod ex ea causa obstrictus esse cœperit, & licet interierit peculium, non tamen liberatur.*

Restat ex eodem titulo de constituta pecunia lex 19. & 21. Hoc edicto nominatim expressum est, de ea tantum pecunia actionem dari, quam quum constituebatur, apparebat fuisse debitam, non de ea, quæ tum erat prorsus indebita, l. 1. §. 1. *l. 18. §. 1. hoc tit.* Ex quo sequitur si quis constituerit, quod sub conditione debetur à se, vel ab alio, nihil refert, etiamsi constituerit pure, vel in diem certum, eum hac actione non teneri, eum non teneri de constituta pecunia, antequam conditio extiterit. Recte quidem accessit principali obligationi, quæ scilicet futura est, si conditio extiterit: sed ut principalis obligatio conditionalis est, & hæc quoque, tametsi pure in diem præsentem, vel in alium diem certum concepta esset, conditionalis esse intelligitur, ac proinde eadem conditione suspenditur, qua & principalis obligatio. Nec enim consistere potest, id est, incipere non potest (quæ enim cœperit semel, potest consistere) ut infra demonstrabimus. Non potest igitur incipere constitutoria obligatio sine principali obligatione, quæ cum nulla sit antequam conditio extiterit, consequens etiam est, nullum interim constitutum esse, ac porro nullum prorsus esse constitutum, si conditio defecerit; sæpe fit, ut pure concepta, conditionalia esse intelligantur, & contra, *l. aliquando, de cond. & dem.* Eadem vero est ratio fidejussoris, quoniam si quis pro eo, qui sub conditione debet, fidejusserit pure, vel certo die, fidejusserit quidem recte, quia etiam futuræ obligationi fidejussor adhiberi potest, *l. non quemadmodum, de judic.* sed non obligatur, ut ait *lex Græce, §. item si accepro, de fidejuss.* non obligatur, id est, quamvis alias obligatio, quæ fit in diem certum præsens fit, non etiam actio: tamen ille fidejussor non obligatur præsenti die, qui pro eo, qui sub conditione debet, fidejussit pure, vel in diem certum: sed eadem conditione, qua principalis debitoris, pro quo intercessit, & illius fidejussoris obligatio suspenditur, ita ut existente conditione uterque teneatur, deficiente conditione neuter teneatur, *l. si à reo, §. 1. de fidejuss.* Nec est, quod in hac re Accursius faciat differentiam inter fidejussorem, & reum constitutæ pecuniæ. Nam & contra quoque, sicut pro se quis, si pure obligatus sit, vel pro alio pure obligato, recte sub conditione constituit pro se, vel pro alio pure obligato, ut ex Pomponio in hac lege scribit Paulus: ut etiam pro eo,

qui

qui pure debet, recte fidejussor intercedit sub conditione, quia in leviorem causam intercedit, *d.§.item si accepto, & d.l.si à reo, §.1.* Et similiter, ut dixi in *lege 4. supra*, si quis pro se, vel pro alio, quod ex die debetur, pure constituat, vel pro alio, qui ex die obligatus est, pure fidejubeat, tenet obligatio statim, quia & principalis obligatio est præsens, nimirum quia actio tantum, sive petitio in diem collata esse intelligitur. Uterque igitur statim obligatur, quia & reus principalis obligatus est. Verum, quod mutari velim in *d. l. 4.* verius est fidejussorem, aut reum constitutæ pecuniæ, qui id, quod ex die debetur pure constituit, vel fide sua esse jussit, non posse conveniri ante diem, id est, antequam à reo principali peti possit. Et ita accipiendum est, quod ait *l. fidejussor obligari, §. pen. de fidejuss.* fidejussorem pure acceptum pro debitore in diem non obligari, videlicet, ut conveniri possit statim; cæterum obligatur, quia & is, pro quo fidejubet, obligatus est. Obligatio collata in diem est præsens, longe aliter quam obligatio conditionalis, quæ non est præsens, nec simpliciter dici potest obligatio, sed obligatio conditionalis. Obligatio in diem simpliciter potest dici obligatio. Et hæc sunt, quæ pertinent ad priorem partem hujus legis. Sequitur posterior pars. *Si pater, & dominus constituerit, &c.* Sententia hæc est: pater, vel dominus, si creditori peculiario constituerit se soluturum quod tunc fuit in peculio filiifamilias, vel servi, dubitatur, an sicut si pater, aut dominus fidejusserit pro filio, vel servo, exempli gratia in aureos centum, in tantum minuitur peculium filii, vel servi, quia in id, quod pater, vel dominus obligatus est, peculio deducitur, & id quod superest duntaxat intelligitur esse in peculio. Itaque ob id, quod pater, vel dominus fidejussit pro filio, vel servo, minuitur peculium, pro quantitate scilicet, in quam fidejussit, *l.9. §. ult. de pecul.* Dubitatur ergo, an etiam minuatur peculium, si pater, vel dominus constituerit creditori peculiari se soluturum, quod tunc in peculio fuerit, quod Paulus negat hoc loco. Negat ob id minui peculium, quod pater de constituta pecunia obstrictus esse cœperit. Et ratio differentiæ est aperta: nam cum fidejubet, filii, vel servi nomine fidejubet. At quum se soluturum constituit, non simpliciter nullo alio adjecto, sed cum se soluturum constituit quod tunc fuit in peculio, suo nomine constituit, non nomine filii, vel servi, quia jure prætorio ex contractu filii, vel servi suo nomine tenetur in id, quod in peculio est, peculio tenus, *l.1. §.ult. hoc tit. l.59. de solut.* Si filii, aut servi nomine se soluturum constituerit simpliciter, nec adjecerit, *quod tunc fuit in peculio*, proculdubio peculium minuitur, eo quod ex ea causa obligatus esse cœperit, perinde atque si fidejussisset pro filio, aut servo. Igitur in eo duntaxat differentia est inter eum, qui fidejussit, & eum, qui constituit hac in re, quod nemo fidejubere potest suo nomine; puta, quod est in peculio servi, vel filii, quoniam id debet suo nomine ex contractu filii, vel servi: nemo unquam fidejubet pro seipso. Constituere tamen quis potest etiam pro seipso, constituere potest suo nomine id, quod in peculio fuerit, quæ res non minuit peculium, aut non deducitur ex peculio. Quinimo, ut & hic ostenditur, & in lege sequenti, etsi postea minuatur, aut intereat universum peculium, atque ita minuatur, vel intereat actio de peculio, quæ est actio principalis, non tamen minuitur actio constitutoria, quia actio constitutoria retrorsum se refert, ut ait lex 18. §.1. At id, quod debitum fuit tunc, quum constituebatur, id debetur ab eo, qui constituit, etiamsi postea deberi desierit, id est, etiamsi postea desierit esse in principali obligatione. Satis esse debitum fuisse tunc, quum constituebatur. In actione de peculio spectatur tempus rei judicatæ, id est, quantum eo tempore sit in peculio. Si nihil sit in peculio, si interim interierit peculium, inanis est actio de peculio, *l. quæsitum, de pecul.* At in actione constitutoria spectatur tempus conventionis. Neque vero novum hoc est, ut sublata obligatione principali, maneat accessoria, quæ jure constitit ab initio, sive sit fidejussoria, sive constitutoria, *l.cum quis, §. si quis pro eo, de fidejuss.* Idemque dicendum opinor, si non ipse pater, vel dominus constituerit se soluturum, quod est

A in peculio, sed alius pro eo, vel constituerit, vel fidejusserit nominatim, scilicet in id, quod tunc est in peculio pro parte, vel in totum. Nam si simpliciter fidejusserit, vel constituerit, hoc non adjecto, in id, quod nunc est in peculio, tenetur duntaxat in id, quod in peculio erit rei judicatæ tempore, *l. cum fidejubeat, de fidejuss.*

Ad L.XXI. eod. *Promissor Stichi post moram ab eo factam, mortuo Sticho, si constituerit se pretium ejus soluturum, tenetur.*

Ad §. Si sine *die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant, alioquin & confestim agi tecum poterit, si statim, ut constituisti, non solvas. Sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur.*

B Ad §. Constituto *satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem. Si quis autem constituat se satisdaturum, fidejussorem, vel pignora det, non tenetur: quia nihil interfit, quemadmodum satisfaciat.*

FAciliora sunt hæc, quæ habentur in *leg.* 21. Certissima est definitio juris, debitorem hominis certi liberari homine suo fato mortuo ante moram debitoris. Contra vero, homine mortuo post moram debitoris, debitorem non liberari, sed ab eo adhuc peti posse, vel hominem, quamvis præstari non possit, quamvis dari non possit, vel pretium ejus: nullius quidem rei nulla debitio videtur esse, nulla igitur debitio hominis mortui: sed tamen, quia quandoque is homo fuit in obligatione, non male petitur post mortem, ita tamen, ut pretium ejus solvatur: quæ C definitio juris extat multis in locis, *l.si ex legati causa, de verb. obligat. l.si mihi alienum, de solut. l. vendit. de hered. vend. l.6. de usufruct. leg. l.9. §.pen. de statulib. l.cum, qui, §.1. de jurejur. l.cum rer, §.ult. de legat.1.* Et in hoc titulo *l.16. §. pen.* in illo loco, *si per rerum naturam stetit, subveniri reo debere*, id est, si res naturaliter interierit ante moram, subveniri reo dèbere, ut scilicet non teneatur. Et ideo initio hujus legis 21. mortuo homine post moram recte ait, debitorem constituere se pretium ejus soluturum, quia id debere intelligitur. Idem est, si constituerit se hominem soluturum, ut in *l.23. infra*: quoniam hoc sic intelligitur, ut pretium ejus exsolvat. Idem vero, & recte constituit alius, aut fidejubet pro eo, quia exstat principalis obligatio, quam non extinxit mors debiti hominis, quandoquidem contingit post moram debitòris. Hoc est D apertissimum. *In §. 1. hujus legis* 21. quæritur an constitutum sine die factum valeat? Videtur non valere, quia repugnat vis verbi, & natura negotii, non est enim constitutum, nisi quod constitutum est ad diem. Magis est tamen valere constitutum, etiam sine die factum, quia ut ait, verba edicti late patent, quæ scilicet indistincte loquuntur de constituto, nec diei mentionem faciunt. Valet igitur constitutum factum sine die, non tamen ut confestim debitor conveniri possit, quia id natura hujus negotii non patitur, sed modicum ei spatium dandum est ad solvendum, quod constituit non minus, quam decem dierum. Itaque constitutum, quod fit ἀπροθέσμως, id est, *sine die*, in decimum diem collatum videtur. Et tamen ex stipulatione pura confestim agi potest, *l.41. §. quotiens, de verb. obligat.* Cur tam varie? quia constituti hæc vis est, & natura, ut conferatur in diem; hoc verbum constituere signi- E ficat Latine loquentibus, in conditionibus etiam testamentorum, si testator dixerit, *illud facito in diebus*, non hoc accipiemus de decem diebus, sed de angustiori tempore, de minori tempore, quo fieri potest, de biduo nempe: qui jubetur facere in diebus, debet facere intra biduum, *l.217. §. ult. de verb. significat.* At de spatio decem dierum recte lego etiam id servari in edictis, quibus contumaces evocantur, ut scilicet inter singula edicta intermittatur saltem spatium decem dierum in *l. 69. de judiciis*. Et lego etiam apud Plutarchum in Cicerone; Reis capitalium criminum postulatis, & accusatis minimum dari decem dies ad causam defendendam: quod notandum. Falsum est autem, quod hic Accursius obiter notat, reum constitutæ pecu-

pecuniæ ex pacto nudo teneri, ex pacto nudo obligari, quod & scribit in multis aliis locis, quasi scilicet constitutum sit pactum nudum. sed omnino est falsum. Constituti verbum consilii deliberationem significat, non pactum. Constitutum est simile contractui, qui *receptum* olim dicebatur; actio constitutæ pecuniæ, actio constitutoria similis est actioni receptitiæ. Pactum non parit obligationem, nisi legitimum, & certis casibus. Constitutum specialiter parit obligationem. Ne igitur dicamus, eum, qui tenetur ex constituto, teneri ex pacto nudo. Constitutum enim non est pactum nudum.

AD §. ult. Sequitur in §. ult. *constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisdationem. Si quis autem constituat se satisfacturum, & fidejussorem, vel pignora det, non tenetur, quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat.* Sententia hæc est; multum interest, utrum constituat quis se soluturum, an se satisdaturum, vel satisfacturum. Nam qui constituit se soluturum, non implet finem constituti, si offerat satisfactionem, satisdationem, id est, fidejussorem, vel pignus: sed si offerat pecuniam, quam constituit, quam cavit se soluturum, quæ verba naturaliter accipiuntur, nempe se numeraturum pecuniam. Non igitur satisfacit constituto, si satisfaciat alio modo, puta offerendo fidejussorem, vel pignus. At qui constituit se satisfacturum, vel quod idem est se satisdaturum (Nam generale est verbum satisdationis, non minus, quam verbum satisfactionis, *l.3. C. de verb. significat.* in illo loco, *generaliter de satisdatione, vel fidejussione*) Ergo qui constituit se satisdaturum, id est, satisfacturum, implet fidem constituti, etiamsi non numeret pecuniam, modo offerat pignus, vel hypothecam, vel fidejussorem, vel expromissorem, qui novata obligatione omnem obligationem in se transferat, quia nihil interest, quemadmodum satisfaciat, quando generaliter constituit se satisfacturum, vel satisdaturum. Satisdare alias accipitur specialiter *pro fidejussorem dare*, sed hoc loco accipitur generaliter *pro satisfacere* quoquo modo, ut *l.2. pro her. l.solutam, de solut. l.satisdationis, de verbor. significat.* Et nihil est præterea in *l.21.* Hæc de actione de constituta pecunia, sequitur actio commod.

Ad L.II. Commodati. *Nec in furiosum commodati actio danda est. sed ad exhibendum adversus eos dabitur, ut res exhibita vindicetur.*

EXposito edicto de constituta pecunia libro 29. ad edictum, secundo loco exposuit Paulus edictum de commodato, de quo eo libro sunt *l.2. & l.15. & l.17. Commod.* quas hodie explicabimus. In l.2. Paulus docet, in persona impuberis commodatum non consistere sine tutoris auctoritate: & ideo si pupillus commodatum acceperit sine tutoris auctoritate, non teneri eum domino, qui rem commodavit directa actione commodati, etiamsi pubes factus dolum, aut culpam in ea re admiserit: quia ab initio commodatum jure non constitit, nec actio commodati ulla esse potest. Eodemque modo in persona pupilli non consistit mutuum sine tutoris auctoritate, *l. propen. de obligat. & action.* nec depositum, *l.1. §. an in pupillum, depos.* Sed si res commodata, vel deposita, vel pecunia mutuo data pupillo sine tutoris auctoritate extet, & eam pupillus possideat, ejusve restituendæ facultatem habeat, de ea exhibenda agi cum eo potest tutore auctore actione ad exhibendum, ut exhibita vindicetur. Si, inquam, extet, si eam possideat, non si eam non possideat, non si absque dolo malo consumpta sit. Possessio enim adversarii petitori parit actionem ad exhibendum, vel in rem. Verum si quis pubes factus dolum, aut culpam admiserit in re commodata, ejus ratio habebitur in actione ad exhibendum, vel in rem, puta si eam rem dolo malo desierit possidere, aut culpa sua, quoniam commodatarius non solum dolum, sed etiam culpam præstat, etiam levissimam. In specie igitur proposita, pupillus, si rem possideat, tenetur quidem actione in rem, & ad exhibendum: actione vero commodati, vel depositi, vel mutui non tenetur, excepto uno, & altero casu. Uno casu, si ex ea re, vel pecunia locupletior factus fuerit. Hoc enim casu ex rescripto D. Pii pupillus ex omnibus contractibus, quamvis eos miscuerit cum aliis sine tutoris auctoritate, in quantum locupletior factus est, tenetur utili actione. Utili igitur actione commodati, vel depositi, vel mutui, quia ex ea re, vel pecunia auxit suum patrimonium. Et si vel auxerit semel, satis est, quamvis postea rem amiserit, *l.in pupillo, de solut.* Et hujus rescripti fit mentio multis in locis, *l.3. in princ.hoc tit. & d. §. an in pupillum, l.pupillus, de auctor. tut. l.3. §.pupillus, de negot. gest.* Altero etiam casu pupillus tenetur actione commodati, vel depositi, qui commodatum, vel depositum accepit sine tutoris auctoritate, si tunc ei commodatum, aut depositum sit, quum erat doli capax, veluti proximus pubertati, & in deposito dolum admiserit, vel in commodato dolum, aut culpam: Nam & hoc casu quasi negotio ab initio cum eo jure contracto tenetur actione depositi, vel commodati, *l.2. de fidejuss. & d. §. an in pupill.* quod etiam significat *lex 1. §. ult. hoc tit.* quæ ponit, non teneri pupillum commodati, etiam si pubes factus dolum, aut culpam admiserit. Quod ideo ponit, quia si ante pubertatem dolum, aut culpam admiserit, quum ei jam doli potenti res commodata esset, proculdubio commodati tenetur. Et hunc casum secundum accipimus in commodato, & deposito, ut exposui. Nam in mutuo nunquam quæritur de dolo, vel culpa, quia res consumenda datur, non servanda, ut in commodato, vel deposito. Præterea notandum est, precarium, quod alias dicitur esse simile commodato, *l.1. de precar.* hac in re maxime à commodato differre, quod nostri non animadvertunt. Nota quidem est omnibus hæc differentia inter precarium, & commodatum, quod ex commodato nascitur obligatio mutua, ultro citroque: ex precario non item. Sed totum hoc ex liberalitate descendit ejus, qui precario concessit, adeo ut id, quod precario concessit, quandoque ei libuerit, opportune, importune revocare possit, quod commodator facere non potest. Non potest scilicet commodator rem commodatam importune repetere, & retrahere. Unde etiam sequitur, in commodato venire dolum, & culpam: in precario dolum tantum, *l.17. §. sicut, hoc tit. l.1. & l.8. §.eum quoque, de precar.* hæc, inquam, differentia nota est omnibus. Verum, est alia sane maxima differentia, quæ inter hæc duo negotia intercedit, quam non animadvertunt: quod si pupillus sine tutoris auctoritate commodatum acceperit, non tenetur actione commodati, exceptis supradictis duobus casibus: At si pupillus precario rogaverit sine tutoris auctoritate, tenetur interdicto de precario indistincte, & omni casu, si rem habeat, quod evidenter probat *lex ult. §.ult. de precar.* Et ratio varietatis proficiscitur ex varietate formularum, quam & d. §. ultimus suggerit. Actionis commodati hæc est formula: *Quod te mihi ex causa commodati dare facere oportet ex fide bona*, id est, quod mihi eo nomine obligatus es. Verbum *oportet*, significat obligationem: Hæc formula non cadit in pupillum, quia pupillus obligari non potest sine tutoris auctoritate. Formula autem interdicti de precario hæc est: *Quod precario habes, d. §. ult. & l.pen. comm. præd.* quæ interdicti formula sumitur ex verbis edicti in *l.2. eod. tit. de prec. Quod precario ab illo habes.* Formulæ actionum sumuntur ab edictis: ut edicta, sic & actiones concipiuntur, sive interdicta, *l. Ædiles 2. §. vendendi, de ædilit. edict.* hujus igitur interdicti formula hæc est, *quod precario habes*. Et ideo hæc formula, hocve interdicto pupillus officio judicis tenetur, si rem habeat, quam precario rogavit, quoniam recte ei dicitur, *Quod precario habes*, si non habeat, non tenetur. Neque enim quæritur in hoc interdicto, aut spectatur, an pupillus sit obligatus, sed an rem habeat. Ex hac quoque varietate formularum nascitur alia differentia inter precarium, & commodatum. Heres commodatarii, sicut heres depositarii, tenetur actione commodati, & depositi ex dolo, vel culpa defuncti, etiamsi ad eum nihil pervenerit, *l.ex depositi, de obligat. & act. l.7. §. 1. depos.* heres autem ejus, qui precario rogavit, non tenetur interdicto de precario, nisi quatenus ad eum pervenerit, id est, quatenus hab[illegible], juxta formulam

Digitized by Google

Jam interdicti. Hæc est ratio *l. 8. §. ult. de precar.* Quod autem juris est in pupillo regulariter, ut commodati non teneatur: sed si res extat teneatur ad exhibendum, & rei vindicatione, Paulus in hac *l. 2.* scribit, idem esse in furioso: & plane idem est: sed in furioso multo magis, & nullo casu excepto, ut recte hoc loco Albericus, & Angelus notant: Nam furiosus nullum negotium contrahere potest, ne curatore quidem auctore, *l. 5. de reg. jur. l. 1. §. pen. de obligat. & act.*

Ad L.XV.eod. *Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus: tametsi scientes alienam possidemus.*

Sequitur in *l. 15.* ex eodem libro Pauli, commodatum contrahi non tantum rei nostræ, ut mutuum: sed etiam rei alienæ, quam bona, aut mala fide possidemus, si eam alii utendam demus gratuito: commodatum omne est gratuitum, adeo ut & furi, & prædoni, qui rem furto subreptam, aut vi ereptam commodavit, competat actio commodati adversus commodatarium: & similiter, depositi actio, si rem vi, aut furto subreptam deposuerit apud alium, *l. 1. §. si prædo, depos. l. non à judice, de judic.* itemque pignoratitia actio si pignoraverit, *l. si pignore, §. si prædo, tit. seq.* Et ratio hæc redditur in *d. l. 1. §. si prædo*, quia interest furis, vel prædonis, ut sibi res commodata, vel deposita restituatur, eo quod domino rei tenetur actione, scilicet ad exhibendum, & in rem. Dices: atqui non interest ejus ex honesta causa: dicam: si fur, aut prædo sua interesse dicat, quod furti teneatur, vel condictione quasi fur, aut prædo, tum non est dandæ actionis commodati, vel depositi honesta ratio, honesta causa, *l. 12. §. 1. l. 14. §. is autem, & §. idem Pomponius, de furt. l. 4. naut. caupon.* Sed si dicat sua interesse, quod teneatur actione in rem, vel ad exhibendum, honesta ratio, honesta causa est, quia his actionibus tenetur ut quilibet possessor, non ut fur, aut prædo, *l. 12. C. de furt.* Et hæc ratio verior, & dilucidior est, quam illa, qua utitur Accursius *in d. l. 1. §. si prædo*. At recte Accursius consentiens cum Joanne, & Azone refellit eos, qui etiam furi, & prædoni adversus commodatarium, vel depositarium dant rei vindicationem quasi dominis, qua sententia nihil est absurdius. Quid ita? Quia fur tibi rem furtivam quasi suam commodavit, vel pignoravit, vel deposuit, quia se pro ejus rei domino adversum te gessit, & sibi igitur adversus te paravit rei vindicationem. Quis hoc dixerit? Quod & omnino pugnat cum hac l. 15. & similibus, quæ dicunt, rem alienam recte commodari etiam à fure, vel prædone, aut deponi, aut pignorari, non quidem, ut domino rei præjudicium fiat, quod non potest, sed ut, quantum ad ipsos contrahentes attinet, obligatio consistat ultro, citroque. Nec ab hujus sententiæ assertoribus quicquam faciunt leges, quibus nituntur, *l. 1. C. de non numer. pec. l. nec creditores, C. de pignor. act. l. pen. §. sed hæc super illis, C. de præscript. trig. ann.* Nam in specie illarum legum, vindicatione agit non fur, aut prædo, sed verus dominus rei, ut in *l. 1. & l. nec creditores*, adversus eum, qui rem suam pignoravit, sicut in *l. 2. hoc titulo*, adversus eum, cui rem commodavit, & in *d. §. sed hæc super*, adversus eum, qui vi dejecit priorem possessorem, quos omnes etiam *d. l. nec creditores, & d. §. sed hæc super* ait agenti domino rei vindicatione non posse facere dominii controversiam, puta opposita exceptione longi, aut longissimi temporis: nam & in *d. §. sed hæc super*, prior possessor, qui vi expulsus est possessione, quam longissimo tempore possederat, pro domino habetur, ut in eadem *l. pen. §. pen.* quod & sequens *§. sed hæc super* ostendit. Qui possedit triginta, aut quadraginta annis, etiamsi mala fide, & sine titulo possederit, instar domini est: & si vi expellatur possessione, non debet ei in reciperanda possessione, in beneficio momentariæ possessionis quisquam præferri, nec antiquior dominus, vel creditor hypothecarius, quæ est sententia illius §.

Ad L.XVII. Commod. *In commodato hæc pactio, ne dolus præstetur, rata non est.*

Ad Contraria *commodati actio etiam sine principali moveri potest: sicut & cæteræ, quæ dicuntur contrariæ.*

Ad §. Si ex facto *heredis agatur commodati, in solidum condemnatur, licet ex parte heres est.*

Ad §. Sicut autem *voluntatis, & officii magis est, quam necessitatis, commodare: ita modum commodati, finemque præscribere ejus est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit (id est, postquam commodavit) tunc finem præscribere, & retro agere, atque intempestive usum commodatæ rei auferre: non officium tantum impedit: sed & suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem. Et ideo invicem propositæ sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii, ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes, actionesque civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: Neque enim impune peritura deseret. Suscepisset enim fortassis alius, si is non cœpisset. Voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret; non recte facies, importune repetendo: Nam si negasses, vel emissem, vel testes habuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti: deinde protraxisti: aut etiam sciens vitiosa, commodaveris. Adjuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium judicium utile esse, dicendum est.*

Ad §. Duabus rebus *commodatis, recte de altera commodati agi posse, Vivianus scripsit. Quod ita videri verum si separatæ sint, Pomponius scripsit. Nam eum, qui carrucam puta, vel lecticam commodavit, non recte acturum de singulis partibus.*

Ad §. Rem commodatam *perdidi, & pro ea pretium dedi; deinde res in potestate tua venit: Labeo ait, contrario judicio, aut rem mihi præstare te debere, aut quod à me accepisti reddere.*

Initio legis ostendit hanc pactionem additam in commodato contrahendo, *ne dolus præstetur à commodatario*, non valere, quia est contra bonos mores, & contra negotii naturam, quod negotium est bonæ fidei: ne culpa præstetur, pactio valet, *l. 5. §. interdum, hoc tit.* Culpæ præstatio adesse, vel abesse potest salva, & incolumi natura contractus: doli præstatio abesse non potest salva natura contractus, qui est bonæ fidei, quia nihil est magis contrarium bonæ fidei quam dolus.

Ad *§. Contraria*. Notandum est, duplicem esse actionem commodati, directam, quæ commodatori, & contrariam, quæ commodatario ex diverso, sive ex contrario, unde nomen datur. Directæ autem nomen ex eo est, quod sit principalis actio. Et inde in hoc *§. 1.* contrariam actionem commodati, quamvis hoc nomen ejus ferre non videatur, moveri posse sine principali, id est, sine directa: sicut & contraria tutelæ, vel pigneratitia, vel contraria negotiorum gestorum, vel contraria mandati, vel depositi moveri, & intendi potest, etiamsi is, cujus in iis negotiis potior, & superior causa est, non agat directo: ex his negotiis, inquam, nascitur actio ultro citroque: sed ex uno latere directa, ex altero contraria, quia potior est causa ejus, qui deposuit, vel commodavit, vel ejus, ad quem tutela, negotiave gesta pertinent, vel ejus, qui rem pignoravit, quam sit, vel tutoris, vel gestoris, vel mandatarii, vel depositarii, vel commodatarii, vel creditoris: ex aliis negotiis actio est ultro citroque directa, ut ex societate, ex emptione, venditione, locatione, conductione, quia par est utriusque contrahentis causa, nec alius alio potior esse intelligitur. Qua de re consule *caput 2. observationis 9.* Pergamus ad reliqua.

Ad *§. Si ex facto*. Ex hoc §. notandum est, singulos heredes commodatarii hac actione teneri pro portionibus hereditariis ex facto defuncti, puta si defuncti dolo, vel culpa res commodata perierit, etiamsi ad eos nihil pervenerit, ut ante dixi. Denique ex facto defuncti teneri singulos pro parte hereditaria. Ex facto autem proprio, ut heic Paulus ait, id

est, ex dolo proprio, vel ex culpa singulos teneri in solidum, non pro parte, quod confirmatur etiam *l. in deposui, infra, depos.*

A D §. *Sicut.* Voluntatis nudæ, & officii est commodare, non necessitatis. Initium omnium contractuum est voluntarium. Aristoteles in 5. Ethicorum ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων ἑκούσιος. Verum postea contractus convertuntur in necessitatem, in obligationes, in præstationes necessarias & mutuas, adeo ut quem dominus, vel is, qui rem commodavit (nam & non dominus potest rem commodare) quem modum, finemve præscripsit commodato, postea mutare, aut intempestive rem commodatam revocare non possit. Quod & in mandato procedere, & negotiis gestis hoc loco ostenditur: voluntatis esse mandatum suscipere, necessitatis consummare. Confert negotium gratuitum cum gratuito: Nam & mandatum, & commodatum sunt negotia gratuita. Negotium alienum, quod quis semel susceperit, vel ultro, vel ex mandato, ab eo non impune deseri, ut *l. si mandavero, §. ult. mand.* forte enim, ut ait, alius suscepisset, si ipse non cœpisset gerere negotium alterius. Itaque peritorum negotium, quod inchoavit, impune non deserit. Unde, quo exemplo utitur, si pugillares tabulas mihi commodaveris, ut in eis debitor mihi sua manu caveret, mox eas revocaveris importune, antequam debitor mihi cavisset suo chirographo, eo nomine mihi teneris actione commodati contraria in id quod interest: quia si negasses ab initio, ego vel emissem pugillares, quibus mihi debitor cavisset, vel in cedendo, inquit, testes adhibuissem, qui locus est valde notandus. Nam ex eo apparet, chirographis veteres non solitos testes adhibere. Chirographum faciebat fidem etiam sine testibus. Item si ad fulciendam domum mihi tigna commodasti, deinde ea protraxisti, id est, repetiisti, & retraxisti priusquam ædificio adaptarentur: aut si sciens tigna esse vitiosa, ea mihi commodasti, similiter eodem nomine mihi teneris actione commodati. Quia, ut eleganter ait, commodatum beneficium est: est enim gratuitum, & adjuvari nos beneficio oportet, non decipi. Quæ sententia est elegantissima, & confirmatur *leg. ad res, in fi. de ædilit. edict.*

A D §. *Duabus rebus.* Sequitur in §. *pen.* Duabus rebus diversis, & sejunctis commodatis recte agi adversus commodatarium de una tantum re, si velit, protrahenda, & revocanda, si res separatæ sint, ut dixi: nam si carrucam commodaverit, vel lecticam, non recte agit de singulis partibus protrahendis, quibus constant: quia nec singulas res commodavit, nec singulæ proprie partes esse intelliguntur lecticæ, vel carrucæ. Eademque ratione si navem commodavit, non recte aget de singulis tabulis: Si domum (nam & domus commodari potest, *l. 5. §. inter, hoc tit.*) non recte aget de singulis cæmentis, vel tignis, vel columnis, quæ exempla credo ad exemplum lecticæ, & carrucæ hoc loco addidisse Paulum: idque colligo ex *l. 36. de evict.* quæ est ex hoc libro, & docet, quæ est eadem ratio, etiam nave, aut domo vendita, singularum tabularum, singulorumve cæmentorum nomine, si evincantur, postquam exempta fuerint ædificio, forte ex stipulatione duplæ venditorem non teneri, quia navem vendidit, aut domum. Et singulæ tabulæ domus, aut navis partes non sunt: denique singulæ illæ res venditæ, aut rei venditæ partes esse non intelliguntur. Et ideo de evictione earum rerum nomine venditor non tenetur, quia nec quota pars evicta sit rei venditæ sciri potest. Ita perquam apte l. 36. conjungetur cum hoc §. penult.

A D §. *Ult.* In §. ult. hoc tantum proponitur, commodatarium rem commodatam perdidisse culpa sua, & conventum à domino, à commodatore ei præstitisse æstimationem rei sua culpa amissæ, postea rem pervenisse ad commodatorem. Quid fiet? an & rem habebit, & æstimationem rei? Hoc bona fides non patitur. Et ideo contraria actione commodati, vel litis æstimationem restituere debet, vel rem præstare, quam postea recuperavit: qui litis æstimationem accepit, vendidisse rem videtur, *l. 5. §. 1. hoc tit.* Ita quidem, si eam habuerit commodator, & à commodatario oblatam rei æstimationem acceperit, non si eam perdiderit commodatarius: tum eam non intelligitur vendidisse, sed culpæ pretium tulisse tantum. Et ideo recte Accursius sentit in hoc casu, in electione esse ejus, vel ut rem præstet, quæ postea ad eum pervenit, vel rei æstimationem, quam accepit, restituat: Si pro venditore haberetur, abscisse teneretur ad rem præstandam commodatario. Atqui nego illum haberi pro venditore, quia ab eo accepit litis æstimationem, qui rem perdiderat, qui rem penes se non habebat. Sequitur nunc edictum de pigner. act.

Ad L. XIV. de pigner. act. *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur.*

Libro 29. ad edictum tractavit Paulus tertio loco de edicto, & actione pigneratitia, quæ, ut commodati actio, etiam est duplex. Directa, quæ debitori datur soluta omni pecunia pignoris reciperandi gratia, & contraria, quæ datur creditori pigneratitio ex certis causis. Actio constitutæ pecuniæ, de qua priore loco egit in hoc libro, simplex est, ex parte creditoris tantum, non ex utraque parte duplex, sicut nec ex mutuo, vel ex promutuo, vel ex stipulatu, condictio certi, vel incerti, de quibus egit libro superiore. Actio commodati, itemque actio pigneratitia duplex est: ex parte ejus, qui commodavit, vel pigneravit, quæ pars est pensior, & principalior est directa: ex parte commodatarii, vel creditoris pigneratitii, contraria. Et in utramque quidem directam actionem, vel commodati, vel pigneratitiam, venit dolus, & culpa commodatarii, vel creditoris, & custodia ejusdem, *l. 53. §. ult. hoc tit.* At hoc interest, quod in directam commodati venit omnis culpa, etiam levissima, quia ejus solius plerumque, qui utendum rogavit, utilitas in commodato versatur. In directam autem pigneratitiam, quia utriusque contrahentis utilitas versatur, tam debitoris scilicet, quo magis ei pecunia credatur, quam creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, non omnis culpa venit, non certe levissima. Et hoc Paulus significat in *l. 14.* quæ est ex hoc libro, dum ait, *ea, quæ diligens patrfamil. in suis rebus præstare solet, & creditorem præstare debere in conservando pignore sibi tradito: quæ diligens*, inquit, *paterfamilias*. Loquitur proprie, non dicit *quæ diligentissimus*, sed *quæ diligens*. Quæ igitur mediocriter diligens, ut in *l. si pignore, §. ult. inf. eod.* Longe aliter, quam commodatarius, à quo ea, quæ diligentissimus paterfamilias præstare solet in tuendis, servandisque rebus suis, exiguntur, *l. in rebus, commod.* Diligentia diligentis patrisfamil. respondet culpæ levissimæ. Custodia autem, & diligentia idem est, & venit ea quidem in utroque negotio, quia non hoc tantum exigitur à commodatario, vel à creditore, ne sit negligens: sed ut sit diligens, & attentus in conservanda re commodata, vel pignerata. Verum longe major, attentior, accuratior diligentia, custodia à commodatario exceptis quibusdam casibus, quam à creditore desideratur: à creditore desideratur exacta diligentia, *§. ult. Institut. Quib. mod. re cont. oblig.* à commodatario exigitur exactissima, *l. 1. §. is vero, de obl. & act.*

Ad L. XVI. eod. *Tutor lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est & in curatore adolescentis, vel furiosi.*

Ad §. Contrariam *pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam, vel alii pigneratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur: quamvis & stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum si scit, an & si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia. Quantum ad contrarium judicium ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro 6. Digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrariam ei non competit.*

Ad §. Etiam *vectigale prædium pignori dari potest, sed & superficiarium: quia hodie utiles actiones sup*[illegible]*ariis dantur,*

Lex

LEx ait, tutorem pupilli, si in rem ejus, sive negotia pecuniam mutuam accipiat, & rem pupilli pignori det: Itemque curatorem adolescentis, vel furiosi, si in rem adolescentis, vel furiosi pecuniam accipiat, & rem ejusdem creditori pignori det, tuendum esse, inquit, id est, tuendum esse pignus à prætore, ut in *l.* 18. *§. ult.* similiter ait, *servus, si rem peculiarem pignori dederit, tuendum est*. Et hoc, ut Paulus ait in *hac l.* si lege non refragante tutor, vel curator rem pupilli, vel adolescentis, vel furiosi pignori dederit. Quid hoc est *lege non refragante?* Nempe si pignori dederit rem mobilem: nam rem immobilem sine decreto prætoris dare non potuit, quoniam id vetat SC. sive oratio Severi, *de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt non alien. vel pigner.* quod est de rebus immobilibus. Lex igitur hoc loco pro SC. ut in lege *lex*, *C. de administr. tutor*. Hoc est apertissimum.

AD *§. Contrariam*. Sequitur in *§.* 1. creditori decepto in contrahendo pignore dari contrariam actionem pigneratitiam in id, quod interest, ut in *l. si in pignore, de fidejuss.* ut puta, si debitor ignoranti, & imprudenti creditori rem alienam, vel rem suam alii privato homini, vel etiam publico, puta fisco, aut Reip. obligatam, vel si hominem morbosum, nullius æris, ignoranti creditori pignori dederit, *l. 9. in pr. hoc tit. l. 6. C. si res alien. pign. data sit*: forte contra fidem datam in contrahendo pignore, ut moris fuisse Demosthen. ait adversus Locriti paragr. quod & hodie fieri solet, pactis pignorum inseri, pignus quod datur esse liberum ἀνεπίθετον, se nihil alii debere, neque debituros esse sub eodem pignore. Eo igitur nomine, creditori ignoranti, & circumscripto, debitor tenetur contraria actione pigneratitia, sive sciens, sive ignorans debitor, eam rem esse talem, pignori dederit: in danda contraria actione non separatur ignorans à sciente. Et hoc amplius, sciens debitor rem esse alienam, vel alii obligatam, vel servum, quem pignori dabat, esse morbosum, tenetur extra ordinem crimine stellionatus, tanquam varius ut stellio.

Variis stellatus corpore guttis.

ut Ovidius ait 5. Matamorph. tanquam impostor, *l.* 1. *&* 2. *C. de crim. stellion.* Ignorans autem debitor talem rem esse, quam oppigneravit, crimine stellionatus non tenetur, in ignorantem crimen non cadit. Inhumanum esset ignorantem pœna affici, qua improbitati proposita est, quæ quidem nulla exist it in ignorante. Itaque in crimine stellionatus separamus scientem debitorem ab ignorante, non etiam in contraria actione pigneratitia. Quia contractus fides exigit, ut salvum jus suum sit creditori.

AD *§. ult.* In *§.* ult. hujus *l.* Paulus tradit, non tantum eam rem à nobis jure pignoris creditori obligari posse, quæ dominii nostri est: sed etiam eam rem, cujus alter dominus est, maxime si in ea re jus emphyteuticum, aut jus superficiarium habeamus. Jus superficiarium, quod jus ἐμβατευτικὸν dicitur in *l. 3. §. si jus, de rebus eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Jus emphyteuticum est jus excolendi, exercendi prædii alieni in perpetuum, domino præstito vectigali annuo. Jus ἐμβατευτικὸν est jus consedendi, & habitandi ædificium in alieno solo positum, præstita quotannis mercede, quæ merces vulgo dicitur *solarium*. Et hoc quoque jus constituitur in perpetuum, ita ut perpetuo mihi habitare liceat in superficie ædium tuarum, præstito annuo solario, sicut appellatur in *l. 2. §. si quis nemine, ne quid in loco publ. l. etiam, qui potior. in pign. hab. l. cum servus, §. heres*, de *leg.* 1. Symmachus 4. epist. *solvere*, inquit, *solarium patris jussus est, taxatione pretiorum graviter aggerata*. Res igitur non mea, in qua jus habeo ἐμφυτευτικὸν, vel ἐμβατευτικὸν, à me pignori obligari potest, etiam invito domino. Res aliena, in qua nullum jus habeo, à me pignori obligari non potest, nisi consentiente, aut ratum habente domino, *l. 20. in princ. hoc tit.* Ratihabitio domini sufficit, quia retrotrahitur, & consensui comparatur. Sed si neque consensus, neque ratihabitio domini interveniat, res illa aliena pignori

A obligari non potest, id est, res illa obligatione adfici non potest, pignori tamen dari potest, pignori obligari non potest. Facio differentiam inter obligari, & pignori dari; ita scilicet, ut inter dantem, & accipientem constituatur obligatio ultro citroque. Nam & qui ignoranti creditori pignori dedit rem alienam, obligatur contraria actione pigneratitia, ut docui supra, & qui accepit, soluta omni pecunia, obligatur directa actione pigneratitia, *l. 9. §. penult. l. 22. §. si prædo, hoc tit.* Et sicut in *l. cum hic status, §. si socer nurui, de don. inter vir. & uxor.* si socer nurui, vel consocero nuntium remiserit, invitis filiis, qui matrimonio juncti sunt, matrimonii dissolvendi causa, quod ad ipsos dicitur finitum esse matrimonium: ita dicere possumus, quod ad ipsos contrahentes rei alienæ pignus consistere: uno verbo, personas contrahentium obligari, rem ipsam invito domino non

B obligari: denique rem alienam pignori dari posse, non etiam pignori obligari. Rem, inquam, alienam, in qua nullum jus habemus. At prædium vectigale, in quo habemus jus emphyteuticum, sive prædium ἐμφυτευτικὸν, itemque prædium superficiarium, sive ἐνοίκιον, ut Græci hoc loco loquuntur, etiam invito domino emphyteuta, vel superficiarius pignori dare, vel obligare potest, fretus hoc jure, quod in eo prædio habet, salvo semper vectigali, aut solario prædii domino, *l. etiam, qui pot. in pignor. hab. l. grege, §. & in superficiariis, de pignor.* Quia, & hac ratione utitur Paulus in hoc *§. ult.* etsi jure veteri, emphyteuticarii, vel superficiarii non habeant rei vindicationem, quia non sunt domini: hodie tamen ex constitutionibus eis, quasi dominis datur utilis vindicatio prædii emphyteutici, vel superficiarii, atque etiam utilis vindicatio servitutis ei prædio

C debitæ, & adversus quemvis possessorem, etiam adversus dominum, *l. 1. §. ult. si ager vectigalis*, id est, *emphyteuticarius petatur, l. superficiario, de rei vindic. l. in provinciali, § ult. de novi oper. nunt. l. ei, qui, de servit.* Itemque dantur eis & aliæ actiones, quæ non solent, nisi dominis dari: aliæ, inquam, actiones emphyteuticariis, & superficiariis, quasi dominis accommodantur, velut actio arborum furtim cæsarum, & actio aquæ pluviæ arcendæ, *l. cædere, §. ult. arb. furt. cæs. l. quod principii, §. 1. de aq. plu. arc.* Ideoque & id prædium alienare, distrahere, vendere, legare, donare, vel extraneo, vel domino in eo predio usum, vel usumf. vel aliam servitutem concedere possunt quasi domini, *l. 1. §. pen. de superf. l. si domus, §. ult. l. 1. §. penult. l. si tibi, §. ult. de leg.* 1. Non mirum igitur si & id prædium etiam invito domino pignori obligare possint, suo jure freti, quod in eo prædio habent,

D quodque dominio proximum est. Sed, quod maxime notandum, si forte jure commissi, puta ob non solutum vectigal, ut fit, prædium ad dominum redierit, prædium domino commissum fuerit, jus pignoris evanescit, *l. lex vectigali, de pignoribus*. Quod confirmatur etiam argumento *l. 3. Quibus modis pig. vel hyp. solvatur, & l. 4. §. sed & Marcellus, de in diem addictione*. Quarum speciem explicare erit perutile. Si fundus venierit ea lege, *ut si quis intra certum tempus meliorem conditionem, vel uberius pretium offerret, fundus esset inemptus*, & traditum sibi fundum emptor pignori dederit, postea meliore allata conditione, & fundo revocato à priore emptore, pignus, quod prior emptor contraxit, finitur. Sed si, ut subjicitur *in dict. l. 3.* fundus venierit hoc modo, *nisi emptori displicuerit intra illud tempus, fundus tibi emptus esto, nisi tibi intra biennium*

E *displicuerit*, & interim emptor fundum pignori dederit, ac postea ei emptio displicuerit, hoc casu pignus non finitur, ne sit in potestate ejus finire pignus, quod ipse contraxit, & decipere creditorem suum: Facto ejus pignus perimi non potest. Priore casu non perimitur facto ejus, sed facto venditoris, & ejus, qui offert meliorem conditionem ingratiis emptoris, id est, invito emptore. Eademque ratione non finitur pignus, quod emptor contraxit, si postea rem emptam, & mox à se pigneratam creditori suo, redhibeat venditori ob vitium latens, vel morbum. Facto, id est, facto ejus, quia facto ejus non potest jus pignoris extingui: pignus igitur manet, quod contraxit emptor, si redhibeat rem. Ideoque & eam rem venditor, cui redhibetur, non aliter recipiet, quam si eam redhibeat

A omni pignore liberatam. Hoc ostenditur in *l. bovem, §. pig. de ædilitio edicto*. Ex hia vero rectissime, & perutilissime Bartol. in *dict. l. 4. §. sed & Marcel.* ita colligit: Si vendidi tibi fundum ea lege, ut eum mihi revenderes post certum tempus, quæ lex recepta est, *l. 7. C. de pactis inter vend. & empt.* nec ulla frequentior est, & tu interim acceptum fundum pigneraveris, deinde revendere coactus sis, interpellante debitore, pignus, quod contraxisti, evanescit, non facto tuo, ut cernere est, sed facto venditoris, qui fidem tuam appellat. At si vendidi f...dum (est alia species) & in vendendo deceptus sim supra dimidiam justi pretii, qua ex causa possum agere de rescindenda venditione, si emptor non eligat magis supplere quod justo pretio deest, *l. 2. de rescin. vend.* omnibus notissima. Si igitur cum in vendendo fundo deceptus essem supra dimidiam justi pretii, emptor priusquam ob eam fraudem agerem de rescind. vend. interim B fundum pigneravit: postea ex hac causa resc. issa venditione, & revocato fundo, pignus non finitur, quia in potestate fuit emptoris supplendo pretio retinere fundum, quæ omnia perquam recte illo loco Bartol. tradidit, argumento superiorum legum. Verum ad hæc institui potest quæstio etiam perutilis, si fundus emphyteuticarius ad dominum redierit jure commissi, pignus finitur, ut diximus *d. l. lex vectig.* Quæro, an etiam pignus finiatur, quo emphyteuticarius contraxit, si fundus emphyteuticarius ad dominum redierit jure προτιμήσεως, ut vocant, jure prælationis, quod dominus semper habet, forte emphyteuticario fundum extraneo alienare volente (nam ex *l. ult. C. de jure emphyt.* dominus si velit eodem pretio emere, præfertur extraneo, quod jus προτιμήσεως, jus prælationis dicitur) An igitur si jure prælationis fundus emphyteuticarius ad dominum C redierit, an evanescit jus pignoris ante eb emphyteuticario contracti? Quod quidam putant, sed ratio aliud suadet. Et quæsu attendite. Nam ut eodem pretio id dominus emit, jure prælationis extraneo excluso, ita par, & consequens est, ut & id eodem jure accipiat, quo extraneus accepisset, id est, cum sua causa, cum causa pignoris. Et ratio differentiæ inter jus commissi, & jus prælationis est manifesta. Commissu prædio ob tardam solutionem vectigalis, est quod imputetur creditori pigneratitio, cur non solverit vectigal pro debitore, ut sibi servaret pignus, quod & *d. l. lex vectigali* significat illo loco, *Si in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessasset.* Prædio autem à domino ad se protractu jure προτιμήσεως, quod alii emphyteuticarius vendere parabet, nihil est, quod creditori imputari possit, quia nullum creditor huic rei impedimentum, nul- D lamve moram afferre potuit, & non est cur amittat jus pignoris jure contracti. Et hæc sunt, quæ pertinent ad *l. 17.* sequitur *lex 18. de pignerat. act.*

Ad L. XVIII. eod. *Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit: tuenda est à prætore hæc conventio, ut & te in exigenda pecunia, & debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam secum pensabis. Si vero corporis alicujus: id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.*

Ad §. Si nuda *proprietas pignori data sit: ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit. Eadem causa est alluvionis.*

Ad §. Si fundus *pignoratus venierit: manere causam pignoris: quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu ancillæ, qui post venditionem natus sit.*

E Ad §. *Si quis caverit, ut sylva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam, non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud navis. Et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait:* Quæque ex sylva facta natave sint.

Ad §. Servus *rem peculiarem si pignori dederit, tuendum est, si liberam peculii administrationem habuit. Nam & alienare eas res potest.*

SUnt etiam *lex 18. & 20. ex eod. tit. de pign. act.* quas ordine explicabo. Initio legis 18. ostenditur, debitorem creditori suo recte pignori obligare nomen, sive cautionem debitoris sui, eamque conventionem à prætore tuendam esse, data creditori utili actione hypothecaria, qua id, quod

A debitori suo debetur, persequatur, vel à debitore debitoris, vel à debitore suo, si id jam ei solutum sit: & sive per eam actionem nummos exegerit, eos credito suo pari quantitate compensabit: sive rem exegerit, cum debitor debitoris certæ rei, certi corporis debitor erat, quia pecuniæ sibi debitæ cum re corporali inæstimata, quam exegit, compensatio nulla est, eam rem retinebit pignoris loco, quoad omnis pecunia ei soluta sit, quod confirmatur *l. grege, §. sed potest, & l. cum convenit, de pignor. & l. postquam, C. de hered. vel act. vend.* Quin etiam sub generali hypotheca, sive pignore omnium bonorum suorum, vel omnium suorum nomina debitorum debitoris, contineri ostendit *l. nomen, C. quæ res pig. oblig. poss.* Quod si debitor debitoris conventus jure supradicti pignoris, creditori creditoris solverit, ac postea conveniatur à creditore suo, qui jam solvit B creditori creditoris sui, tuendus erit, ut Paulus ait hoc loco, adversus creditorem suum, data exceptione doli mali. Itaque prætor duplici via, rationeve hoc genus pignoris tuetur: data actione hypothecaria adversus debitorem debitoris, & debito soluto creditori creditoris, data exceptione ei qui solvit adversus creditorem suum: prætoris est pignora nominum tueri, quia nudo pacto constituuntur, non traditione, & de pignore ex pacto jure tantum prætorio nascitur actio, *l. si tibi, §. de pignore, de pact. §. item Serviana, Institut. de action.* Dixi ei, cui nomen sui debitoris debitor pigneravit, dari utilem hypothecariam, quia *d. l. cum convenit* evidenter ait, cum eum debitore debitoris agere pignoris jure. Ergo agere hypothecaria. Ac præterea nominatim eadem lex, sicut & *d. l. grege, §. sed potest, & d. l. nomen* ait, creditori, cui debitor nomen debitoris sui pigneravit, C dari utilem actionem, sine alia adjectione, simpliciter. Et certissimum est, toto illo tractatu de pignoribus utilem actionem passim accipi pro hypothecaria, quæ semper dicitur utilis, quia est utilis Serviana. Ergo creditori, cui debitor nomen sui debitoris pigneravit, datur hypothecaria, non actio in personam, ut Acc. & Bartol. volunt, quia creditor in debitorem debitoris actione in personam non possit agere sine cessione actionis principalis, quæ debitori suo competit, ob id solum, quod nomen debitoris sui ei sit pigneratum. Si nomen ei sit datum in solutum, vel si sit ei venditum, aut legatum, aut donatum, datur ei utilis actio in personam in debitorem debitoris, quia nomen in eum omnino transfusum, & translatum est, datur sine cessione, sine mandato. At quum nomen duntaxat pigneratum est, non potest ei dari utilis in personam sine cessione. Idque D ostendit *l. ult. C. quando fisc. vel priv. debitor. deb.* Et consequenter, male idem Bartolus non recipit in hac specie Novellam Justiniani quartam, quæ vult in primis agi in personam contra debitorem principalem, prius excuti debitorem principalem, quam agatur actione hypothecaria adversus extraneum. Refellit namque eum aperte *l. pen. C. eod. tit.* quæ nominibus debitoris fisco obligatis, quæ utique semper fisco obligata intelliguntur, jure tacitæ generalis hypothecæ, quam semper fiscus obtinet, ait, prius excutiendum esse debitorem principalem. Qui ordo in fisco etiam ante Novellam Justiniani semper observatus fuit. Et ex ea Novella observatur etiam in cæteris creditoribus omnibus. Ergo & in cæteris idem statuemus, ut prius hodie excuti debeat debitor principalis, quam nomen, quod is pignori obligavit. Et hæc sunt, quæ pertinent ad E initium hujus legis. Sequitur §. 1. hujus legis.

Ad §. Si nuda *proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit, &c.*

IN §. 1. ostenditur, ab eo, qui nudæ proprietatis dominus est, fundo pignori obligato, augeri obligationem, fundo majore effecto per consolidationem ususfructus. Idemque esse, si fundus major effectus sit per alluvionem fluminis, ut *l. si fundus, in principio, de pignoribus.* Recte: nam & minuitur pignus fundo majore effecto: sive enim major, sive minor fundus effectus sit, is est fundus, qui pignori obligatus est. Augmentum, vel diminutio subjecti id non perimit: sicut nec alteratio, nec mutatio loci, nec mutatio domini.

mini. Et hoc quidem, quod dico de mutatione domini, per eam scilicet non perimi causam pignoris, id subjicitur statim in hac *l. §. si fundus*: fundum scilicet pigneratum à debitore alienari, id est, mutari ejus dominium cum sua causa, id est, salva pignoris causa, nisi scilicet creditor alienationi consenserit, ut *l. alienatio, de contrah. empt. l.15. C. de pignor. l. 12. C. de distract. pignor.* Subjicit in hoc *§. si fundus*: sicut in partu ancillæ, qui post venditionem natus sit. Sensus hic est. Ancilla prægnante pignori obligata, partum quoque pignori esse, quamvis natus sit post venditionem ancillæ, quia & retro in utero matris partus intelligitur pignori esse, & mater in emptorem transit cum sua causa, cum causa pignoris, *l. 1. C. de partu pignoris.* Unde quæro: Quid si ancilla non prægnans pignori obligata sit, an etiam si postea conceperit, partus ex ea editus, pignori erit, licet de eo specialiter nihil convenit? Et ut breve faciam, si quidem apud debitorem, vel heredem ejus peperit, vel apud creditorem, partus pignori esse ceoletur, quia in bonis debitoris fuit. Sed si apud extraneum, veluti apud emptorem conceperit, & pepererit, quia partus nunquam fuit in bonis debitoris, non erit pignori. Et hæc distinctio proponitur in *leg. Paulus, §.1. de pignoribus*. Idem servatur fere in fructibus rei pignoratæ. Partus ancillæ non est in fructu: operæ ancillæ, vel servi, & mercedes operarum sunt in fructu. Fœtus quoque pecorum, & pensiones prædiorum sunt in fructu, & fructus quidem rei pigneratæ, de quibus nominatim non convenit, ut pignori essent, à debitore percepti, vel herede ejus, tacito jure pignori esse creduntur, *l. grege, in princip. de pign. l.3. C. in quibus causis pign. vel hypoth. cont.* A creditore autem perceptos fructus secum ipse creditor pensat in sortem, & in usuras, *l. 2. C. de pignor. act. l. 1. C. de distract. pig. l. 9. de pignor.*

AD *§. pen.* Ad hæc in *§. penultimo* hujus legis ostenditur, si sylva sit pignori obligata, materiam ejus sylvæ omnem, arbores omnes esse in pignoris causa: navem vero, vel arcam ex ea materia, arboribusve confectam non esse in pignoris causa, quia non navis, sed materia pignerata est, à qua longe diversa est navis, & ideo in sylvæ pignore contrahendo nominatim adjiciendum esse ait, *quæque ex sylva facta, natave sint*. Nata, ut fructus: facta, ut arcæ, naves, armaria, tigna, trabes. Itaque mutatione rei extingui pignus videtur, puta si ex materia pignerata fiat navis, ejus materiæ pignus extinguitur. Quod pugnat omnino cum *leg. si fundus, §. si res, de pignor.* quæ nominatim mutata re pignerata his verbis utitur, ut si ex domo pignerata factus sit hortus, vel si ex area pignerata domus, aut vinea, pignus non interire ait. Quid dicemus? Distinguenda sunt mutationis genera. Mutatio, quæ parit novam speciem, & priorem perimit, quæ pignori oexa erat, proculdubio pignus perimit. Et hæc mutatio fit, cum ex materia, ex cupressu, vel pinu fit navis, vel arca, *l. sed si ex meis, de adquir. rer. dom.* Cupressus igitur, vel pinus pignori esse desinit. Idem omnino est, si ex sylva fiat navale. Idem si ex lana pignerata fiat vestimentum. Idem si ex marmore pignerato fiat statua. Hæc mutatio perimit priorem speciem, & parit novam. Mutatio vero, quæ rem auget, ut si loco puro imponatur ædificium, aut vinea: si ex arbore fiat arbustum, vitibus, vineis consitum: vel mutatio, quæ rem minuit, ut si ex domo fiat hortus, vel si domus ad aream redigatur: hæc, inquam, mutatio pignus non perimit, quia nec res, quæ pignerata est, ejusve rei portio maxima perimitur, *l. 12. hoc tit. l. Paulus, §. domus, & d. l. si fundus, §. si res, de pigno.* nempe solum, quod maxima est portio domus, ut ait *lex qui res, §. 1. de solut.* diruto ædificio non perimitur: solum item purum imposito ædificio non perimitur. Et ita sunt distinguenda mutationis genera. Quæ mutationis distinctio etiam servatur in legatis: nam si ex lana legata vestimentum fiat, vestimentum non debetur, *l. lana, de l. 3.* nisi legatarius probaverit durasse voluntatem testatoris, ut in *l. servum, §. si pocula, de leg. 1.* Et sylvæ materia legata, navis ex ea facta non debetur, *d. l. lana, & l. Servius, eodem titul.* Marmore legato, statua ex eo facta non debetur, *l. quæsitum, §. illud, de leg. 3.* At si areæ, sive solo legato domus imposita sit, domus debetur, *l. si areæ, de leg. 2.* Forte & domo legata, è contrario si ad aream reciderit, ex voluntate testatoris area debebitur. Quin & massa argenti legata possunt scyphi ex ea facta deberi, ut ait *d. l. lana.* Itemque pari ratione ære legato, possit statua ex eo facta deberi. Quod & de scyphis factis ex massa pignori obligata, vel de statua, facta ex ære pignori obligato dici possit, propria & speciali ratione quadam: quia, ut eleganter ait *d. l. quæsitum, §. illud, ea, quæ talis naturæ sunt* (ratio est physica) *ut sæpius in sua possint redigi initia, ea materiæ potentia victa nunquam vires ejus effugiunt.* In his scilicet rebus prævalet materia, cujusmodi sunt vasa argentea, vel statuæ æneæ, namque redigi possunt ad rude æs, argentumve, quod fuit ante, quæ ratio etiam posita ex contrario efficere possit, ut quæ redigi possunt (hoc notandum) ad priorem formam, ea quoque ejus formæ vires retineant, veluti vasa legata, aut pignerata, si conflata sint, & in massam, vel laminam redacta, ut ea quoque massa sit in legati, aut pignoris causa, quoniam ex ea rursus ejusdem formæ vasa refici possunt, atque restari. Verum eæ mutationum distinctiones vix servantur in usufructu, quem facile quælibet mutatio rei, in qua ususfructus constitutus est, extinguit, nisi sit permodica, veluti ex solo in vineam, vel contra: quælibet alia mutatio honesta occasio est ususfructus consolidandi, & confundendi cum proprietate, nullumque jus fragilius ususfructus jure, quia & sui natura ad proprietatem suam, unde prodiit, semper tendit, & recurrit. Quo verbo & in hac re nostri auctores utuntur, ususfructus recurrit ad proprietatem, ad proprietatem properat. Sic fit ut massæ ususfructus finiatur, si ex ea fiant vasa; & contra: item ut sylvæ, si ex ea fiat navale, vel si ex materia ejus fiant naves, scaphæ, arcæ, armaria, tigna: ut item domus finiatur ususfructus, si solo adæquetur, quæ omnia ostenduntur in *l. quid tamen, quibus modis ususfructus amittitur.* Hactenus duas tantum att gi mutat onis species, unam, quæ fit ex non subjecto in subjectum, ut si ex arbore fiat navis, fit enim ex non nave navis; alteram, quæ fit ex subjecto in subjectum, ut si ex domo fiat hortus, vel si ex area fiat vinea. Est & tertia species mutationis, quæ fit ex subjecto in non subjectum, ut si navis dissolvatur tota, quæ omnium summa mutatio est, mors nempe, interitusve subjecti: ut cum ex homine fit pulvis, aut cinis ex ligno. Ideoque hoc genus mutationis, noo tantum usumfructum, sed etiam pignus, & legatum extinguit, *d. l. lana.* Ex non subjecto in non subjectum mutatio non fit, ut doctor sapientum docuit. Pergamus ad reliqua.

AD *§. ult.* In *§. ult.* hujus l. ait, pignus contractum à servo, vel filiof. re peculiari creditori peculiario pignori datæ, in rem peculii non aliter, quam si habuerit liberam peculii administrationem, tuendum esse, quia & alienare potest, *l. 2. §. pen. l. 11. §. ult. de reb. cred.* Si alienare potest, & multo magis obligare. Sic argumentatur *l. 1. C. rem alienam gerentib. non interd. l. 9. §. 1. inf. de pig. l. ult. C. eod. t.* Potest etiam qui liberam peculii administrationem habet, pacisci, ne res peculiariter obligata pignori sit, ita scil. ut definitur in *l. sicut, §. pacisci, inf. Quibus mod. pignus, vel hyp. sol.*

Ad L. XX. eod. *Aliena res pignori dari voluntate domini potest. Sed etsi ignorante eo data sit, & ratum habuerit, pignus valebit.*

Ad §. Si pluribus *res simul pignori detur, æqualis omnium causa est.*

Ad §. Si per creditorem stetit, *quo minus ei solvatur, recte agitur pigneratitia.*

Ad §. Interdum *& si soluta sit pecunia, tamen pigneratitia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit a debitore.*

LEX 20. non erit longi subsellii. Initio docet rem alienam non posse pignori obligari sine consensu domini. Hoc satis exposuimus in *l. 16. sup.* sed subjicit ratihabitionem domini sufficere, quia ratihabitio retrotrahitur, retro recurrit, & pro consensu habetur, ut in *l. si fundus, §. 1. de pign.*

de pign. nihil est amplius. In *§.1.* docet una eademque re pluribus simul pignerata, æqualem pluribus creditoribus, ex causis diversis æqualem omnium causam esse, alterum altero non esse potiorem. Quod utique verum est, etiamsi una die pluribus eadem res pignerata sit. Quod maxime notandum est. Probatur id *l.si fundus, §.pen. de pign.* Quod fit eodem die, pro eo est ac si factum esset eodem momento, nec si mane uni eandem rem pigneravero, & vesperi alteri, alter altero potior est, quia pro eo est, ac si simul eam rem omnibus pignerassem: & inter contemporales non est ordo. In hanc rem valde facit *l.6. de excusat. tut.* quæ docet duas tutelas uni eidemque delatas uno die, cum quæritur de excusatione danda ob numerum tutelarum, tum non apparere, utra utri anteponatur, non est prior numero una potius, quam altera, quoniam ambæ videntur delatæ eodem momento, quæ delatæ sunt eodem die. Sed prætor eam in numerum tutelarum ex iis duabus imputabit, quam volet. Prætoris est, quam volet imputare in numerum trium tutelarum, vel quatuor: nostrum id non est, quia delatæ sunt ambæ eodem die.

AD *§.pen. & ult.* In *§.* pen. hujus l. docet interdum directam pigneratitiam, quæ non solet competere debitori, nisi soluta pecunia pignoris recuperandi causa, interdum debitori competere, etiamsi non reapse solverit pecuniam debitam: sed per creditorem steterit, quominus oblatam pecuniam congruo loco, & tempore acciperet, & postea pecunia sine culpa debitoris perierit. Periit enim creditori, & pro soluta habetur, eo quod in ea accipienda creditor moram fecit, *l. qui decem, de sol. l.17. de constit. pecunia.* Contra in *§.ult.* statim subjicit, interdum non competere directam actionem pigneratitiam debitori, etiamsi solverit, ut puta si creditori pignus vendiderit in vicem debiti, quæ venditio pro solutione est, nec si postea debitum offerat, recte agit pigneratitia, *l. Titius, h. tit.* Denique sicut in solutum datio pro venditione est, *l. eleganter, hoc tit. l.4. C. de evict.* ita venditio ipsius pignoris, & traditio non accepto pretio est pro datione in solutum, sive pro solutione naturali. Et nihil est præterea. Sequitur *l.3. & 5. de exercit. act.*

Ad L.III. de Exercit. act. *Nec quidquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat: eumque, qui præstiterit, societatis judicio à cæteris consecuturum.*

NOtandum est ex contractu ejus, quem quæstus faciendi causa tabernæ, officinæ, vel negotiationi præposuimus, ut ei rei vice nostra sedulus insisteret, qui proinde institor dicitur, nos, qui præposuimus obligari, & teneri actione institoria in solidum, sive servus sit noster, sive alienus, sive communis, sive liber homo is, quem præposuimus. Et eodem exemplo ex contractu ejus, quem navi nostræ, quam in mari, vel in flumine exercemus, præposuimus propter quæstum vecturæ, qui etiam veluti institor quidam est, nec tamen proprie institor dicitur, quia non insistit, sed navigat, sed dicitur magister navis. κυβερνήτης. Ex contractu igitur magistri navis nos, qui magistrum navi præposuimus, in solidum obligari, & conveniri posse actione exercitoria. Hæc actio nomen sumit à nobis, qui exercitores navis sumus, qui exercemus navem. Ille autem, quem præposuimus, est magister navis. Actio autem institoria ab eo sumit nomen, quem præposuimus tabernæ, quam exercemus, vel negotio, quod exercemus, quia non potuit à magistro navis actioni aptum imponi nomen. Itaque impositum est ab exercitore, non à magistro. Quod si plures simus, qui per magistrum navem exerceamus, non per nos ipsos, quia tunc ex contractibus nostris pro parte tantum, quam in nave habemus, obligamur, *l. 4. hoc titul.* Sed si plures simus, ut dixi, qui per magistrum navem exerceamus, is, qui cum magistro à nobis præposito contraxit, non agit in nos omnes actione exercitoria pro partibus, quas in nave habemus, sed eo non inspecto quotam quisque nostrum partem in nave habet, unum ex nobis eligere potest, cum quo agat in solidum actione exercitoria, cæteris prætermissis, ut *l.9. inf. h.t.* Et ratio hæc red-

A ditur in *l.2. h.t.* quæ repetita est ex *l. & ancill. §.ult. de pecul.* quia satis iniquum est, eum, qui cum uno contraxit, puta cum uno magistro navis, destringi in plures adversarios: quia iniquum est, inquit, ut qui cum uno contraxit, destringatur in plures adversarios. Verum ut Paul. subjicit in hac *l.3.* quod unus nostrum in solidum conventus actione exercitoria præstiterit, id actione pro socio, vel communi dividundo: actione pro socio, si exercitores sint socii voluntarii ex contractu societatis: actione communi dividundo, si non sint socii ex contractu: id, inquam, hac, vel illa actione à cæteris, quos solidum solvendo liberavit, pro parte eorum consequetur. Atque ita, si exitum rei spectas singuli exercitores tantum tenentur pro parte, quam in nave habent. Si hujus judicii potestatem spectas, singuli tenentur in solidum. Idemque servatur in actione institoria,

B si plures institorem tabernæ præposuerint, nempe ex contractu institoris singuli in solidum tenentur, *l. habebat, §. ult. & seq. de inst. act.* Idem etiam servatur in actione de peculio. Si plures sint domini unius servi, ex contractu servi singuli tenentur actione de peculio in solidum, ne qui cum uno contraxerit, in plures adversarios destringatur, *l. noxal. §. ult. & d. l. ancillarum, §. ult. de peculio.* Verum si unus conventus in solidum, solidum præstiterit, quod amplius sua parte præstiterit, id à cæteris consequetur actione pro socio, vel communi dividundo: idem ergo omnino servatur in exercitoria, & institoria actione, & actione de peculio. Verum, ut his actionibus singuli in solidum tenentur, id quidem non ideo fit, quia quod præstiterint à collegis recepturi, ut diximus, quoniam hæc ratio per se sola nihil valet, *l.171. de regul. juris.* Sed prima

C & summa ratio hæc est, quia non est æquum, eum, qui cum uno contraxit, puta cum uno institore, vel magistro, vel servo uno, in plures adversarios destringi, hoc est, occupari, divisa una actione in personas duas, vel plures. Et eodem sensu Florus, sive Lucius Annæus Seneca dixit libro 4. cap. 1. *destringere urbem incendiis*, & Titus Livius 44. *populatione destringere copias regias.* At licet hæc sit summa, & præcipua ratio, ei tamen non est aliter locus, quam si is, qui convenitur in solidum, quod amplius parte sua præstiterit, à cæteris servare, & consequi possit actione pro socio, vel communi dividundo. Nam his actionibus cessantibus singuli supradictis actionibus non tenentur, nisi pro parte sua, pro parte dominii, alioquin in damno versarentur, si tenerentur in solidum. Et hoc ostenditur in *l. idem erit, de instit. act.* quæ ita belle conjungi potest cum *d. l.171.* quia

D sunt ex eodem auctore, & libro. Species hæc est: Servum meum tabernæ meæ institorem feci, & cum mercium causa quidam ei pecuniam credidisset, vita defunctus sum, duobus, vel tribus heredibus institutis, & eidem servo pure in testamento data libertate, neque servus ille unquam fuit communis inter heredes, neque merces, quibus servus ille institit, communes illæ fuerunt ante aditam hereditatem. Itaque quidquid ante is servus gessit, earum mercium nomine, & causa, non venit in judicium communi divid. Quamobrem singuli actione institoria, quod & in exercitoria dici potest, vel etiam de peculio, ut ostendit *l. item cum test. & l. quæsitum, §. si cum ex parte, de peculio:* singuli, inquam, his actionibus tenentur duntaxat pro parte hereditaria: nec objici illis potest, quod sit iniquum, eum, qui, cum uno contraxit, destringi in plures adversarios, quia

E imo non est iniquum, si convento uno, & condemnato in solidum, ea res damno ei futura est, eo quod deficiat actio pro socio, quia heredes non sunt socii voluntarii, *l. ut sit, inf. pro socio:* quodque deficiat actio communi dividundo: quia neque commune eorum fuit negotium, cui vivo testatore servus institit, neque servus etiam ipse communis est, aut fuit, cum libertate donatus sit, & iis actionibus deficientibus, nulla alia actio superest. Et ita vero respondendum est, si quis legi 12. tabul. notissimæ, quæ vult ex contractu defuncti heredes teneri pro portionibus hereditariis, non singulos in solidum, *l.1. C. si certum petetur:* si quis, inquam, huic legi 12. tabul. objiciat hanc rationem, hocve impedimentum, quod iniquum sit, eum, qui cum uno contraxit, puta cum defuncto, destringi in plures adversarios,

quæ

quæ ratio tamen primo statim congressu neminem non perturbaret. Et hæc sufficiunt ad l.3.

Ad L.V.eod. *Si eum, qui in mea potestate sit, magistrum navis habeas, mihi quoque in te competit actio, si quid cum eo contraxero. Idem est ac si communis servus nobis erit, ex locato tamen mecum ages, quod operas servi mei conduxeris: quia & si cum alio contraxisset, ageres mecum, ut actiones, quas eo nomine habui, tibi præstarem, quemadmodum cum libero, si quidem conduxeris, experieris. Quod si gratuitæ operæ fuerint, mandati ages. Item si servus meus navem exercuerit, & cum magistro ejus contraxero, nihil obstabit, quo minus adversus magistrum experiar actione, quæ mihi jure civili, vel honorario competit. Nam & cuivis alii non obstabit hoc edictum, quo minus cum magistro agi possit. Hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur. Si unus ex multis exercitoribus cum magistro navis contraxerit, agere cum aliis exercitoribus poterit.*

SEquitur *l.5.* cujus legis initium explicatu perdifficile est, & attentione opus est maxima. Finge: Servum meum navi tuæ magistrum præposuisti, vel illo tibi præbente gratuitas operas mandatu tuo, rogatu tuo (*c'est tout un*) vel illo locante tibi suas operas certa mercede, ego, qui ejus dominus sum, contraxi cum illo, propter navigandi necessitatem aliquam, aut transvehendi merces meas necessitatem aliquam: ex eo contractu tu mihi teneris actione exercitoria, non quidem directa, quia ipse servus mihi non obligatur, nec obligari potest ullo modo: sed mihi teneris utili actione exercitoria, ut de actione institoria proditum est in *l.& ideo, de institor.act.* Idemque servatur, ut ait, si servum communem meum, & tuum navi tuæ præposuisti magistrum, vel merci tuæ institorem feceris, & cum eo contraxerim: nam & ex hoc contractu mihi in te competit actio exercitoria, vel institoria. At ut de servo alieno tantum loquamur, de quo etiam sunt accipienda quæ sequuntur in hac l. illa verba (*idem est, si communis servus nobis erit*) includenda sunt veluti παρενθέσει: vice versa, tu mihi teneris ex eo contractu, quem habui cum servo meo, quem navi præposueras: vice versa, sive tu gratuitis servi mei operis usus fueris, eo navi præposito, tu mecum ex eo contractu mandati actionem habes de peculio, qui ei mandasti curam navis tuæ, sive operas ejus conduxeris, mecum habes, si quid tibi debeat ex ea causa, actionem ex locatu de peculio, *ut d.l.& ideo*, ex locato, id est, ex locato conducto, vel, ut recte glossa, *ex locato*, id est, ex conducto, ut sæpissime in jure, quoniam intelligitur perfecta oratio ex locato conducto. Cæterum est, ex conducto, sicut contra ex conducto nonnunquam, id est, ex locato, quia perfecta oratio est ex locato conducto. Si igitur operas servi mei conduxeris certo pretio, ut eum navi tuæ præponeres, si quid is tibi debeat ex ea causa, mecum agere potes ex locato de peculio, id est, ex locato conducto, sicut si liberi hominis conduxeris operas, quem navi præponeres, in eum tibi competeret, si quid ex ea causa tibi debeset, actio ex conducto, vel si gratuitas operas in ea re exhibuisset, actio mandati, *l.1.§.est autem, h.t.* Et quod dixi recte glossam hic interpretari ex locato, id est, ex conducto, id confirmat *d.l.& ideo* apertissime, quæ vocat actionem ex conducto eam, quæ hic dicitur ex locato. Hic igitur ex locato sic accipe, ex locato conducto: nam qui conduxit operas, agit ex conducto, qui locavit, ex locato. Additur in hac l. etiam te, qui servum meum navi præposuisti, si servus meus cum aliis contraxerit, dum navem tuam exercet, atque adeo jure dominii mihi adquisierit actiones ex contractibus habitis cum aliis, te, inquam, adversum me agere posse supradictis actionibus, mandati scil. vel ex conducto de peculio, vel ut tibi cedam actiones meas, tibi mandem actiones meas, teque procuratorem faciam in rem tuam, ut *l.1.de instit.act. l.quod debetur, de pecul.*

AD *§.pen.* Sequitur alia species in *§.pen.* Servus meus exercet navem meam, vel navem peculiarem, eique magistrum præposuit liberum hominem. Ego ipse navigaturus, aut navi merces impositurus, cum illo magistro, quem servus meus præposuit, contraxi: mihi non est adversus servum meum actio exercitoria, cum nulla domino cum servo actio esse possit, nulla lis. Sed hoc casu adversus magistrum navis, cum quo contraxi, competit mihi actio civilis, vel honoraria, pro qualitate negotii cum eo contracti: nam & si exercitor liber homo liberum hominem navi magistrum præposuerit, & cum eo contraxerim, liberum mihi est omissa actione exercitoria, adversus exercitorem agere cum magistro ex contractu. Nam ut eleganter ait, hoc edicto non transfertur actio à magistro in exercitorem, videlicet, cum magister est capax actionis, sit liber homo, non servus: sed adjicitur, & electio est creditoris, vel agere cum magistro principali actione ex contractu, vel cum exercitore honoraria actione ex hoc edicto, *d.l.1.§.est autem*. In fine legis docet, si plures sint, qui navem per unum magistrum exerceant, & unus eorum, unus ex exercitoribus cum illo magistro contraxerit, nihil impedire, quin illi cum cæteris exercitoribus sit actio exercitoria ex contractu magistri, quem iste præposuit, non solus, sed cum aliis: nam si solus præposuit, tum non potest, quia non habet cum quo agat.

Ad L.XVI.de Instit.act. *Si cum villico alicujus contractum sit, non datur in dominum actio: quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum præponitur. Si tamen villicum distrahendis quoque mercibus præpositum habuero: non erit iniquum, exemplo institoriæ, actionem in me competere.*

FInem dabit huic lib. *l.16. de institor. act.* Quæritur exemplo institoris, vel magistri navis, an etiam possit dici, dominum teneri ex contractu villici servi in solidum, quem præposuit agris, universoque operi rustico? Is enim est villicus, qui præponitur agro, & omni operi rustico, *l.8. de instr.& instr.leg.* sicut ex contractu institoris, vel magistri tenetur in solidum, an etiam ex contractu villici, qui & præpositus dicitur, tenetur in solidum? an hæc etiam præpositio illum obligat in solidum? Quod Paulus negat in hac l.16. hac ratione, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum præponitur. Propter fructus percipiendos, Basil. hoc loco, ὁ ὑποδοχεὺς τῶν καρπῶν: *Villicus* quid est? susceptor fructuum, qui condendis, & percipiendis fructibus præponitur. Hæc præpositio dominum non obligat in solidum, sed præpositio quæstuaria tantum. *Quæstus* quid est? id quod venit ex negotiatione, ex mercatura, vel locatione, conductione. Id est quæstus proprie, *l.quæstus, pro soc.* Et præpositio ista obligat tantum in solidum, quæ facta est quæstus causa, si tamen, ut subjicit, villicus etiam præpositus sit distrahendis mercibus, veluti distrahendis frugibus, quas perciperet, & aliis forte coemendis, ut Paulus ait *2.sent. tit.4.* ex quo loco explicanda est *l.5.§.1.de exercit.* Proculdubio ex ea causa dominus tenetur in solidum, si quid contraxerit cum aliis. quia non tantum est villicus: sed etiam institor. is, qui præponitur fructibus percipiendis, & distrahendis est plusquam villicus.

JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XXX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.IV.de Instit.act. *Cum interdum etiam ad homines honestos adferant merces, & ibi vendant. Nec mutat causam actionis locus vendendi, emendive: cum utroque modo verum sit, institorem emisse, aut vendidisse.*

SUPERIORE Libro cum egisset Paulus de actione exercitoria, hoc Libro XXX. primore loco agit de actione institoria, quæ eandem cum exercitoria causam habet. Nam & magister navis quasi quidam

dam exercendæ navis institor est, adeo ut idem jus ple- A rumque in utraque actione valeat, quodque dicitur de una, id dici etiam possit de altera. Quæ res facit, ut existimem superiore lib. non nisi adductum comparatione exercitoriæ actionis, non nihil etiam egisse Paul. de institoria actione in *l.16. de instit.act.* Porro hoc libro primum dicturus de actione institoria, quæ ex contractu institoris in eum datur in solidum, qui institorem mercaturis, aut redempturis faciendis præposuit, cœpit à definitione institoris: institorem esse eum, qui præponitur tabernæ, locove ad emendum, aut vendendum, veluti pergulæ, quæ est appendix ædificii, sub qua & venum merces exponi solent. Et ita tabernam, & pergulam conjungit, *l.heres, §.proinde, in fin.de jud.* Vel etiam institor est, qui sine loco mercaturis faciendis præponitur, sine ullo loco, ut *l.18. h.t.* locus non facit institorem, forum non facit mercatorem: Nam B & qui nullo certo loco consistunt: sed commeant per provincias, obeuntes honestorum virorum domos, cum cista delicatarum mercium, ibique eas vendunt, ad hoc genus mercimonii, sive quæstus immissi à magno mercatore quodam, etiam illi institores sunt, *l.4.hoc t.* quæ est ex hoc libro. Itemque circitores, qui circitantur civitatem vestis distrahendæ, aut coemendæ, huic rei præpositi à vestiario negotiatore quodam, institores sunt, *l.5. §.sed & eos, h.tit.* Utroque enim modo verum est, eos vendidisse, vel emisse. Docuit etiam hoc libro Paulus, tabernæ appellatione significari omnem locum, ergo & pergulam, omnem locum comparatum venum exponendis, aut emendis mercibus, varii, aut certi generis, veluti tabernam purpurariam, tabernam ferrariam, de qua *l.pen. §.quisquis, de leg.2.* Definiunt etiam nomen tabernæ forte hoc modo, quod plerumque C taberna fiat ex tabulis sectilibus, quæ axes, & asses dicuntur. Et inde est in *l.184.de verbor.sig.* ex hoc ipso Pauli libro *inde*, inquit, *tabernacula, & contubernales dictos esse*. Tabernacula, tecta castrensia, expeditionales, & subitas habitationes, ut Cassiodorus ait in psalmum 14. & milites, qui in eis versantur contubernales dicuntur. Adde & adtubernalem dici habitorem contiguæ tabernæ. Sic est legendum apud Festum, contiguæ, non continuæ. Exposita autem breviter verborum significatione, mox Paulus transit ad rem ipsam, & inter cætera docuit in *l.6.h.t.* actionem institoriam in me dari, non tantum, si ego institorem præposuero: sed & si procurator omnium rerum, & negotiorum meorum, qui generale mandatum habet, nam & hic institorem mercibus meis præponere potuit. Et is, quem præposuit, ego præposuisse videor. Is enim, qui est procurator D omnium rerum, legitimus procurator dicitur, ut Marc. Tullius ait *pro Cæcinna*, quasi pene quidam dominus, inquit, id est, alieni juris vicarius. Ergo sive ego præposui institorem, sive procurator omnium rerum mearum, ex contractu ejus in me datur actio institoria, & non in me tantum, sed etiam in procuratorem omnium rerum mearum, qui institorem præposuit, si actor hunc malit eligere, quia hic est alter dominus, & pro eo est, ac si duo præposuissent mercibus communibus, quo etiam casu in arbitrio actoris est agere cum quo volet in solidum, nec cogitur dividere actionem in partes, quas in mercibus habet, ut docuimus in *l.3. de exercit.act.*

Ad L.XVII.eod. *Si quis mancipiis, vel jumentis, pecoribusve emendis, vendendisque præpositus sit: non solum institoria competit adversus eum, qui præposuit, sed etiam redhibitoria, vel ex stipulatu duplæ, simplæve in solidum actio danda.* E

Ad §.Si servum Titii *institorem habueris: vel tecum ex hoc edicto, vel cum Titio ex inferioribus edictis agere potero. Sed si tu cum eo contrahi vetuisti, cum Titio duntaxat agi poterit.*

Ad §.Si impubes *patri habenti institores, heres extiterit, deinde cum his contractum fuerit: dicendum est, in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus, quemadmodum ubi post mortem tutoris, cujus auctoritate institor præpositus est, cum eo contrahitur.*

Ad §.Ejus contractus *certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi furiosus heres existat, dandam esse actionem, etiam Pomponius scribit. Non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat.*

Ad §.Proculus ait, *si denunciavero tibi, ne servo à me præposito crederes, exceptionem dandam, si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet: sed si ex eo contractu peculium habet, aut in rem meam versum sit, nec velim, quo locupletior sim, solvere: replicari de dolo malo oportet, nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quæram.*

Ad §.Ex hac causa *etiam condici posse verum est.*

SEquitur in *l.17. si quis mancipiis, vel jumentis, &c.* Initio docet eum, qui institorem præposuit mancipiis, vel jumentis, vel pecoribus emendis, vendundis, si qua institor vendiderit, non tantum emptori teneri in solidum actione institoria ex empto, quæ principaliter ex contractu cum B institore habito descendit, sed etiam si mancipia, vel jumenta, vel pecora ob morbum, vel vitium aliquod latens sint in causa redhibitionis actione redhibitoria, nam & hæc ex eodem contractu venit, *l.cum autem, §.si servus, de ædil. edict.* Itemque si evictionis interposita sit stipulatio duplæ, vel simplæ, emptore scilicet stipulante, & institore promittente, secuta evictione, in me datur actio ex stipulatu in solidum. Est enim hæc stipulatio sequela emptionis, venditionis. Denique non tantum in me datur actio institoria ex empto, quæ principaliter ex contractu venit: sed etiam quæ inde subnascuntur actiones, in me dantur, veluti redhibitoria actio, actio ædilitia, & actio ex stipulatione duplæ, vel simplæ. Et hoc est, quod proponitur initio hujus l. cui opponitur *l.si procurator meus, §.ult. de procurator.* quæ si procurator meus, cui mandavi causæ meæ defensionem, C stipulanti promiserit judicatum solvi, ait in me non dari actionem ex stipulatu, sed in procuratorem tantum, quamvis actionem judicati satis constet in me dari, non in procuratorem, *l.4. de re jud.* Verum actio ex stipulatione judicatum solvi dabitur tantum adversus procuratorem, qui promisit, non adversus me, qui idem non promisi. Cur tamen datur adversus me actio ex stipulatione institoris, quã ego non interposui? At in *d. l.si procurator meus, §.ultim.* agitur de procuratore dato ad litem suscipiendam, ad litem defendendam: hoc loco agitur de institore præposito ad vendendum. Dispares igitur sunt, qui inter se conferuntur, procurator ad litem defendendam, & institor ad vendendum: fac eos pares, fac scil. procuratorem datum ad vendendum, & reperies tum nihil procuratorem differre ab institore. Nam si procurator datus, constitutus ad vendendum D caverit emptori de evictione, dominus quoque ejus de evictione tenetur utili actione exemplo institoriæ actionis, ut nominatim ait *l.Julian. §.si procurator, de action.emp.* & confirmatur valde *l.liberto, in princ. de neg.gest.* Verum adhuc quæri potest, cur tamen si procurator datus sit ad litem suscipiendam, & caverit judicatum solvi, dominus non teneatur? vulgo Doctores omnes certatim tradunt, hanc esse rationem differentiæ, quia & dominus si fecisset, quod procurator, vel institor fecit, id est, si vendidisset, cavisset emptori de evictione, hoc est verum. Sed si per se causam egisset, non cavisset judicatum solvi, hoc vero est falsum: nam in judiciis in rem, & ipse cavisset judicatum solvi, non in judiciis in personam, *l.8. & 9. jud.solvi, l.Julianus, qui satisd.cog. l.qui se liti, de petit.hered.* Verior ratio, quæ hanc differentiam fecit, hæc est, quia merito im- E putatur procuratori dato ad litem defendendam, quod satisdederit judicatum solvi, quod promiserit, caverit judicatum solvi, quia non à procuratore, sed à domino ipso litis interponenda fuit cautio pro procuratore, ut est evidenter expressum in *l.10. jud.solvi, & l.filiusfam. §.ult. de procur.* debuit pro eo prius dominus cavere judicatum solvi, deinde procurator litem exequitur promisit, quod promittere ipse necesse non habuit? Circa hæc si quæras, quod etiam quærunt Doctores, quid institor distet à procuratore, dicam multum interesse: non omnem institorem esse procuratorem: servum quidem alienum, vel liberum hominem, si institor meus sit, esse procuratorem meum, quia mandatu meo præpositus est, unde & actio mandati nascitur, *l.1. & 12. h.tit.* servum autem meum si institorem fecero non es-

se procuratorem meum. Servo enim meo non mando, sed impero. Mandare est verbum precarium, quod non plus significat, quam rogare, sive dicas rogo, sive mando: mandato das initium, & perficitur mandatum, si ille suscipiat se facturum, quod rogasti, mandastive: contra vero, non omnis procurator est institor, non certe procurator ad lites: nam institor quæstui faciendo tantum præponitur, *l.16.h.t.* Procurator etiam liti exequendæ, aut negotio quodam necessario exequendo absque lucri, vel quæstus spe.

AD *§.Si servum.* Sequitur hæc species in *§.1.* Servus alienus est institor meus ex contractu, quem cum illo miscuisti, habes & in me actionem institoriam ex hoc edicto, nisi priusquam cum eo contraheres, ego vetuerim cum illo contrahi, quæ prohibitio facit, ut desinat esse institor, *l.11.§.de quo, h.t.* Sed si non mutavero voluntatem, habes in me actionem institoriam, habes etiam in dominum ejus actionem ex inferioribus edictis, in me actionem institoriam ex hoc edicto, in dominum ejus actionem ex inferioribus edictis, veluti de peculio, de in rem verso, quod jussu. Et hinc observandum est in his libris servari ordinem edicti perpetui. Datur enim prius actio exercitoria, institoria, & tributoria, quam actio de peculio, vel de in rem verso, vel quod jussu, quæ in inferioribus edictis proponuntur. Quod etiam ostendit *l.2. de statu hominum*. At rursus finge, non servus alienus, sed servus meus est institor meus, tu cum illo contraxisti, ejus rei scilicet nomine, cui præpositus est. Tu habes in me non tantum actionem institoriam, sed etiam actionem de peculio, vel de in rem verso, vel quod jussu, aut si non habes in me institoriam, ut quia prohibui, ne cum illo institore deinceps quisquam contraheret, & nihilominus contraxeris cum illo, habes saltem in me actionem de peculio, aut de in rem verso, *l.si quis servum, §.ult.de pec.* & in hac *l. §. pen.* Cujus sententia breviter hæc est: denuntiavi, ne quis institori meo pecuniam crederet, ejus negotii causa, cui præpositus erat. Tu tamen ei pecuniam credidisti, & agis in me actione institoria. Defendam me hac exceptione, cujus formula extat in hoc *§.pen. si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet.* Si ego tibi non denuntiavi, ne illi servo meo crederes. Sed si servus ille peculiatus sit, si eam pecuniam, quam ei credidisti, verterit in peculium, vel etiam si eam verterit in rem meam, tu adversus illam exceptionem oppones replicationem doli mali, quia dolo malo facit, qui ex aliena jactura lucrum quærit. Atque ita in hunc modum reduplicationis induces actionem de peculio, vel de in rem verso, quæ etiam cessante actione institoria semper competit.

AD *§. Si impubes.* Transeamus ad *§.si impubes*, & erit finis. Impubes patri habenti institores heres extitit, & post mortem patris, cum institoribus contraxerunt, qui non erant gnari mortis patris. Quæritur an ex eo contractu detur in impuberem actio institoria? Et videtur prima facie non esse danda: nam ut prohibitione finitur officium institoris, quod ante diximus, ita etiam morte domini, qui præposuit institorem. Ergo non recte agunt cum herede domini, qui post mortem ejus scientes cum institore, qui jam desierat esse institor, contraxerunt. Mandatum finitur morte, est vox juris collecta de populo: mandatum finitur morte. Dispensationem finiri morte, si quis sit præpositus Calendario, id est, pecuniis fœnerandis, qui & institor est: dispensatio finitur morte domini, *l.ejus, qui in provinc. de reb. cred.* Attamen placet hoc loco etiam in impuberem, cujus persona dubitationem augebat, ut in *l.11. hoc tit.* & multo magis in puberem, qui heres domino extiterit, qui institorem præposuit, dari actionem institoriam, etiam iis, qui scientes mortem domini, qui institores præposuerat, postea cum institoribus contraxerunt: nam ut ait, ut post mortem tutoris, cujus auctoritate institor præpositus est, iis, qui scientes mortem tutoris, cum eo institore contraxerunt, datur actio institoria adversus pupillum. Et ut respondeam rationi dubitandi, quam attuli supra, hoc dicendum ait esse propter utilitatem promiscui usus. Refragari quidem regulam juris, sive rigorem juris, quia morte domini finitur officium institoris, sed nos hic agere, quod notandum, de institore mercibus exercendis præposito, cujus officium utilitas promiscui usus exigit, ut dicamus, morte domini non interire, id est, utilitas, & necessitas commerciorum. Commercium est promiscuus mercandi usus, qui & mutuus usus Livio 34. *Commercio*, inquit, *Græcorum Hispani gaudebant: hujus mutui usus desiderium, ut Hispana urbs Græcis pateret, faciebat.* Et *l.38. Id oppidum*, inquit, *multarum gentium fines contingit, quarum commercium in eum maxime locum mutui usus contraxere.* Et ita promiscuus usus, *l.quamvis, C.de furtis* pro consortio conjugali, & utilitate necessarii usus, *l.pen. C. de hæreticis*. Ergo utilitas commerciorum exigit, ut etiam pupillus teneatur ex contractu habito cum institoribus, à patre mercibus præpositis, cui pupillus heres extitit, etiam iis, qui non ignari mortis patris cum iis institorib. postea contraxerunt, ne scilicet pupillo auferantur ingentia commoda, quæ ex actu institorum ad dominos redeunt, si dixerit morte patris finiri institorum officium. Itemque ut subjicit, multo magis dicendum est, si ante aditam hereditatem à pupillo, vel furioso cum illis institoribus scienter contraxerint, quia tunc probabilius est eorum officium durare, quandiu nullus novus dominus existit, quandiu jacet hereditas. Longe aliud dicendum est in dispensatoribus Calendarii, quamvis & ii institores sint: neque enim omnium institorum eadem causa semper: dispensatoris præpositi pecuniis mutuandis, aut fœnori occupandis, fœnorive sumendis officium finitur morte domini, *dict. l.ejus, qui in provincia.* Hoc loco agitur de exercentibus merces, quorum major est necessitas in republica, quam exercentium pecuniam. Imo præstaret nullos versari in Republica, qui pecunias exercerent, & fœnori darent. Qua de re, si quid cupis amplius scire, adi, si libet Africanum ad *d.l.ejus, qui in provincia*, hæc huic loco satis, abundeque sufficere videntur. In fine legis, quod est facillimum, ait, ei, qui præposuit institorem, etiam posse condici, id est, cum eo, qui præposuit institorem, non tantum posse agi actione institoria in solidum, sed etiam perinde, ac si ipsemet contraxisset per se, non per institorem, posse cum eo agi certi condictione in solidum, quia jussu ejus institor contraxisse videtur, *l.si institorem, de reb. cred.* Ergo adversus eum, qui præposuit institorem, duæ patent actiones. Sequetur actio tributoria die crastina.

Ad L. II. de Tribut. action. *Ut tamen merx, qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat.*

Ad L.IV. eod. *Si pupillus, cujus tutor scierit pubes factus, vel furiosus sanæ mentis, dolo admittant, tenentur ex hoc edicto.*

Ad L.VI. eod. *Non enim hæc actio, sicut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem quandoque agentium.*

Ad L.X. eod. *De peculio actione etiam cum emptore servi agi potest: tributoria non potest.*

POst edictum de actione exercitoria, & de actione institoria Paulus interpretatus est edictum de actione tributoria, de qua sub eod. tit. sunt *l.2. & 4. & 6. & 10.* quas hodie interpretabimur. Hæc actio tributoria, sane multum distat ab illis actionibus, ab exercitoria scilicet, & institoria. Illæ actiones sunt de re, merceve domini, hæc actio, quæ tributoria dicitur, est de merce peculiari, *l.11. §.pen.de instit.act.* Illis actionibus nos obligat præpositio, quia scilicet institorem merci, vel magistrum navi præposuimus: In hac autem actione tributoria nos obligat non præpositio, quia nulla intervenit, sed scientia & patientia primum, quia scientibus nobis filiusfam. vel servus, vel qui loco servi apud nos est in mercibus peculiaribus negotiatur. Deinde etiam distributio mercium, quam permissam nobis à prætore, non ex mente prætoris fecimus æquam, sed iniquam, & pravam dolo malo inter nos, cum & nobis filiusfam. aut servus debuit, ex quarum causa inter nos, inquam, & alios creditores ex causa mercium peculiarium, & inde nomen actioni tributoriæ, quod tributionem, id est, divisionem sive partitionem coarguat

& coerceat, *l.3. quando ex fact. tut. pup.* Itemque illis actio- A nibus, exercitoria scilicet, & institoria in patrem, vel dominum agitur in solidum, aut simpliciter dicamus in illis actionibus agitur in solidum ex contractu institoris, vel magistri, quia præpositio jussui comparatur, *l. si institorem, de reb. cred.* Actione autem tributoria non agitur in solidum, sed cum filius, aut servus domino, vel patri debent, & aliis creditoribus, ex causa mercis peculiaris, pater, vel dominus sui debiti partem fert ex mercibus pro rata, πρὸς ἀναλογίαν inter eum, & alios creditores facta divisione mercium peculiarium. Jam habemus tres differentias. Sequitur 4. & ultima. Hæ actiones dantur etiam ex contractu liberorum hominum, & servorum alienorum, quos scientes esse liberos, aut servos alienos præposuimus navi, aut merci, tabernæ, mensæ, negotio ad nos pertinenti, conductis eorum operis, vel gratuito nobis ab eis exhibitis. Hæc autem actio, quæ B tributoria dicitur, non est, nisi ex negotio, quod in merce peculiari scientibus nobis, ut diximus, gesserunt ii, qui erant in potestate nostra, puta filiifamilias, aut servi, vel ex negotio, quod servus alienus similiter in merce peculiari gessit, in quo usumfructum habebamus, vel etiam ex negotio, quod quasi in merce peculiari gesserunt ii, qui nobis bona fide serviebant, tanquam servi, quos nos bona fide possidebamus, existimantes, eos esse in potestate nostra, cum essent liberi, vel servi alieni, *l.1. §. ult. hoc tit.* Verum in his omnibus personis, exigimus, ut merx peculiaris, in qua negotiati sunt scientibus nobis, ad nos pertinuerit. Filiusf. potest habere mercem peculiarem ex causa castrensi, vel quasi castrensi, quam constat non pertinere ad patrem. Item liber homo, aut servus alienus, quem bona fide possidemus, vel in quo usumfructum habemus, potest habere C mercem peculiarem, quæ ad nos non pertinear, ut puta, quam alius ei donaverit, vel legaverit, vel quam ipse ex negotio gesto adquisiverit. Hæc enim, vel ad ipsum pertinet, si liber homo est, vel ad dominum proprietatis. Et duæ tantum causæ sunt, ex quibus merx peculiaris ad bonæ fidei possessorem, vel fructuarium pertineat, si eam mercem ex re possessoris, vel fructuarii paraverit, vel si eam paraverit ex suis operis, *l.10. & l.19. de adquir. rer. dom. l. hinc quæritur, de pecul.* Potest unus idemque homo duplicis juris peculium habere. Unum quod pertineat ad proprietarium, alterum quod pertineat ad fructuarium, secundum superiorem distinctionem. Et ob id recte Paulus in *l.2. hoc tit.* quæ est ex hoc libro, ita demum ait actioni tributoriæ locum esse, si merx, qua supradictæ personæ peculiariter negotiatæ sunt scientibus nobis, ad nos pertineat. Alioquin nos hac actio- D ne teneri rationis non est. Et in hoc sane conveniunt superiores actiones institoria, & exercitoria cum hac actione, quia sicut illæ fere non sunt, nisi de re, aut merce, quæ ad nos pertinet: sic nec tributoria, nisi de merce peculiari, quæ ad nos pertinet. Et ad hæc maxime notandum, huic actioni locum esse in eum, ad quem merx peculiaris pertinet, & quo sciente, qui in ejus potestate, vel quasi potestate erant in ea merce negotiati sunt, si mercium peculiarium, vel rerum, aut pecuniarum ex eis redactarum, inter se, & creditores mercium peculiarium, dolo malo distributionem, quam prætor eis permiserat, non fecerunt æquam, uti oportuit, pro rata portione ejus, quod cuique debetur. Et hoc agitur, sive intenditur hac actione, ut præstet, quod singulis creditoribus mercis peculiaris minus distribuit, quam oporteret, quodque sibi plus retinuit, quam oporteret, & E quod ex merce peculiari dolo malo avertit, vel distraxit, aut perire passus est, quod idem ex venditione mercium peculiarium pretium non exegit. Hæc igitur actio coercet dolum malum distributoris, divisoris mercium, quod ostendit aperte *l.7. §. si cujus, & l. ult. h. t. & §. introduxit, Instit. quod cum eo, qui in al. pot.* Et recte igitur *l.8. in fi. h. t.* tributoriam actionem non competere, nisi dolo interveniente, id est, prava distributione, quæ tamen eadem l.8. in initio ait, hanc actionem de dolo non esse, quod & verissimum est, neque enim recta est collectio. Hæc actio dolum coercet: ergo est actio de dolo; non sequitur, & non esse etiam hanc actionem, quæ tributoria dicitur, actionem de dolo, ex eo apparet, quod actio de dolo sit temporalis in eum, qui dolum admisit: finitur etiam jure veteri, & jure novo biennio, at hæc actio tributoria est perpetua, *d. l. 8.* & quod actio de dolo, notissimum est, sit famosa, hæc actio non item. Aliud est igitur actio de dolo, aliud actio, quæ dolum coercet. Et ita est explicanda lex 8. Hinc vero Paulus tradit in *l.4. hoc tit.* ex hoc lib. si tutore sciente servus pupilli negotiatus sit in merce peculiari, vel curatore sciente servus furiosi, & pupillus pubes factus, vel furiosus factus sanæ mentis, dolo malo iniquam distributionem fecerit inter se, & creditores mercis peculiaris, eum teneri hoc edicto hac actione, quia hodie post pubertatem, vel post sanitatem receptam cœpit hæc actio nasci, & competere ex prava distributione, quæ potuit etiam incidere in pupillum ipsum doli capacem, veluti proximum pubertati, si iniquam distributionem fecisset mercium peculiarium, *l.3. §.1. hoc tit.*

Ad L.VI. eod. *Non enim hæc actio, sicut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem quandoque agentium.*

SEquitur l.6. ejusdem Pauli. Hoc loco explicandum est nobis, quid hæc actio distet ab actione de peculio. Conventus dominus, vel pater actione de peculio, ex contractu servi, vel filiifam. habet privilegium deductionis, nempe, ut primore loco sibi solvat, quod servus, aut filius debet naturaliter (civiliter non potest debere) & ut ante omnia deducat ex peculio, quod sibi servus, aut filius debet: & ex residuo quantulocunque, utcunque satisfaciat creditoribus peculiaribus, ut denique primum sibi ipse solvat solidum, deinde reliquis, quantum feret, quod restabit ex peculio. Hoc est privilegium deductionis, quod privilegium præfertur etiam omni alii privilegio, *l. ex facto, de pecul.* Conventus autem actione tributoria, in tributum, id est, in partitionem mercium peculiarium, pro rata sui debiti vocatur, veluti extraneus creditor cum cæteris creditoribus mercium peculiarium, nec habet privilegium deductionis, *l.5. in tributum, hoc tit.* Quo genere fiet frequenter, ut sui debiti tantum portiunculam ferat, non, ut in actione de peculio, integrum debitum. Item dominus non tenetur de peculio, si nihil sit in peculio rei judicatæ tempore: & nihil intelligitur esse in peculio, si quod est in peculio id absumat, vel exhauriat debitum patris, vel domini, cujus causa privilegiata est. Actione autem tributoria tenetur, si sit merx peculiaris, vel aliquid, quod eo nomine receptum sit, ex merce peculiari scilicet, veluti ex venditione mercis peculiaris. Iterum dico, actione tributoria tenetur, si sit merx peculiaris, vel quod ex merce peculiari redactum sit aliquid, quamvis nihil sit in peculio, veluti debito domini absumente peculium, in quo & merx peculiaris erat: atque ita fit tantum, ut sit, maneatque merx peculiaris, & peculium tamen non sit: denique ut alia sit æstimatio peculii, alia mercis peculiaris. Quod enim domino debetur, peculium minuit, vel absumit mercem peculiarem, in qua servus sciente domino negotiatur, neque minuit, neque absumit, *l.1. in princip. & §. peculiarem, hoc tit.* Merx peculiaris est in peculio (quis hoc non videt?) separatur tamen à peculio, & alio jure est, quam sit peculium. Et sic etiam legimus, aliam rationem esse peculii, aliam servi peculiaris, *l.1. & 5. de pecul. leg.* Servo, qui legatus est cum peculio, mortuo, vel manumisso, vel alienato à testatore, & servi, & peculii legatum extinguitur. Servo autem cum vicario legato, qui est servus peculiaris, ac postea mortuo, vel manumisso, vel alienato, legatum vicarii non extinguitur. Ratio differentiæ? Quia peculium est accessio servi. Perempto igitur legato servi, & perimitur accessio. At servus peculiaris, servus vicarius, non est accessio servi ordinarii, homo homini non est accessio, hoc dignitas hominis non patitur, inquit *l. justissime, de ædil. edict.* Vides quam igitur distet peculium à servo peculiari: non mirum igitur, si peculium distat à merce peculiari. Sunt & aliæ differentiæ inter actionem tributoriam, & actionem de peculio. Actio de peculio datur etiam in dominum ex contractu servi, qui ignoravit quid rerum ageret servus quidve contraheret in peculio. Hoc est certissimum. Actio

autem

autem tributoria datur tantum in dominum scientem servum negotiari in merce peculiari, nec prohibentem. Item, cui competit tributoria, competit etiam actio de peculio, si hanc malit eligere, & quandoque actio de peculio illi utilior est, quam actio tributoria, ut ostenditur in *l.5.§.s.l.9.§.1. & l.pen.hoc tit.* Cui competit autem actio de peculio, sane non semper & tributoria competit. Tributoria tantum competit uno casu, si servus sciente domino in merce peculiari negotiatus sit: actio de peculio innumeris casibus. Omnis negotiatio, omnis contractus servi, vel filiifam. inducit actionem de peculio: omnis negotiatio non inducit actionem tributoriam. Sed negotiatio tantum mercium peculiarium, quæ fit sciente, & patiente domino, *l.5.§. mercis, h.t.* Negotiatio quidem omnium mercium quarumcumque, quæ fiat sciente domino, tributoriam inducit, *l.1.§. licet, hoc tit.* Sed non & quælibet alia negotiatio. Item in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, *l.pen.h.t.* In actione tributoria id duntaxat spectatur, quod ex merce peculiari est, vel quod ex ea refectum est, *l.5.§. non autem, h.t.* Præterea si plures sint creditores, quibus servus sit obligatus ex contractu, in actione de peculio melior est causa occupantis, *qui se fait payer le premier*, vigilantis, condemnantis dominum *du tout*, si peculium ferat, *l. si vero, de pecul.* In actione autem tributoria æqualis est causa omnium creditorum mercis peculiaris, nec refert quis prior, quis posterior agat tributoria: nam & qui prior agere, & integrum forte debitum suum exigere prævortit, cessantibus cæteris creditoribus mercis peculiaris, cum cæteris postea emergentibus vocatur in tributum, id est, in partitionem mercium pro rata debiti. Hoc hujus edicti æqualitas exigit. Et hæc differentia ex hoc lib. Pauli notatur in *l.6.* Adjicitur ex eod. lib. alia, & brevissima in *l.10. h.t.* cum emptore servi novo domino, ex contractibus servi anterioribus factis ante emptionem agi posse de peculio, sive venierit cum peculio, sive peculium statim emptor ei concesserit, *ut l.& ancill.§. si servus, de pecul.* At cum emptore non potest agi actione tributoria, etiamsi scierit ante venditionem servum in merce peculiari negotiari, quia ea merx tum ad eum non pertinebat, & scientia ejus temporis, quo dominus non fuit, ei nocere non potest, nec distributio etiam ad eum pertinet, qui tunc, quum negotiabatur servus in merce peculiari, dominus ejus servi, mercisve non erat. Et hæc sunt, quæ pertinent ad has leges quatuor, quæ pertinebant ad actionem tributoriam.

Ad L.V. Quod cum eo, qui in aliena pot. *Si filiusfamilias, vivo patre, conventus, & condemnatus sit: in emancipatum, vel exheredatum postea judicati actio in id, quod facere potest, danda est.*

Ad §. Si filio exheredato, ex *senatusconsulto Trebelliano hereditas patris restituta sit, non debebit in quantum facere potest, sed in solidum condemnari, quia effectu quodammodo heres est.*

Ad §. Sed si coactus *immiscuerit se, & restituat hereditatem: perinde observandum, ac si se abstinuisset.*

Deficientib. superiorib. actionib. exercitoria, institoria, tributoria, quæ ex contractu servorum, filiorumve in patrem, dominumve competere solent, quæ sol. deficiunt, si servi, aut filiifa. institores, vel magistri mercibus, aut navib. domini, vel patris facti non sint, & si in mercib. peculiarib. sciente patre, vel domino negotiati non sint. Iis, inquam, actionibus deficientib. succedunt aliæ tres, actio de peculio, actio de in rem verso, & actio quod jussu, *l.1 h.t.l.1.de pecul.* Quæ generaliter, & communiter dantur ex omnibus contractibus, & negotiationibus servorum, filiorumve in patrem, dominumve. Superiores tres, exercitoria, institoria, tributoria, non dantur generaliter ex omnib. negotiationib. & causis. Communiter tamen omnes hæ sex actiones dantur ex contractib. tam filiorumf. quam servorum. Itaque in his omnib. sex actionibus commune jus est servorum, & filiorumf. Verum excipiendæ sunt causæ, in quibus proprium quoddam jus servatur in filiisf. quod non servatur in servis, quod prætores, & juris auctores in intermedio harum actionum communium, proponendum, & explicandum esse censuerunt. Ac primum quidem proprium hoc est in filiisf. ut ex omnib. contractib. excepto contractu mutuæ pecuniæ, propter SC. Macedonian. in solidum obligentur naturaliter, & civiliter, tanquam patresf. & ob id agi cum eis tanquam cum patribusf. in solidum possit, *l. filiusf.2. de obl. & act. l.ult. §.1. de verb.obl. l. si quis cum filio, inf. de pecul.* Itemque ut si non solvant, aut si bonis non cedant, si qua habent, ob id in carcerem conjici possint, & contineri quoad solverint, *l. ult. C. qui bon. ced.poss.* Nam hoc jure non erat necesse, se nominatim huic injuriæ carceris subjicere, ut fit hodie: nam etiamsi id ita actum non esset inter contrahentes, decoctores duci poterant in carcerem, *l.1.C.eod.tit.* hoc, inquam, proprium est in filiisf. Nam servi ex contractib. naturaliter quidem obligantur, quia natura est communis omnium hominum: sed civiliter non obligantur, & ob id agi cum eis non potest, *l. servi, l. obligari, de oblig. & act. l. cum servo, de reg. jur.* Quia actiones nascuntur non ex oblig. naturali, sed ex obligatione civili. Hoc etiam proprium est filiorumf. ut ex contractibus, quos vivo patre, in cujus potestate erant, contraxerunt cum aliis, postea emancipati, vel exheredati à patre, vel abstinentes se bonis paternis, vel à patre ex minima parte heredes instituti, quæ est debitum bonorum subsidium, id est, legitima, si conveniantur in solidum, uti sunt obligati in solidum, causa cognita, id est, ex causa non condemnentur etiam in solidum, sed in id tantum, quod facere possunt ex edicto, quod proponitur in *l.2. h.t. Quod cum eo.* Cujus edicti ratio, sive æquitas hæc est, quia inhumanum videbatur, novum patremf. qui nuper exierit familia patris per emancipationem, vel per mortem patris & qui nihil, aut qui minimum tulerit ex bonis defuncti patris, statim opprimi, aut exigi in solidum. Expectandum enim est quoad sit solvendo, quoad facultates idoneas absolvendis creditoribus adquisierit. Et in hoc versatur causæ cognitio, ut si cum eo agatur, statim atq; factus est sui juris, qui exclusus est non tantum familia, sed & bonis patris, tum condemnetur in quantum facere potest, si, ut dixi, cum eo agatur statim: Nam si post multos annos cum eo agatur, cum satis habuit temporis ad rem faciendam, condemnabitur in solidum, *l.4.§.pen.* Itaque non nisi ex causa condemnatur in id duntaxat, quod facere potest. Et secundum hæc in *l.5. h.t.* ex hoc lib. Pauli ostenditur, si vivo patre filiusf. ex suis contractibus conventus, & condemnatus sit, quo genere ex sententia judicis incipit pecunia deberi, *l. si fundus, §. si pluris, de pign.* quasi novata obligatione priorum contractuum, etiam judicio contrahitur, *l.3. §. idem scribit de pec.* Et inde M. Tull. lites contractæ contrahuntur judicio excepto. Et hic novissimus contractus veluti novatione quadam anteriores contractus perimit. Unde consequens est ex hoc contractu novissimo, qui contractus est vivo adhuc patre, postea emancipatum, vel exheredatum actione judicati, causa cognita, in id duntaxat damnari, quod facere potest. Verum quod ait, exheredato hoc beneficium dari, ne damnetur supra vires suarum facultatum, interdum, ut subjicit *l.5.* vitiatur, id, inquam, non est perpetuum. Interdum exheredato hoc beneficium non datur, ut puta, si pater filium exheredaverit, & extraneum heredem instituerit, eumque rogaverit filio exheredato hereditatem restituere, & restituerit. Si enim hic filius exheredatus, cui ex causa fideicom. restituta est patris hereditas, ex negotiis vivo patre contractis conveniatur, damnabitur in solidum, quia, inquit, effectu quodammodo heres est, aut heredis loco. Is, cui ex SC. Trebell. restituta hereditas est, non est quidem heres jure directo, sed est heres jure fideicommissi. Quo autem jure sit heres, nihil refert, modo rem patris habeat, quod confirmatur etiam *l. si filiusfa. in fin. ad l. Fal. l.4. in fin. de bonis libert. l. postul. §. pen. l. servo invito, ad SC. Treb.* Quia &, ut idem Paul. ait in *l.38. ad Treb.* restitutio hereditatis, quæ fideicommissario fit ex SC. Treb. non solutio tantum est debiti fideicommissi, sed etiam successio universi juris, quia omnia commoda, & incommoda hereditaria in fideicommissarium Treb. transferuntur. Est igitur plane effectu heres. Merito igitur filius hoc casu exheredatus in solidum condemnari debet. Ex diverso quoq; interdum filius ex asse heres institutus, non in solidum, sed in quantum facere po-

Digitized by Google

test, damnari debet, ut si heres quidem institotus sit, sed statim rogatus sit, hereditatem patris alii restituere, & postulante fideicommissario coactus se immiscere hereditati patris, ejus restituendæ causa, se immiscuerit, & eam restituerit, ut in *l. recusare, §. sed ad filium, ad Treb.* Quo casu nihil retinet ex hereditate, sed restituit totam, non dettahit Falc. Falcidiam perdit, qui coactus adit, vel miscet se bonis periculo fideicommissarii, *l. quia poterat, eod. tit. ad Treb.* Nomine igitur heres est, honore heres est, reipsa, sive effectu heres non est: quia rem non habet, & ideo pro eo est, ac si abstinuisset se, quod etiam malebat, & fecisset, nisi coactus fuisset se immiscere. Et hęc sunt, quę pertinent ad *l. 5. Quod cum eo, qui.*

Ad L. VIII. ad SC. Macedon. *Cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.*

Ad L. X. eod.

SEquitur *l. 8. ad SC. Maced.* Recte diximus sup. filiomf. ex omnib. contractib. obligari in solidum naturaliter, & civiliter, & ob id cum eo agi posse, excepto contractu creditæ pecuniæ. Quoniam si filiusf. sibi pecuniam, id est, nummos (sic pecunia est accipienda in SC. Macedon. pro nummis, non pro cæteris rebus, in quibus etiam mutuum consistere potest) si, inquam, filiusf. sibi pecuniam, id est, nummos mutuos acceperit, ignorante, aut invito patre, obligatur quidem naturaliter, sed non civiliter, propter SC. Macedon. quo obligatio, sive actio civilis, agente creditore, qui modo scivit, aut scire potuit, se filiof. credere, hæc omnia sunt necessaria, per exceptionem inanis, & irrita constituitur, qoia senatui nummorum datio filiisf. atque etiam parentibus eorum perniciosissima visa est. Itaque censuerunt inhibendam esse filiisf. nummorum tractationem. Et hoc quoque proprie servatur in filiisf. ut ait nominatim *§. pen. Instit. Quod cum eo, qui est in aliena potest.* In filiisf. inquam, qui nihil proprium habent. Nam si quædam bona habeant propria, veluti castrensia, aut quasi castrensia, vel etiam hodie quibusdam casibus bona adventitia, pro quantitate patrimonii sui, creditæ pecuniæ mutuum consistit, creditorum nummorum mutuum consistit, nec improbatur SC. Macedon. *l. 2. h. t.* Quia in his bonis scilicet filiusfa. ut in bonis propriis, scil. propriis pleno jure, ita ut nec in iis usumfructum habeat pater; in his, inquam, bonis filiifa. sunt quasi patresfam. nec tamen omnimodo. Patres enim familiarum supra quantitatem patrimonii sui obligantur, hoc est certissimum: At filiifa. qui sunt in bonis propriis, supra quantitatem eorum bonorum, ex causa mutuatitiæ pecuniæ non obligantur. Quod maxime notandum est. Et invenies etiam alium casum in *l. ult. ad SC. Tertul.* quo filiifa. in castrensibus bonis non omnimodo habentur pro patribusfam. at si filiifa. qui mutuam pecuniam acceperunt, id est, nummos, bona propria non habeant, unde se ære alieno liberare possint, ex ea causa, ut dixi, civiliter non obligantur, naturaliter tantum obligantur; civiliter non obligantur propter SC. Maced. Et ideo si creditori solverint, indebiti condictionem, repetitionem non habent, quia natura debitores erant: SC. Maced. non expungit naturalem obligationem, *l. 10. h. t.* quæ est ex hoc lib. quia, inquit, naturalis obligatio manet. Et ideo quod solverint filiifam. nummariis creditoribus non repetunt. At alia est causa SC. Vell. de intercessionib. mulierum, quod totam obligationem etiam naturalem expungit, *l. 16. D. ad Vell.* Et ideo, quæ tuta cum esset exceptione SC. Vell. solvit ei, apud quem intercesserat pro alio, habet indebiti condictionem, quia nec naturaliter debuit, *l. qui exceptionem, de condictione indebiti.* Nescio quid in mentem venerit Accursio, qui in hac *l. 10.* scribit SC. Vel. non tolli naturalem obligationem, quod refellunt supradictæ leges, & *l. si mulier jure,* quam adducit, nihil probat hujusmodi. Quamvis autem filiusf. si solverit creditori nummos, quos ab eo sumpsit mutuos, non habeat condictionem, tamen si curator adolescentis forte emancipati à patre, nam qui est in potestate patris non habet curatorem: si, inquam, per ignorantiam, inquit *l. 8.* ex hoc lib. id est, per ignorantiam facti, *ut in l. ult. h. t.* ne quis hoc accipiat de ignorantia juris, ut accepisse Accursius se significat, dum in eam l. 8. adducit *l. interdum, de condictione indebiti.*

A Ad rem, si curator igitur adolescentis emancipati, per ignorantiam facti solverit pecuniam, quam adolescens, cum esset in potestate patris mutuam acceperat, indebiti condictionem habet, hæc est sent. l. 8. quæ est ex hoc lib. Et ratio hæc, ne curator, qui errore deceptus bona fide pecuniam solvit, versetur in damno, qui utique versabitur in damno, si id quod solvit, repetere non possit, quia adolescenti id judicio negotiorum gest. reputare non potest. Æquum est igitur, ei dari repetitionem, ne ea res, quam gessit bonafide, damnosa ei sit. Et ita etiam in *l. si procuratorem in prin. de cond. indeb.* dicitur procuratorem, qui solvit indebitum quasi debitum à domino per ignorantiam facti, id ipsum repetere posse. Et vero debere, si sibi consultum velit, quia eam solutionem non est domino reputaturus.

B Ad L. XII. eod. *Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare SCtum. Sed si jusserit pater filio credi: deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus Senatusconsulto non erit: quoniam initium contractus spectandum est.*

REstat l. 12. quæ docet, si sciente tantum patre, & tacente, crediti sint nummi filiofam. cessare SC. Macedon. Taciturnitas patris consensum imitatur. Et hoc quoque probat *l. 7. §. interdum in fi. hoc tit.* cum ait SCto. locum esse, si pater ignoravit filiofam. pecuniam credi. Ergo si scivit, Senatusconsulto locum non esse, quia legitime credita pecunia est volente patre: voluisse videtur qui scivit, & tacuit. Idem multo magis dicendum est, si pater jusserit filiofam. pecuniam credi: Et hoc quoque casu verum est cessare SC. Macedon. ut & in hac l. 12. ostenditur: quamvis C postea pater mutaverit voluntatem pœnitentia actus, si modo hoc creditor, quum tradebat pecuniam filiofam. ex jussu patris, ignoraverit, si modo tempore numeratæ pecuniæ ignoraverit patrem mutasse voluntatem, quia origo contractus legitima est. Et in contractibus semper spectatur origo, semper initium. Quam in rem l. 12. valde notanda est. Operæ pretium est, ut in extremo bujus recitationis, quamvis hoc proprie non pertineat neque ad l. 8. neque ad l. 10. neque ad l. 12. quæ sunt ex hoc lib. adnotemus, multa severius esse recepta hac in causa nummorum creditorum filiisf. in odium, & pœnam creditorum, non dico fœneratorum. Nam & SC. locus est, si filiisfa. pecunia credita sit sine usuris, ut ostenditur in quodam loco *l. 7. h. t.* Multa igitur severius in hac causa esse recepta, vel introducta in odium, & pœnam creditorum. Primum, ut nec pater teneatur de D peculio, ut nec pater, qui ignoraverit à creditore conveniri possit actione de peculio, cum filiusfa. peculiarus sit, *l. pen. C. eod. tit.* Item, ut nec credita pecunia peti, aut repeti possit, etiamsi extet in peculio, nec sit consumpta, non potest vindicari, non potest condici, *l. 9. §. hoc SC.* Item, si duo sint creditores, qui simul nummos crediderint filiofa. vel si unus sit creditor, alter stipulator, qui stipuletur sibi reddi pecuniam, quam alter numerat, & mutuatur, mutuamve dat, ut scientia unius noceat alteri: qui ignorans credidit filiofam. non tenetur SCto. Macedon. sed qui scit tantum, aut qui scire potuit, si sint duo, ut ante dixi, alterutrius scientia sufficit, quod etiam severiter receptum est, *l. 7. §. non solum, h. t.* illo loco, *sed etsi alteruter eorum ignoraverit in patris esse potestate, severius dicendum est utrique alterius scientiam nocere.* Vulgo etiam in Florentinis vox illa *severius* est divisa: E sed una tantum est vox *severius*, sic est legendum, sine subdistinctione: nam & ita in *d. l. 9. §. hoc SCtum.* Multo magis, inquit, severitate SCti. ejus contractus improbabitur, qui filiæfam. mutuum dedit, severitate, inquit. Postremo ut cesset SC. si filiusfa. qui pecuniam mutuam accepit, postea factus paterfa. factus sui juris pignus dederit creditori, quo tamen genere videtur agnovisse creditum contractum vivo patre. Et ideo cessare videtur SC. Maced. nec cessat tamen, nisi usque ad pignoris quantitatem, *l. 9. in prin. hoc titul.* quod etiam severiter introductum, quandoquidem alias petitio fortis non solet modum, aut finem accipere ex pretio pignoris, *l. si promutua 8. C. si certum petetur.* Nunc ad eas ll. quæ sunt de peculio transeamus.

Ad L.XX. de Pecul. *Nam inter se agere socii de peculio non possunt.*

DE edicto, & actione de peculio dicere incipio à l.20. Si duo sint socii, qui servum communem habeant, & cujus etiam peculium inter eos commune sit, & unius ex iis dominis servus debitor sit ex contractu, hic non potest cum altero agere actione de peculio, sicut nec ex delicto servi, quod scil. servus communis admisit in unum ex dominis, hic dominus non potest cum altero agere actione noxali, quia vetus est regula juris, eum qui servi nomine tenetur noxali actione, non posse agere noxali actione, *l.penultima, C.de furtis*, quæ regula trahitur etiam ad actionem de peculio: eum, qui ex contractu servi tenetur actione de peculio, non posse agere de peculio ex contractu, quem miscuit cum eodem servo: atquin unus ex dominis in solidum tenetur extraneis omnibus actione noxali, servi nomine, ex delicto servi, vel actione de peculio ex contractu, *l.& ancillarum, §.ult. hoc tit. l.sed si unius, §.si servus, de injuriis*. Ergo non potest ipse agere noxali, nec de peculio neque cum alio, neque cum socio, *l.8. 20. 41. de nox. action. l.ut tantum, §.si servus, de servo corrupto, l.licet, §.1. naut. caup. stab.* Nec igitur aliud de servo communi statuendum est, quam de servo proprio. Et ideo sicut ex contractu habito cum servo proprio, mihi non datur actio de peculio (in quem enim daretur? Nam cum servo non est actio, vel etiam ex delicto, quod in me servus proprius admisit, mihi non datur actio noxalis) ita nec ex contractu, vel delicto servi communis datur mihi, vel actio de peculio ex contractu servi, vel actio noxalis ex delicto servi. Et hæc est ratio. Sufficit mihi, quæ verba significant, non esse necessariam actionem de peculio, vel noxalem, quia sufficit mihi eo nomine in socium actio pro socio, vel communi dividundo, vel familiæ ercisc. videlicet, ut pro parte, quam socius in peculio haber, mihi præstet, quod mihi servus debet, tantumve mihi, quantum debet, cedat ex peculio, vel ut mihi damnum, quod servus fecit sarciat, aut partem dominii cedat, veluti pro noxa, ut *l.& puto, §.ult. fam. ercisc. l.61. de furtis*, & ita explicanda est hæc ratio hujus l. Verum huic sententiæ primo obstat *l.29. inf. h.t.* ubi servo testamento manumisso, & heredibus institutis iis, qui cum eo servo contraxerant, ait coheredes inter se, vel de peculio agere posse, hac ratione, quia, inquit, de eo quisque peculio, quod apud eum est, quolibet alio agente tenetur, quasi dicat. Ergo, & coherede agente tenetur de peculio, quod apud se est. Verum hæc ratio ostendit, coheredes apud se separata peculia habuisse, quod quibus casibus evenire possit, ostendit *l.16. & 17.* Ubi ergo sunt apud eos separata peculia, nihil vetat inter se eos agere de peculio ex contractu servi defuncti, quoniam ille servus coheredum nunquam fuit servus, qui testamento fuit manumissus, ut posuimus. Et eo facilius cum is nunquam servus eorum fuerit, inter se agunt de peculio. Ubi autem commune est peculium, sufficit actio pro socio, vel communi dividundo, neque necessaria est actio de peculio. Et illo loco illius *l. 29. vel de peculio agere*, ille articulus *vel* non ponitur pro *saltem*, ut Glossa notat, sed est disjunctiva conjunctio, quoniam subintelligitur, posse coheredes inter se, vel de peculio agere, ubi subintelligitur communi dividundo, ut integra oratio hæc sit, posse coheredes inter se communi dividundo, vel de peculio agere: communi dividundo, scilicet si apud eos commune peculium sit: De peculio autem, si separata apud eos peculia sint, & intra annum scilicet, quia servus scilicet testamento manumissus est, & servo manumisso, vel mortuo, vel alienato, quia extinguitur peculium, extingui etiam videtur actio de peculio, sed ex edicto Prætoris producitur tamen in annum utilem post manumissionem servi, aut mortem, aut alienationem, quod inferius latius explicabitur. Similes vero scribendi formæ occurrunt sæpe in his lib. & in vetustis auctoribus in *l.recusare, ad Trebel.* Recusare hereditatem absentes, vel per epistolam posse, subintelligitur enim per nuntium, vel per epistolam. Cato de re rustica: *Oleæ optime condiuntur, vel virides in muria*. Ubi subintelligitur *Aridæ*, Aridæ scilicet, vel virides. Opponi etiam posset sententiæ hujus leg.20. quodammodo *l.5.§.ult. de exercit. actio.* ducto argumentu ab actione exercitoria ad actionem de peculio, quia ut ex hoc ipso libro Pauli notatur, si duo pluresve sint exercitores navis, & unus eorum cum magistro, quem præposuerunt, contraxerit, ille adversus cæteros agere potest exercitoria: Ergo inter se possunt agere exercitoria: Cur non & de peculio? Verum quod ibi scriptum legitur, ita procedit, non si magister fuerit servus communis, quia & tunc sufficit actio pro socio, vel communi dividundo, sed si fuerit liber homo, vel servus alienus, nihil est apertius.

Ad L.XXVI. eod. *Si semel ex causa, id est, quod dolo fecerit, dominus præstiterit, de peculio conventus cæteris ex eadem causa nihil præstabit. Si tantundem servus ei debeat, quantum dolo minuit, non erit condemnandus. His consequens erit, ut manumisso quoque, vel alienato servo, ex causa etiam doli intra annum teneatur.*

CErtum est edicto Prætoris in peculium imputari, quum agitur de peculio, non tantum, quod extat de peculio: sed etiam, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset: ut si servo jam multis obærato peculium ademerit in totum, vel pro parte, vel si averterit, aut minuerit, aut servum intricare, consumere, abligurire passus sit, in fraudem creditorum peculiarium, *l.summa, sup. hoc tit.* quod spectatur non tantum in actione de peculio perpetua, quæ competit vivo servo, vel filiofam. sed etiam in actione de peculio annali, qua dominus tenetur servo mortuo, vel manumisso, vel alienato sine peculio, quamvis eo genere extinctum sit peculium, atque adeo videatur extincta actio de peculio: sed tamen adhuc post extinctum peculium durat intra annum utilem tantum; in eamque actionem de peculio intra annum veniet & id, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset, *l.1. in princip. & §. pen. tit. seq. quando de pec. actio, &c.* Sed si dominus conventus actione de peculio ab uno ex creditoribus ex doli causa, qui scilicet cessantibus cæteris creditoribus occupavit agere in dominum ex doli causa, quod peculium avertit dolo malo, vel consumpsit, si huic, inquam, qui agere occupavit, dominus præstiterit, quod dolo malo minuit, post conventus à cæteris ex eadem causa damnari non potest. Quod Paulus recte proponit in hac *l. 26.* quia in hoc judicio occupantis melior conditio est, *l.6. de tribut. act.* & æquitas non patitur, ut quod quis semel præstitit, id eidem iterum, vel alii præstare cogatur: *l.18. rer. amot. & l.qui servum, de interr. in jur. fac. &c.* Unum tantum casum notat Paulus in hac *l. 26.* quo nec ex doli causa dominus cuiquam ex creditoribus peculiariis damnari debet, puta si quantum dolo malo ejus factum est, quo minus in peculio esset, tantum ei servus debeat. Id enim non deducendo ex residuo peculio, quod ei servus debet, creditoribus satisfacit, idque creditores compensate coguntur. Quod natura debetur (ut quod servus domino debet, id enim debet naturaliter non civiliter) in compensationem venit, *l.7. de compensat.*

Ad L.XXXI. eod. *Sed si ipse dolo fecit solidum præstat.*

AD hæc notavit Paulus, ut liquet ex *l.31. h.t.* si dominus dolo malo fecerit, quo minus in peculio esset, ex hac causa etiam heredes ejus teneri. Ex dolo igitur defuncti heredes teneri, non quidem in solidum, sed quatenus ad eos pervenit, id est, quatenus ex dolo defuncti locupletior hereditas ad eos pervenit, *l.summa, §.emptor, hoc tit.* eodem modo quo fit in actione de dolo, *l.in heredem, de dolo*, & in actione tributoria, quæ etiam dolum persequitur distributoris, & ulciscitur, *l.7.§.ult.l.9. de tributoria actione.* Quia scil. hic dolus ex delicto venit magis, quam ex contractu, qua de causa, & vix patitur Prætor de peculio ex causa doli, id est, ex causa dolo malo diminuti peculii, agi ultra tempus præstitutum actione de dolo, quod fuit olim annuum, hodie est biennale, ut *l.30.§.ult.h.t.* Ex contractu ob

do-

dolum defuncti singuli heredes tenentur, pro parte hereditaria, etiamsi nihil ad eos pervenerit, *l. si hominem, §. 1. l. in depositi*. Ex delicto autem, aut quasi delicto ob dolum defuncti heredes non tenentur, nisi de eo, quod ad eos pervenit. Ex dolo autem proprio tenenrur in solidum indistincte, sive ex contractu rei, quæ ex præsumptione doli descendat, sive ex delicto, *d. l. in depositi, l. in commod. §. si ex facto, commod. l. 9. in fin. de trib. act.* Et hoc est, quod ex hoc lib. Pauli refertor in *l. 31.* heredem, qui dolo malo diminuit peculium, creditoribus peculiaris teneri in solidum, qui scilicet ex dolo defuncti domini non teneretur, nisi quatenus ad eum pervenisset. Ex eodem lib. Pauli est in hoc eod. *tit. l. 43.*

Ad L. XLIII. eod. *Si posteaquam tecum de peculio egi, ante rem judicatam servum vendideris, Labeo ait, etiam ejus peculii nomine, quod apud emptorem quæsierit, damnari te debere: nec succurrendum tibi, culpa enim tua id accidisse, qui servum vendidisses.*

SI *posteaquam tecum de peculio egi*, ubi statim recte glossa, id est, si posteaquam tecum litem contestatus sim: judicio de peculio egisse non dicitur, nisi qui litem contestatus est. Recte in *l. in pupillo, de solut. & in l. in pup. de excep.* Tempus quo agitur, id est, tempus litis contestatæ. Sententia autem hujus l. hæc est: Si dominus conventus actione de peculio, post litem contestatam, pendente judicio nondum finito, nondum re judicata, servum vendiderit, ex ejus contractu de peculio damnari dominum, non tantum pro quantitate peculii, quod tunc apud eum est, quum res judicatur: sed etiam pro quantitate peculii, quod servus apud emptorem adquisivit, quodque etiam apud emptorem est tempore rei judicatæ, quia circa quantitatem peculii semper tempus rei judicatæ spectatur, *l. quæsitum, hoc tit.* Et merito culpa domino imputatur, quod servum vendendo, pendente judicio sese majori condemnationi subjecerit. Eademque ratione didicimus (quod miror hic non adnotari, cum proprie conveniat huic loco) ex *l. quemadmodum, de nox. act.* conventum dominum noxali judicio ex delicto servi, si pendente judicio servum alii vendiderit, omnimodo cogi præstare æstimationem damni, æstimationem noxæ, quia culpa sua vendendo servum, sibi ademit noxæ deditionem, qua si servum non vendidisset, defungi potuisset, atque ita non subire æstimationem litis. Et hæc sententia *l. 43.*

Ad L. XLI. de Negot. gest. *Qui servum meum me ignorante, vel absente in noxali causa defenderit: negotiorum gestorum in solidum mecum, non de peculio aget.*

AD actionem de peculio pertinet etiam alia *lex 41. de neg. gest.* Sententia hæc est: eum, qui animo gerendi negotii mei, me absente, & ignorante in noxali causa, cum de furto, vel damno à servo commisso erga aliquem ageretur, ut servus scil. ipse plecteretur, servum meum in noxali causa defendit, gerens negotium meum, & forte litis æstimationem subiit, atque ita servavit servum amico absenti: eum, inquam, non de peculio, sed negotiorum gest. in dominum habere actionem. Ratio hæc est: quia actio de peculio nascitur ex contractu servi, & hic procurator voluntarius, sive negot. gestor cum domino servi, non cum servo contraxisse intelligitur. Actio de peculio in dominum competit, cui servus debet: huic servus nihil debet, sed dominus, cujus negotium gessit. Ergo cessat actio de peculio, & competit adversus dominum actio negot. gestor. per quam recipiet quod solvit, id est, æstimationem litis, quam solvit. Et competet utique actio negotiorum gestorum in dominum, etiamsi expedierit, quod notandum est, servum noxæ dedere, propter vilitatem hominis potius, quam pro eo solvere litis æstimationem, saltem ut dominus teneatur actione negotiorum gestorum usque ad pretium servi, quem domino servavit, quia vel eatenus utiliter negotium domini gessit. Idque etiam demonstrat aperte Africanus in *l. Stichus, de pecul. leg.* Et delenda, quæ aliter in hanc legem consignavit Accursius.

Ad L. II. Quando de peculio act. &c. *Cum post mortem filiifamilias annua adversus patrem actio est, quemadmodum adversus eum esset perpetua vivo filio: ideo, si ex causa redhibitionis erat de peculio actio, sex mensium erit post mortem filii. Idemque dicendum in omnibus temporalibus actionibus.*

Ad §. Si servus, *cui creditum est, apud hostes sit: de peculio actio in dominum non anno finienda est, quamdiu postliminio reverti potest.*

POstrema l. Pauli ex hoc lib. de actione de peculio, est *l. 2. quando de peculio actio annalis sit*. Qua in l. duo ponuntur casus, quibus actio de peculio filiofam. aut servo mortuo, vel pene mortuo, quod postea explicabimus, anno non finitur, sed vel citeriore tempore finitur, vel perpetua est. Morte filii, ut jam dixi, vel servi peculium desinit esse peculium, peculium extinguitur. Ergo summo jure extinguitur etiam actio de peculio. Sed ex æquitate adhuc producitur in annum utilem ex hoc edicto prætoris, *Quando act. de pec.* His duobus casibus non producitur, vel non producitur in annum utilem, vel perpetua manet. Prior casus hic est, si actio de peculio erat temporaria, nulla est actio de peculio simpliciter, sed actio de peculio ex empto, actio de peculio ex locato, actio de peculio ex condictione certi, ex contractu aliquo, si actio de peculio fuerit temporaria, manebit temporaria mortuo filio, vel servo, non producetur in annum, exempli gratia, actio redhibitoria finitur sex mensibus, si in patrem fuerit actio redhibitoria de peculio ex contractu filiif. & post natam actionem, moxque diem obierit filius, an actio redhibitoria erit annua? minime. Unde ita concludamus, quæ vivo filio actio de peculio est perpetua in patrem, idem de servo dici potest, veluti actio creditæ pecuniæ in rem patris, aut sciente, vel volente patre, aut actio ex empto vendito, ea mortuo filio est annua in patrem, qui eum habuit in potestate. Quæ autem vivo filio actio de peculio est temporaria, non perpetua, veluti redhibitoria, mortuo interim filio temporaria manet, nec producitur in annum. Et ait idem esse dicendum in omnibus temporalibus actionibus, ut in alia actione ædilitia, quæ dicitur *æstimatoria*, sive quanto minoris, quæ finitur anno utili: nam & si cœperit adversus patrem vivo filio, post mortuo filio non producitur in annum integrum. Alter casus hic est: Si servus, ex cujus contractu dominus tenebatur de peculio, captus sit ab hostibus: nam hoc casu actio de peculio est perpetua, veluti actio creditæ pecuniæ in servo proprio; spes enim postliminii efficit, ut non habeatur pro mortuo, non finitur, inquit, actio anno, quamdiu postliminio reverti potest. Et spem postliminii facit virtus bellica: faciebatque olim in casibus omnibus, ita ut non haberetur pro captivo, qui erat captivus, atque adeo sustineret omnia negotia, quæ ad captivum pertinebant, interim spes illa postliminii, spes reversionis. Sequentur aliæ actiones de in rem verso, & quod jussu.

Ad L. VIII. de in rem vers. *Et nihil interesse Pomponius ait, filiæ suæ nomine, an sororis, vel neptis ex altero filio natæ dederit. Idem ergo dicemus, & si servus mutuatus fuerit, & domini sui filiæ nomine in dotem dederit.*

LEges, quæ restant ex Pauli libro 30. ad edictum, sunt de edicto, & actione quod jussu, & de actione de in rem verso, & de actione præscriptis verbis æstimatoria, & de SC. Vellejano, quod est de intercessionibus mulierum, quæ omnia facile hodie explicabuntur. Deficiente, vel non sufficiente actione de peculio, de qua ante dictum est, si nihil sit in peculio rei judicatæ tempore, vel si non tantum sit in peculio, quantum filiusfamilias, aut servus debet, & quod debet versum sit in rem patris, vel domini, cum & filiofam. & servo ab initio animus fuisset principaliter gerendi negotii patris, vel domini, ex hac causa pater, vel dominus tenetur actione de in rem verso in solidum, si omne

ne

ne sit versum in rem ejus, aut quatenus versum erit. Sumatur ex hoc libro Pauli exemplum ex *l. 8. de in rem verso*: si filiusfamilias pecuniam mutuatus sit, ut eam pro filia sua, vel pro sorore, vel pro filia fratris in dotem daret, quod genus mutui Senatusconsultum Macedonianum non improbat, *l. 17. ad Senatusc. Maced.* pater ex hoc casu creditori tenetur actione de in rem verso, quia quam dotem patri necesse erat dare pro filia, vel pro nepte, eam filius dedit ejus nomine, quæ & ad eum reditura est quasi ab eo profecta, si filia, vel neptis moriatur in matrimonio eo superstite. Itaque ut sit locus actioni de in rem verso adversus patrem, necesse est, ut dotem filius dederit pro filia sua, vel pro sorore, vel pro filia fratris, patris nomine, quasi gesturus negotium patris, non si pro filia sua dotem dederit suo nomine: & hac mente, ut quandoque mortua in matrimonio filia, dos ad se reverteretur, ut *l. profectitia, §. si filiusfam. de jure dot.* Hoc casu in rem patris versum non videtur, quia sibi filius, non patri negotium gessit: necesse est etiam, ut ad patris onus spectaverit dotis datio, & pertinuerit dotis promissio, ut puta, si filiam, aut neptem habuerit in potestate, hanc etiam dotare cogitur, *l. qui liberos, de ritu nupt. l. 6. de collat. bonor.* Sed si filiam emancipaverit, vel neptem, dos, quam filius pro filia sua, vel pro sorore dedit, vel pro filia fratris emancipata ab avo, non videtur versa in rem patris, vel avi: nec enim pater necesse habuit eas puellas dotare, quæ jam exierant potestate sua. Ergo, qui eas dotavit, patris negotium non gessit. Et adjicit Paulus, idem esse dicendum si servus pecuniam mutuatus sit, ut eam pro herili filia in dotem daret: Nam & hoc casu creditori dominus tenetur in solidum actione de in rem verso. Sequitur ex eodem libro Pauli *l. 11.*

Ad L. XI. eod. *Quod servus in hoc mutuatus fuerit, ut creditori suo solveret: non erit in rem versum, quamvis actio de peculio liberatus sit dominus.*

SI servus pecuniam mutuatus sit, ut creditori suo solveret, & solverit suo nomine, atque ita se ab eo liberaverit, in rem domini versum non videri, quamvis eadem opera, eadem solutione dominum liberaverit actione de peculio. In causa hoc est, quod servo animus principaliter fuerit se liberare, non dominum. Eventus liberavit dominum, non propositum, quod in animo servus habuit, non προαίρεσις: & ideo dominus non convenitur actione de in rem verso. Et in hoc tractatu de actione de in rem verso hoc est principium juris certissimum, patrem, vel dominum ea actione non teneri, nisi filiofamilias, aut servo fuerit animus principaliter gerendi negotii, & augendi patrimonii patris, vel domini, eumque etiam ex ea causa sibi obligandi naturaliter, *l. 3. §. sive cum servus, l. 5. §. ult. l. 7. §. ult.* Et passim in hoc titulo. Et nihil præterea ex hoc libro habemus de actione de in rem verso.

Ad L. II. Quod jussu. *Si tutoris jussu servo pupilli creditum sit, puta si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem, quod jussit tutor.*

Ad §. Si jussu *domini ancillæ, vel jussu patris filiæ creditum sit, danda est in eos quod jussu actio.*

Ad §. Si jussu *meo cum alieno servo contractum fuerit, eumque postea redemero; quod jussu non tenebor, ne actio, quæ ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur.*

DE actione quod jussu est *l. 2. hujus tit.* ut scientia tutoris, vel curatoris locum facit actioni tributoriæ, *l. 3. §. ult. de trib. act.* & similiter præpositio illitoris, vel magistri à tutore, vel curatore facta, locum facit actioni institoriæ, vel exercitoriæ, *l. 5. §. ult. de instit. act.* ita jussus tutoris, vel curatoris, qui scilicet jubet contrahi cum servo pupilli, vel adolescentis, locum facit actioni quod jussu, perinde atque si adolescens ipse, vel pupillus tutore auctore, id jussisset, sive mandasset, præsertim si id sit ex re, ex utilitate pupilli. Et ideo in pupillum erit actio quod jussu, perinde atque si ipse jussisset tutore auctore, vel mandasset. Nam hæc actio locum habet, sive quis jusserit, sive mandarit, aut rogaverit eum servo suo contrahi, *l. 1.* Imo, ut opinor, etiamsi hortatus fuerit aliquem, ut cum servo suo contraheret, ut servo suo crederet pecuniam. Hortatio plus est, quam jussio. Apollonius III. περὶ συντάξεως τὸ ἐγκλιτικὸν ἐπιτεῖνον προστάξει. *Hortantis oratio auget jussum, sive imperium.* Nec quæ posset contra objici *lex 20. de dolo* quicquam obstat. Cum servus meus mihi pecuniam deberet, ego hortatus sum eum, ut à te pecuniam acciperet mutuam, quam mihi solveret: accepit, & mihi solvit. Habes ne in me actionem de peculio? non, si nihil sit in peculio, ut ait. Pone nihil esse in peculio. Ergo non est actio de peculio. Sed habes ne in me actionem de in rem verso? minime, quia solutione pecuniæ mihi debitæ non videor factus locupletior. Meum mihi redditum est: in rem versum videtur, si quis ditior factus sit, non si non sit factus pauperior, non si sua, aut sibi debita ei reddita sint. Deficit ergo actio de peculio, deficit actio de in rem verso. Quid fiet? Tibi, qui pecuniam credidisti servo meo, qui eam hortatu meo de te mutuatus est, in me competit actio de dolo; quæ est actio subsidiaria, quæ scilicet non competit, nisi cum aliæ omnes actiones deficiunt. Ergo & in hac specie, quamvis ea lex de eo nihil attingat, deficit actio quod jussu, quia scilicet neque jussi tibi, ut crederes pecuniam servo meo, neque mandavi, neque rogavi, neque hortatus sum, sed servum meum hortatus sum. Actio quod jussu non datur, si imperavero servo, ut à te pecuniam acciperet: sed si imperavero tibi, sed si rogavero te. Subjicitur in hac *l. 2.* actioni quod jussu locum esse non tantum, si filio, vel servo, sed etsi filiæ, vel ancillæ jussu patris, vel domini creditum sit. Quod & in omnibus superioribus actionibus adnotatum est, nullam esse constituendam differentiam inter filios, & filias, servos, & ancillas, quamvis prima verba edicti, quo hæ actiones promittuntur, ita sint concepta: *Quod cum eo, qui in aliena est potestate*, neque dixerit prætor *Quod cum eo, eave*. Ideo adnotant ubique, in his actionibus nullam esse constituendam differentiam inter filiosfamilias, & filiasfamilias, inter servos, ancillas, *l. 1. §. sed etsi ancilla, de tribut. act. l. 7. §. 1. de instit. act. l. 1. §. in potestate, de exercit. act. l. 1. §. 1. & l. & ancillarum, de pecul. l. 3. §. pen. comm. & in §. 1. hujus l. 2.* Unde certo certius est in *l. si filiusfamilias 14. de negot. gest.* ubi ait, si filiusfamilias negotium gesserit alienum, in patrem esse actionem negotiorum gestorum de peculio, in patrem esse actionem quod jussu, si rogatu ejus quis filiofamilias negotia sua commiserit, aut ab eo administrari passus sit. Quis de eo ambigit, si filiusfamilias hoc fecerit, in patrem esse actionem de peculio? Legendum *si filiafamilias*; quoniam subjicit in fine, *Idem & in ancilla*. In fine hujus legis hoc docet Paulus, actionem quod jussu dari in eum, qui jussit cum servo suo contrahi: non si jusserit cum servo alieno contrahi, etiamsi postea cum emerit, eum suum fecerit, sua pecunia comparaverit. Quia, quod principium juris maxime notandum est, quod notatur hoc loco, quæ ab initio actio inutilis est, ex eventu non confirmatur, ex causa non confirmatur. Quod etiam belle comprobat *l. 5. in fi. comm.* Idem prorsus dicendum est, si quis jusserit eum libero homine contrahi, quamvis is postea in ejus servitutem redactus fuerit: tenetur quidem, qui jussit cum libero homine, vel cum servo alieno contrahi suo nomine directa condictione, directa actione, quasi ipse contraxisse videatur, *l. ult. pro soc.* quasi ejus persona solius spectata sit in contrahendo cum libero homine, vel servo alieno: verum non tenetur actione quod jussu, quia hæc actio pertinet tantum, sive datur ex negotiis gestis ab iis, qui sunt in potestate, aliis personis cum iis contrahentibus jussu parentum, vel dominorum.

Ad L. I. ad Senatusconsultum Vellejanum. *Vellejano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo fœminæ intercederent.*

Ad §. Nam *sicut moribus civilia officia adempta sunt fœminis,*

minis, & pleraque ipso jure non valent : ita multo magis adimendum fuit eis id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam peculium rei familiaris.

Ad §. Æquum autem *visum est, ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur. Magis enim ille, quam creditor mulierem decepit.*

ULpianus refert in *l. 1. ejusdem tit.* primo quidem temporibus Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum interdictum fuisse, ne mulieres pro viris suis intercederent, atque ita se obligarent, resve suas opponendo pignori, vel hypothecæ. Postea Senatusconsulto Vellejano, quod & ejusdem Claudii temporibus factum opinor, cum & de eo Senatusconsulto, qui circa ea tempora, Cajum Cassium respondisse legamus in *l. 16. §. ult. hoc tit.* & quia plerumque edicta principum solebant mox subsequi SC. quæ idem censerent, quæve plenius de ea re, qua de princeps edixisset, censerent, statuerentque. Senatus vel augebat edictum principis, vel minuebat. Quod videmus etiam hodie Senatum facere, vel adjicere aliquid amplius, vel minuere aliquid edictis principis. Itaque cum videretur imperfectum edictum Claudii, eodem tempore senatus plenissime, ut ait Ulpianus in *l. 2.* & Paulus in *hac l.* mulieribus opem tulit, videlicet non solum ne pro viris suis, sed ne pro ullis aliis intercederent, ut *l. 2. in fi. l. ult. §. item si mulier, hoc tit.* Et ut Paulus scribit *lib. 2. Sent. eod. tit.* ne pro viris, aut fœminis fœminæ intercederent, quod suspicionem facit hac in re, fuisse olim diversitatem aliquam: quia & ante hoc Senatusconsultum verba Senatusconsulti demonstrant jus ita dictum fuisse, ut si mulieres pro aliis intercessissent, neque adversus eas actio esset actio efficax, neque ab eis petitio, id est, vindicatio: id proprie petitio significat, puta, si res suas pignori obligassent, ne eæ res ab eis vindicari possent cum effectu, forte jus ita dicebatur cum pro viris intercesserant, non cum pro fœminis: honestius est fœminam pro fœmina, quam pro viro ullo intercedere. Utut sit, Paulus scribit illo loco, Senatusconsulto subventum esse mulieribus, sive pro viris, non pro viris suis solum, sed & pro maribus, sive pro fœminis intercessissent. Et præterea Ulpianus in *l. 2.* hoc Senatusconsulto ait subventum esse fœminis omnibus: forte enim olim non omnibus, non illustrioribus fœminis. Itaque plenissime Senatusconsulto fœminis subvenitur, sive intercesserint pro viris suis, sive pro aliis, & sive pro masculis, sive pro fœminis. Et subventum fœminis omnibus sine discrimine, sine delectu. Et ita est interpretandum illud *l.* initium. Rationem autem Senatusconsulti, quæ & Senatusconsulto expressa est, latius explanat Paulus in hac *l. 1.* Quia & moribus, inquit, more majorum fœminis civilia, sive publica (idem est) officia adempta sunt, & pleraque, inquit, ipso jure non valent. Pleraque officiorum, sive munerum publicorum: Basilica, πλεῖστα τῶν λειτουργημάτων, ut puta, si cognitoriam operam præbuerint, sive procuratoriam, si tutelam gesserint, vel quod aliud munus publicum, id quod gesserunt, ipso jure non valet. Hinc ita argumentatur: Si munera publica interdicta sint fœminis, & pleraque ex iis, quæ gesserunt, ipso jure irrita sunt: multo magis interdicendum est eis officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versatur, sed etiam periculum rei familiaris. Munera civilia, quæ dixit esse interdicta fœminis, pleraque sunt personalia tantum, sive corporalia, non patrimonialia. Itaque in eis muneribus gerendis nullum versatur periculum rei familiaris. In intercessionibus, quæ fiunt pro aliis, in officio intercedendi pro aliis, versatur periculum rei familiaris, quia intercessio obligat. Et vero hoc officium intercedendi pro aliis, velut fidejubendi, aut constituendi, aut expromittendi, pars est officii argentariæ mensæ, *l. 6. §. rationem in fi. de edendo*, à quo officio etiam fœminæ remotæ sunt, *l. pen. eod. tit.* Quod si forte fœminæ intercesserint pro aliis, & conveniantur, eis succurritur per exceptionem Senatusconsulti Vellejani. Pleraque ex muneribus publicis, ut dixi, ipso jure non valent. Intercessiones mulierum, quæ fiunt pro aliis (alioqui non essent intercessiones) ipso jure valent: sed rescinduntur per exceptionem Senatusconsulti Vellejani: hisque rescissis, & infirmatis, si novatione facta mulier susceperit in se alienam obligationem, quæ intercessio proprie appellatur expromissio, tum actio restituitur in veterem debitorem, quem novatio liberavit. Et ob id ea actio dicitur sæpe in hoc titulo actio *restitutoria*, ut utilis, & actio *rescissoria*, quia rescissa mulieris intercessione datur, *l. ult. §. ult. hoc tit.* sed si vel mulier, quod est aliud genus intercessionis longe astutius pro alio, cui exempli gratia, quidam erat crediturus pecuniam, ipsa intervenit, ut non alius eam pecuniam acciperet, cui creditor daturus erat, sed ipsa, atque ita se constitueret ream principalem, & mox ei, pro quo interveniebat, acceptam pecuniam dederit, actio in eum, pro quo interveniebat, instituitur perinde atque si ipse mutuam pecuniam à creditore accepisset. Instituitur magis, quam restituitur, ut ait *l. quamvis, §. si cum essem, hoc tit.* Quia ut eleganter ait Paulus in fine legis primæ, hic, qui supposuit mulierem, ut pro se mutuam pecuniam acciperet, magis mulierem decepit, quam creditor, qui nescivit, eam pro alio intercedere, intervenire, interponi. Hæc est sententia l. 1.

Ad L. III. eod. *Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditæ, vel fidejussorem suum defendat, intercedere non videtur.*

AD ea, quæ diximus de Senatusconsulto Vellejano, duo casus adnotandi sunt, quibus intercessiones mulierum non rescinduntur per exceptionem Senatusconsulti Vellejani, quorum unus ex hoc libro Pauli, qui est in manu, proponitur in *l. 3. eod. tit.* alter ex eodem libro in *l. 11.* Intercessionum unum genus est, si debitorem conventum à creditore mulier defendat, ejus vice judicio accepto, lite contestata, quo modo veluti genere novationis quodam, debitor liberatur, ipsa sola obligatur, quia litis contestatio obligat: litem contestari est litem contrahere. Si contrahere, & obligare igitur: judicio accepto quasi contrahitur, etiam nondum secuta condemnatione, *l. 3. §. idem scribit, de pecul.* Mulier igitur, quæ pro reo judicium accipit, quæ se liti offert, quæ litem pro reo subit, plane se obligat, & illum liberat, & quasi novatio fit prioris obligationis mutatione personæ, mutatione rei, sive debitoris. Duplex est novatio, voluntaria, quæ fit per stipulationem Aquilianam inter volentes, ut si mihi stipulanti novandi causa mulier promittat quod mihi Titius debet: & novatio necessaria, quæ fit judicio accepto, lite contestata, ut si me agente, aut parante agere cum debitore meo, mulier pro eo litem subeat. Hæc sunt duo genera novationum, *l. aliam, de novat.* Utraque autem novatio, quæ facta est interventu mulieris, rescinditur Senatusconsulto Vellejano, si modo in rem alienam fuerit, quia judicium pro alio accipiendo se obligavit imprudens, & illum liberavit, *l. 10. §. 1. de in rem verso*. Verissimum enim est quod ait *l. solutione, de solut.* Judicium accipiendo, vel solvendo pro debitore, debitorem etiam invitum, & ignorantem liberari: utroque genere debitorem liberari: sed utroque tamen genere, quod notandum, interveniente muliere, liberanteque debitorem, non esse locum Senatusconsulto Vellejano. Multum enim interest, mulier pro alio solverit, an judicium subierit in rem alterius. Nam si judicium susceperit in rem alterius, juvatur Senatusconsulto Vellejano: si solverit pro alio, non item, sive solverit donandi animo, sive quasi gestura negotium debitoris, sive ex mandatu debitoris, *l. 4. & 9. C. ad Senatusc. Vell.* Quia quo facilius mulier se obligat, quam solvit pro alio, eo magis quoque subveniendum ei fuit se obliganti, quam solventi pro alio, *l. 4. hoc tit.* Sunt enim mulieres per se satis parcæ numerandi. Et Menander recte;

Οὐκ ἔστιν ἐν γυναικὶ πλείστη χάρις.

Solvere igitur pro alio non est intercedere. Intercedere est se, vel sua obligare. Ergo si judicio accepto, suo nomine

ne

ne mulier alium defendat, non in rem suam, sed plane in rem ejus, quem defendit, proculdubio juvatur Senatusconsulto Vellejano. Sed si in rem suam propriam mulier alium defendat in judicio, puta quod is si damnetur, regressum ad eam habiturus sit, ut puta, si fidejussorem suum conventum à creditore suo judicio defendat, ne condemnetur, & solvat, ac postea, quod solverit à muliere repetat judicio mandati, quia mandatu ejus pro ea fidejussit, vel si defendat eum, qui sibi vendidit hereditatem aliquam, cum quo experiuntur creditores hereditarii: si hunc, inquam, defendat ne condemnetur, & solvat creditoribus hereditariis, ac post regressum ad se habeat ex stipulatione emptæ & venditæ hereditatis, quæ interponi solet inter emptorem, & venditorem, de qua *l.2. §.si quid*, l. *si ex pluribus*, *de hered. vend.* hoc casu intercedit quidem pro alio, sed quia intercedit in rem suam, ut se expediat ab illo regressu, quem veretur, reapse suam potius, quam rem alienam agit, suam potius, quam alienam obligationem suscipit, & ideo non juvatur Senatusconsulto Vellejano. Et hoc est quod ait *l.3 bujus tit. Sed si eum*, inquit, *defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditæ, vel fidejussorem suum defendat, intercedere non videtur*: rem suam agere, non est intercedere: si regressum, inquit, ad eam habeat; intercedit enim, ut illo regressu se absolvat, quem Græci solent appellare *ἀναφορὰν*. Demosthenes adversus Timocratem; Ἐκείνοις εἶναι ἀναφορὰν πρὸς τοὺς ἔχοντας, *ont leur recours contre ceux, qui ont l'argent*. Euripides in Oreste:

Ἀλλ' ἔστιν ἡμῖν ἀναφορὰ τῆς συμφορᾶς.

Si quid adversi nobis acciderit, babemus quo recurramus; babemus ἀναφορὰν, babemus regressum ad illum. Alter vero casus est in *l.11. bujus tit.* Si mulier quasi in rem suam pecuniam acceperit mutuam, id est, si finxerit se in usus suos pecuniam mutuam accipere, cum id factum vellet alteri, cui mox eam pecuniam erat creditura, hoc quoque casu, quamvis revera intercesserit pro alio, tamen non juvatur SC. Vellejano, *l. 4. in princ. l.bona fide*, l.*vir uxori, boc tit.* Hoc SC. deceptis opitulatur, non decipientibus: hoc SC. deceptæ juvantur, non decipientes, *ἀπατωμέναις*, non *ἀπατώσαις*, ut est in *l.2. boc tit.* Ipsa vero in casu proposito decepit creditorem ignorantem, quæ finxit se in suos usus rogare mutuam pecuniam, non creditor ipsam; qui scit quid agat, quidve moliatur, decipit: qui ignorat, decipitur. Et in Phormione recte: *Imo enimvero bic me decepit: nam bic me bujusmodi sciebat esse: ego banc esse aliter credidi*. Et ut SC. Macedonianum, de quo diximus supra, ita SC. Vellejanum scientibus tantum creditoribus obstat, & officit, quive scire potuerunt: nam supina ignorantia non excusat creditorem, *l. pen. ad SC. Maced.* & in hoc tit. l. 12. & *l.Seja, §. ult. l.si fidejussores*, & *C. eod. tit. l.5. & 7. & 18.* quod aliquando fuit mihi usui in hac specie. Moribus provinciarum quarumdam vir & uxor socii sunt rerum in matrimonio quæsitarum quarumcumque, & rerum mobilium, nisi aliud convenerit, ne socii sint. Sed hoc raro fit in hisce provinciis. Verum cum contigisset aliquando, ut in contrahendo matrimonio cavissent inter se, neque res mobiles, neque res quæsitas in matrimonio inter eos communes fore, nullam communionem inter eos fore, si costante matrimonio sumpserint mutuam pecuniam à creditore, qui eos acceperit quasi duos reos, existimans, ut fieri solet, eos mutuari pecuniam in rem communem, & esse socios, & mox creditor agat in solidum cum muliere, quia est rea debitrix in solidum, si, inquam, agat cum muliere, & illa objiciat SC. Vellejanum, jure creditor contra objiciet replicationem doli mali, *l.18. C. eod.* quia ignoravit, eam fuisse dissortem à viro, existimavit eam esse consortem viro in rebus mobilibus, aut in rebus quæsitis manente matrimonio, prout fieri vulgo consueverat. Scienti denique mulieri adversus ignorantem non succurritur. Et eleganter in specie proposita Paulus in hac *l. 11.* si aliter constituamus, id est, si dicamus, locum esse Senatusconsulto: *si mulier tanquam in suos usus pecuniam mutuam acceperit, alii mox creditura*, vix ullus invenietur, qui cum fœminis contrahere velit, quia ignorare potest, quid pecunia accepta factura sint. Denique quodammodo commercio cum fœminis interdictum esset. Et ita explicanda est *l.11*.

Ad L.II. de Æstimat. act. &c. *Hæc actio utilis est, etsi merces intervenit.*

Porro vindicatur etiam huic libro 30. *l. 2. de æst. act.* quæ est ultima hujus libri. Nam *l.22. de excep. rei jud.* reddenda est libro sequenti, in quo applicabitur. Restat igitur tantum explicanda ex hoc libro illa *l. 2. de æstimat. act.* Si rem tibi æstimatam circumferendam, & vendendam dederim, ut ea vendita æstimationem, de qua inter nos convenit, ad me referres: hoc negotium novum est, & vacat proprio nomine, ideoque ex eo datur actio in factum præscriptis verbis, quæ dicitur æstimatoria, quia est de re data æstimata, & est actio bonæ fidei. Duæ tantum sunt actiones præscriptis verbis bonæ fidei, hæc, quæ æstimatoria dicitur, & ea, quæ ex permutatione nascitur. Cæteræ actiones præscriptis verbis sunt strictæ. Cæteræ autem actiones bonæ fidei sunt XV. & maxime est necesse, ut studiosi habeant in numerato actiones bonæ fidei, quandoquidem data eis est in Institutionibus certa earum actionum enumeratio, quam memoriter scire oportet. Et miror plerosque adolescentes interrogatos de numero actionum bonæ fidei obmutuisse. Sunt 15. Actio ex empto vendito (sunt duæ quidem, sed habentur pro una) actio ex locato conducto, actio commodati, actio pigneratitia, actio negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, familiæ erciscundæ, communi dividundo, petitio hereditatis, actio ex stipulatu de dote, & hæ duæ actiones præscriptis verbis. Locum autem habet actio præscriptis verbis æstimatoria, ut Paulus ait, in hac l. 2. etiamsi merces intervenerit, id est, non tantum si gratuitam operam mihi circitor præbuerit, cui rem æstimatam circumferendam, & vendendam dedi: sed etsi merces hujus operæ intervenerit. Cui objiciunt statim l.*rogasti*, *in fi. de præscr. verb.* Species hæc est: Prædium meum tibi permisi pignori dare tuo creditori sub certa mercede, certo pretio, & hac lege, ut mihi de eo prædio intra certum tempus reluendo, & repignerando, & reddendo fidejussorem dares. Non das fidejussorem, agam in te ex locato, quod non pareas legi locationis: neque enim ambigitur hoc genere me tibi locasse prædium meum certa mercede, ut tantisper eum o, pignerares creditori tuo. Et merito igitur in illa specie, quia merx intervenit, datur actio ex locato, non præscriptis verbis. Verum ut statim respondeam, in hac specie valde ambigitur, an sit contracta locatio. Aliter respondet Accursius, & bifariam: sed Glossa circumscribenda est. Assentior Fulgosio, qui & hanc esse rationem diversitatis animadvertit, quod in hac specie magna sit ratio dubitandi, an sit contracta locatio. Rem tibi æstimatam vendendam dedi, pro tua opera tibi constituta mercede certa ea lege, ut vel mihi rem incorruptam, & invenditam redderes, vel æstimationem, de qua convenit, sive pluris, sive minoris venderes. Videris tu quidem mihi locasse tuas operas, quia merces intervenit, ego conduxisse tuas operas. Sed quo minus dicatur contracta locatio conductio æstimatio rei facit, itemque redditio æstimationis, de qua conventum est: res enim, quæ locatur, vulgo non æstimatur, nec contracta locatione æstimatio ejus: sed eadem ipsa res redditur. In hac specie electio est ejus, qui rem suscepit, ut vel eam ipsam reddat, vel æstimationem, de qua convenit. Itaque hoc negotium longe discrepat à locatione conductione, quæ vulgo contrahi solet. Quod si merces hujus operæ nulla intervenerit, si circitor gratuitam operam præbuerit amico, etiam ambigitur contractum ne sit mandatum, quia mandatum solet esse gratuitum: imo est gratuitum semper: an vero contracta sit emptio, venditio; & neque, vel mandatum esse contractum, vel venditionem quisquam liquido affirmare possit. Videtur primum mandatum non esse contractum, sed venditio potius: commutatio scilicet rei cum æstimatione, do tibi rem æstimatam, ut æstimationem ad me referas: non

est simplex mandatum : Et rursus non videtur esse venditio, quia venditio vulgo fit, ut is, qui rem accepit, id est, emit (emere olim ac sumere idem erat) ut, inquam, is, qui rem accepit, eam sibi habeat, & retineat, non ut reddat; & emptori plane venditur, non vendenda datur: huic vendenda datur, non venditur: nec idem etiam est omnino æstimatio, & pretium. Æstimari res potest citra venditionem, pretium non constituitur citra venditionem : emptionis substantia consistit ex pretio, *l. pacta conventa, de contrah. empt.* pretium emptor infert de suo, quoniam id omnino debet facere accipientis, *l. 1. de rer. perm. l. ex empto, §. 1. de act. emp.* In hac specie æstimationem infert, qui rem æstimatam vendendam suscepit, de alieno, de fundo alieno, non de sua. Itaque cum non posset hoc genus negotii, vel mercede intercedente, vel non intercedente ulli attribui negotio, quod proprio nomine præditum esset, ideo adnumeratum est hoc negotium, & agglutinatum iis, quæ nomine vacant, ac proinde etiam data est ex eo actio, quæ nomine vacat, id est, actio in factum præscriptis verbis, & specialis quidem, quæ non nominatur, sed appellatur æstimatoria, & est bonæ fidei. Dixi appellatur, non nominatur; quia diversa sunt nominare, & appellare. Ad intellectum hujus legis *rogasti* omnino pertinet *l. si ut certo 5. §. nunc videndum, Commod.* quam indicare volui, propterea quod non indicatur vulgo in illa *l. rogasti*, & omnino facit ad speciem ejus legis, eamque distinctionibus adhibitis explicat ille *§. nunc videndum*.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. Depositi, vel contra. *Quid ergo, si pretium nondum exegit ? aut minoris, quam debuit, vendidit ? actiones suas tantummodo præstabit.*

DE actione depositi in hoc libro tractatur, & est de ea primum *l. 2. ejusd. tit.* Si heres rem apud defunctum depositam, vel commodatam vendiderit, cum existimaret, eam esse hereditariam, nesciret esse depositam, vel commodatam, de ea quidem re, quam non habet, nec dolo malo desiit habere, non tenetur actione depositi, sed tenetur de pretio, quod ad eum pervenit, ut id depositori restituat : nam quemadmodum si rem haberet, dolo malo faceret, si eam reposcenti depositori non restitueret, *l. 1. §. est autem, hoc tit.* ita dolo malo facit nunc, si pretium, quod ex re tulit, non restituat, *d. l. 1. §. ult.* neque enim æquum est, ut ex re deposita lucrum faciat, *l. 4. hoc tit.* Sed et in hac l. 2. subjicit Paulus, si nondum hujus rei pretium ab emptore exegerit, vel si minoris, quam debuit, eam rem vendiderit, liberatur depositori cedendo actiones suas, puta si nondum pretium exegerit, cedendo actionem ex vendito adversus emptorem, quæ actio pretii dicitur, *l. 8. & 9. C. de contrah. empt. l. 7. C. de act. empt.* at si minoris, quam debuit, vendiderit, & minus illud pretium acceperit, quam actionem cedet depositori ? Quæro, an ulla competit actio rescindendæ venditionis, ob id solum, quod minore pretio res venierit ? minime, nisi ex *l. 2. & 8. C. de rescind. vend.* pretium, quo res venierit, minus sit dimidia veri, & justi pretii : nam si pretium, quo res veniit, quodque numeratum est venditori, vel dimidiam justi pretii efficiat, adæquet, ut si res digna decem, venierit quinque, rata venditio est, nec rescindi potest. Itaque in hac l. 2. necessario ponere debemus, heredem, cum ignoraret rem esse apud defunctum depositam, eam minori pretio vendidisse, quam quod efficeret dimidiam justi pretii, puta rem dignam 10. vendidisse 4. vel tribus. Quo nomine constitutio illa *l. 2.* docet venditori, qui imprudens dimidio minoris vendidit, rescindendæ venditionis causa, nisi emptor velit offerre, quod justo pretio deest; competere actionem ex vendito, ut ibi Accursius interpretatur recte. Neque novum est, ut ex vendito, vel etiam ex empto agatur ad rescindendam venditionem, *l. 4. de leg. commiss. l. ex empto, §. 11, qui vina, de act. emp.* His actionibus non tantum agitur de implenda emptione venditione, sed & quandoque de distrahenda, & rescindenda emptione venditione. Hic vero apparet, quod est proditum in *d. l. 2.* non illa primum constitutione introductum fuisse : sed jam olim obtinuisse, nempe, ut si res dimidio minoris venierit, agere venditori liceat de rescindenda venditione, nisi emptor offerat, ut dixi, quod justo pretio deest, ut si res fuerit digna 10. & venierit 4. nisi emptor offerat 6. Et in hanc rem profecto hic locus summe notandus est, qui omnino hoc pervincit, jus illud ante Diocletianum, & Maximianum, qui auctores sunt l. 2. obtinuisse. Habeo & aliud hujusce rei maximum argumentum, quod in his libris sit quidem relata species rei venditæ ad finem dimidiæ justi pretii, ut in *l. 47. de evict.* servi valentis sive digni 10. & venditi 5. quæ venditio rata est; nusquam vero invenietur species rei venditæ dimidio minoris, ita ut venditio rata sit. Deinceps ergo dicamus jus illius constitutionis non esse novum, idque firmemus ex *d. l. 47.* & ex hac *l. 2.* Si igitur heres, ut redeam ad speciem propositam, qui ignarus rem apud defunctum depositam, vendidit quasi hereditariam, nondum pretium acceperit, vel si eam rem vendiderit dimidio minoris, non tenetur quidem depositori justi pretii nomine, quod, vel nullum accepit, vel justo accepit dimidia parte minus, liberatur cedendo actionem ex vendito adversus emptorem, eumque faciendo procuratorem in rem suam, quod cessio facit. Quid est cedere actiones? facere procuratorem, vel in rem alienam, vel in rem suam, quia scilicet nihil aliud habet heres, quod depositori præstare possit : nec enim pretium habet, aut quod habet dimidia justi inferius est : liberatur ergo cedendo actiones suas, & depositorem faciendo procuratorem in rem suam, non in rem heredis, ut fit etiam in similibus speciebus in *l. quod si in diem, §. idem Julianus, de petit. hered. & l. eleganter, §. si vendiderit, de pignerat. act.* Cessio pro justa præstatione est. Et hæc quidem ita servantur, sive is, qui deposuit, depositæ rei dominus non fuerit, vel eam ab emptore vindicare non possit, id est, si rem ab emptore vindicare non potuerit, quod dominus non fuerit rei depositæ, ut tum agat in heredem depositarii, ut, vel sibi cedat actiones suas adversus emptorem, à quo ipse rem vindicare non potest : sive rei depositæ fuerit dominus, & emptor eam usuceperit, vel etiamsi non usuceperit, & malit depositor in personam agere, quam in rem.

Ad L. XIII. eod. *Si quis inficiatus sit non adversus dominum: sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret: aut ejus, qui deposuisset, heredem : nihil dolo malo fecit. Postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.*

Ad §. Competit *etiam condictio depositæ rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit. Non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condictione obligari, verum quod dolum malum admiserit.*

DE eadem actione depositi est *l. 13. eod. tit.* cujus duæ sunt partes, quæ pertinent ad eum, qui inficiatur depositum. Ait in principio, *si quis inficiatus sit, &c.* Quintil. declam. 245. *Inficiari*, inquit, *est depositum nolle solvere.* Et in inficiatorem ex 12. tabul. olim erat actio depositi in duplum: hodie ex edicto prætoris est in simplum tantum, sed famosa, & turpis actio est, & in qua lis æstimatur jurejurando actoris, *l. 1. §. in depositi, hoc tit.* & interdum etiam ex edicto prætoris actio depositi est in duplum adversus inficiatorem, non adversus confitentem, ut puta si eo nomine agatur, quod ruinæ, naufragii, incendii, tumultus causa depositum sit : depositum ex his causis repente nullis adhibitis testibus, ut fit, inficiari majori pœna dignum est, acerbiori judicio persequendum, & vindicandum. Et hæc ostenduntur in *§. sed furti, Instit. de action. l. 1. §. 1. hoc tit.*

tit. Et quod dixi de actione depositi generaliter, ex omnibus causis in inficiatorem eam fuisse in duplum ex 12. tab. id ex Pauli 2. sent. proditum est apud Licinium Rufinum *tit. depos.* Verum ita demum depositarius inficiari, & dolo malo versari videtur, & consequenter infamia notatur judicio depositi, si domino reposcenti depositum non reddat, cujus statim reddendi facultatem habet. At non videtur infitiari, ut in priori parte hujus legis Paulus ostendit, si alio reposcente depositum, qui non deposuit, puta procuratore, vel herede domini, quem depositarius non novit, quem ignorat esse procuratorem, vel heredem depositoris, quem imo suspiciatur, neque verum esse procuratorem, neque verum heredem, cuique reposcenti depositum, quod prudentes depositarii faciunt, dicit, ego à te non accepi, te non novi, nescio an sis heres depositoris, an sis procurator, qualem te esse dicis. Denique potest ab eo desiderare probationem: alioqui jure ei denegabit restitutionem depositi, rei depositæ, jure recusabit actionem depositi. Is igitur infitiari non videtur, qui reddere non vult ei, à quo non accepit depositum, non probanti, se heredem esse, vel procuratorem. At si postea ille id probaverit, & si postea depositarius cognoverit illum esse verum heredem, aut verum procuratorem, nec depositum ei reddat, infitiari videtur, & condemnatus notatur infamia. Non satis est semel ab initio caruisse dolo, sed dolo carere semper oportet. Et in hanc rem est hic locus valde notandus quod confirmatur etiam *l.3. hoc tit.* Si ab initio ignoravi te esse heredem depositoris, culpandus non sum. Sed si postea cognovi te esse heredem, quamvis initio id non cognoverim, initium illud non me excusat à sequenti infitiatione. Et hoc est, quod habetur in priori parte hujus legis. In posteriori parte ostenditur infitiationem depositarii coerceri non tantum actione depositi, sed etiam condictione certi, quæ est stricta actio, qua scilicet depositor, heresve ejus intendit *sibi dari oportere rem suam, quam deposuit*: ita omnino quasi in furem: nemo enim rem suam condicit (hæc est regula juris) nisi furi condictione furtiva: imo & quasi fori rem suam condicere licet, nempe agendo hoc modo: *si pares te mihi rem illam dare oportere*, quæ formula, sive actio est acerbior, quam actio depositi: quia in condictionem venit res, qua de agitur, si perempta sit, etiamsi fuerit apud actorem interitura: in condictione res venit omnimodo, sive exstet, sive interierit, & sive fuerit apud actorem interitura, sive non, *l. si cum exceptione*, *§. quatenus*, *de eo, quod metus causa*, quæ tamen non veniret in actionem depositi, si interitura esset omnimodo, etiamsi statim restituta fuisset depositori, *l. 14. §. ult. hoc tit.* Unde ita concludamus, condictione, sive formula hujusmodi: *Si pares rem illam mihi dari oportere, vel, quod mihi ex illa causa dari oportet*, non furem tantum teneri, aut conveniri posse: sed & quasi furem, ut creditorem, qui soluta omni pecunia pignus infitiatur, *l. 4. §. res, de reb. cred.* ut item uxor, quæ res viro amovit divortii causa, *l. 6. §.ult. l.17. §. pen. l. 24. & 25. rer. amot.* Et uxor quidem, quæ res amovit viro multo magis, quia etsi amovisse dicatur, lenitate verbi tristitiam rei mitigante, ut ille ait, non furtum subripuisse, propter honorem matrimonii, tamen revera furtum fecit, ut ait *l. 29. eod. tit.* Infitiatio autem non est furtum, nisi rei creditor, vel depositarius possessionem interverterit. Infitiatio per se sola non est furtum, neque verbo, neque scriptura, neque animo solo, neque infitiatione sola fit furtum, sed contrectatione, & interversione possessionis. Infitiatio igitur non est furtum, sed est prope furtum, ut eleganter ait *lex infitiando, de furt.* quæ lex tota Gallice reddita est in consuetudinibus Normanniæ cap. 7. *Il y à, dit-il, un peu de faveur de larrecin:* Denique nemo, ut ait Paulus in hac posteriore parte, hoc ipso, quod depositum accepit, tenetur condictione, sed agi tantum cum eo potest depositi actione in hunc modum: *Quod te mihi ex fide bona reddere, restituere oportet*, non dare. At, inquit, Paul. si id dolo admissum sit, id sc. quod dixit in priori parte, id est, si infitiatus sit, cum eo dominus potest agere condictione. *Quod te mihi dare oportet*. Et ita explicanda est posterior pars, quæ vulgo non intelligitur.

Ad L. XXXI. de Adquir. r. r. domin. *Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur.*

Ad §. Thesaurus *est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat. Sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid, vel lucri causa, vel metus, vel custodiæ, condiderit sub terra: non est thesaurus. Cujus etiam furtum fit.*

ADdamus etiam his duabus legibus *l. 31. de adquir. rer. dom.* Cum hoc libro, ut verisimile est, Paulus docuisset, apud deponentem manere dominium, & possessionem rei depositæ: deposito dominium non mutari, non transferri in depositarium: quod & ita scriptum est nominatim in *l. licet 17. §. rei, depos.* Quod idem & de re commodata dicitur, *l. 9. commod.* & de re locata, *l. non solet, loc.* & de re pignerata, *l. cum & sortis, §. ult. de pigner. act.* Subjecit generaliter Paulus in *d. l. 31. de adquir. rer. dom.* nunquam nudam traditionem transferre dominium, quod est principium juris, nisi præcesserit justa quædam causa transferendi dominii, veluti venditio, permutatio, donatio, dos, mutuum, adjudicatio, *l.3. & 4. & tribus, aut 4. seqq. de Publ. in rem act.* depositum non esse justam causam adquirendi dominii: tradi quidem depositario rem, sed hanc traditionem esse nudam, quia depositum non est justa causa adquirendi dominii. Et ne quis objiceret thesaurum depositum, qui jure gentium inventori adquiritur secundum distinctiones traditas in Institut. quæ sunt notissimæ, Paulus in *d. l. 31.* statuit duo esse thesauri genera, ut etiam *l. pen. §. ult. de auro, & arg. leg.* Unum, cujus memoria non extat: & hic quidem thesaurus fit ejus, qui invenerit, adquiritur ei, quia nec dominum habet, nec alterius est, quia nescitur cujus sit. *Thesaurus*, inquit, *est vetus depositio pecuniæ, cujus memoria non extat, ut jam dominum non habeat.* Sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit. Alterum genus thesauri est, cujus memoria extat, ut si quis metus, vel custodiæ causa, vel præsidii, vel lucri pecuniam sub terra condiderit, pecuniam terræ commendaverit, deposuerit; hujus depositi dominium non mutatur. Imo & ejus pecuniæ furtum fit, si quis sciens cujus ea sit, thesaurum effodiat, & pecuniam auferat. Denique depositum, quod dominum habet, non potest adquiri depositario, ne possessione quidem longissimi temporis. At depositum, quod dominum non habet, ut qui thesaurus dicitur proprie, inventori jure gentium adquiritur, & tale depositum dicitur proprie thesaurus. Ex hoc libro jam exposui legem 2. & 13. *depositi*, & ex eodem libro *l. 31. de adquir. rer. domin.* accommodavi etiam ad actionem depositi, hoc modo: id enim paucis repetere operæ pretium est, nunquam nudam traditionem transferre dominium, sed ita, si justa quædam causa præcesserit adquirendi dominii, propter quam traditio sequeretur, veluti venditio, permutatio, donatio, dos. Ait, *si præcesserit*. Nihil tamen refert, præcesserit justa causa transferendi dominii traditionem, an secuta fuerit, puta venditio præcesserit traditionem rei, an secuta fuerit; neque enim nuda esse censetur traditio, quæ primum facta est sine causa, si mox causa justa transferendi dominii subsecuta sit, quod ostenditur aperte in *l. sive, §. 1. de Public. in rem act.* Et ita etiam nihil interest, pactum præcedat stipulatio, an sequatur, *l. petens, C. de pact.* numerationem pecuniæ præcedat stipulatio, an sequatur, *l. 3. §. ult. ad Senatusc. Macedon. l. 6. de novat.* semper enim præcessisse intelligitur causa, vel tradendæ rei, vel paciscendi: causa stipulandi intellectu præcedit, etiamsi non re ipsa præcedat. Ergo hoc loco, si præcesserit, vel secuta fuerit. Depositum autem hoc est subintelligendum, non esse justam causam transferendi dominii, quod ita nominatim est proditum in *tit. depos. l. licet 17. §. rei*. Ergo nudam esse traditionem rei, quæ fit ex causa depositi, nempe, quia nuda est, non justa causa transferendi dominii. Et ne quis objiceret thesauri depositum, statim in hac *l. 31.* duo facit thesauri genera.

Unum, quod dominum non habet: & hæc depositio pecuniæ, hic thesaurus inventori jure gentium adquiritur, quia dominum non habet, quod ita definit: *Thesaurus est vetus depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat:* oblivio perimit dominium. Eodem fere modo Cassiodorus 6. variarum: *Thesaurus*, inquit, *est depositiva pecunia, quæ longa vetustate competentes dominos amisit*. Longa vetustas perimit dominium. Alterum genus thesauri est, quod dominum habet, cujus extat memoria. Et hoc inventori, vel solo, aut terræ, cui commendatum est, non adquiritur, cujus etiam furtum fit, si quis sciens pecuniam ab aliquo sub terra reconditam effodiat, & auferat. Thesauri depositionem Paulus existimavit pertinere ad quæstionem depositi. Itaque *l.31. de adquir. rer. dom.* recte huic libro 31. adscribitur, qui totus fuit de deposito, & commodato. Nunc veniamus ad *l.22. de except. rei judic.* quæ est ex eodem libro, & de actione depositi.

Ad L.XXII. de Exceptione rei judicatæ. *Si cum uno herede depositi actum sit, tamen & cum cæteris heredibus recte agetur. Nec exceptio rei judicatæ proderit: Nam etsi eadem quæstio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam, atque aliam rem facit. Et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis agetur: exceptio rei judicatæ non nocebit, quia de alia re agitur.*

DUæ sunt ejus legis partes: ad priorem notandum est: si plures fiot heredes depositarii, ex facto, sive dolo depositarii defuncti singulos teneri non in solidum, sed pro parte hereditaria, sive quid ad eos pervenerit, sive nihil pervenit, quia dolus ex contractu venit, reique persecutione, dolus in contractu versatur, *l.7. §.1. & l.9. depos.* Et ideo, si, ut in priori parte hujus legis proponitur, cum uno ex pluribus heredibus depositi actum sit, videlicet pro parte hereditaria ex dolo defuncti, & is forte absolutus sit, tamen & cum cæteris heredibus agi eadem actione potest: nec obstat exceptio rei judicatæ, quia huic exceptioni locus est, si eadem de re iterum agatur inter easdem personas, *l.3. & l.7. §. & generaliter, hoc tit.* at in hac specie eædem non sunt personæ, quibuscum denuo depositi agitur. Singuli enim heredes suo nomine, inquit, seorsim scilicet, & separatim conveniuntur pro parte hereditaria, non communi nomine in solidum, quæ personarum mutatio facit, ut etsi eadem res, eademque quæstio in omnibus judiciis versetur, puta de restituendo deposito: tamen alia, atque alia lis, sive res esse intelligatur, atque adeo, ut non sit locus exceptioni rei judicatæ, cui duntaxat tunc locus est, quum de eadem re idem cum eodem agit. Et hæc est sententia prioris partis hujus legis, ex qua colligitur, absolutionem, sive victoriam unius ex heredibus cæteris non prodesse. Neque enim si cum cæteris postea agatur eodem judicio, se tueri possunt exceptione rei judicatæ, qua coheres absolutus sit. Quod verum est, etiamsi omnibus fuerit eadem defensionis causa, puta quod post dolum admissum cum depositario actor pactus sit, ne doli nomine cum eo ageret, ne depositi ageret. Omnibus ex eadem causa defensionis, nempe pacti habiti cum defuncto, ne cum eo ageretur depositi. Et tamen ex hac causa, si unus absolutus sit, cum quo actum est solo, non ideo & cæteri absoluti intelliguntur: nec si conveniantur, tueri se possunt exceptione rei judicatæ, etiamsi, ut dixi, omnibus sit eadem causa defensionis, ut & recte hoc loco Doctores sentiunt contra Accursii Glossam, qui tamen Accursius in *l. si quis separatim, §. ult. de appellat.* quam huic legi opponit, ut exposuit sententiam suam, recte sensit, in communi causa, communi lite, quotiens pluribus condemnatis alter appellat, alter non appellat, *d.l. si quis separatim, §. ult.* ait, ejus, qui appellavit victoriam ei proficere, qui non appellavit. Quod confirmat etiam *l.1. & 2. C. si unus ex pluribus appellav.* Sed hoc ideo, quia communis lis omnium erat, quandoquidem omnes una sententia priore judicio damnati erant, quod posteriori judicio, vel uno exercente appellationem, in totum corrigitur: communis condemnatio, quæ in totum corrigitur, necesse est, ut & tacenti, & quodammodo acquiescenti prosit. In specie autem, de qua agitur in hac lege, separata cujusque heredis lis, sive causa est, quia, ut initio diximus, singuli suo nomine pro parte hereditaria tenentur: non mirum igitur, si absoluto uno, si absolutio unius non prosit cæteris. Præterea *lex à sententia, de appell.* quam etiam huic legi Glossa opponit, nihil obest: uno ex heredibus damnato, vel absoluto, præjudicium fit cæteris. Hoc colliges ex illa lege: fit sane præjudicium qualequale, ut ibidem Accursius notat, non quod vel absolutio unius cæteris prodesse, vel condemnatio obesse possit: præjudicium, & multo magis præjudicium qualequale longe mutat, distatque à judicio: non omne præjudicium necessarium est. In posteriori parte hujus legis ostenditur ex contrario, nihil etiam obstare exceptionem rei judicatæ, si cum herede depositi actum sit ex dolo defuncti, & judicio finito, ac forte absoluto herede, cum eodem postea agatur ex dolo proprio in solidum, quia etsi eadem sit persona, cum qua denuo agitur, non est tamen res, quæstiove eadem. Prius enim judicium fuit de dolo defuncti, posterius est de dolo heredis proprio. Igitur in priore parte hujus legis non obstat exceptio rei judicatæ, si eadem res sit, quæ retractatur, & reducitur in judicium, modo sit alia persona. Et è contrario in posteriori parte non obstat exceptio rei judicatæ, si eadem sit persona, cum qua iterum agitur eadem actione, modo non sit eadem res, eademve quæstio. Et ita explicanda est *l.22.* huic etiam *l.31.* adscribitur *l.12. de novat.*

Ad L.XII. de Novat. *Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat: similis videbitur ei, qui donat: quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is, qui delegavit, tenetur condictione, vel incerti, si non pecunia soluta esset: vel certi, si soluta esset. Et ideo cum ipse præstiterit pecuniam, aget mandati judicio.*

HÆc lex non est de actione depositi, ut superiores, sed de actione mandati, de qua est liber 32. qui sequitur, cui & hanc l.12. emendata inscriptione arbitror esse reddendam. Verum non ideo minus hoc loco eam antevertam cæteris, quæ sunt in libro sequenti plurimæ de actione mandati, quamquam ordo desideraret de actione mandati nos tractare incipere à *l.1.* quæ est ex seq. lib. Verum antevertamus hanc *l.12.* Delegatio debitoris, vel non debitoris, species est mandati, ut puta, si debitorem, vel non debitorem meum rogavero, ut quod ego L. Titio debeo, id L. Titio ab eo stipulanti promittat: quod si fecerit, si delegationi meæ paruerit, ego liberor, quia delegatio, & novatio, quæ eam secuta est, pro solutione habetur, *l. qui debitorem, de fidejuss. l. si rem, §. ult. hoc tit.* liberatur etiam à me ille, quem delegavi, si debitor meus fuerit. Denique creditor meus mutat debitorem, debitor autem meus, quem delego meo creditori, mutat creditorem. Potest autem delegari, vel quod idem est, expromissor dari etiam non debitor. Quid ni? Et non debitor dicitur etiam, qui se tueri potest exceptione doli mali, vel in factum, quo minus condemnetur, quia inanis est obligatio, quæ per exceptionem perpetuam perimitur, *l. pen. C. de cond. ob turp. caus.* Fac igitur me creditori meo delegasse debitorem meum, qui se tueri poterat adversum me exceptione doli mali: Distinguendum est: aut scientem se illa exceptione tutum esse delegavi, aut ignorantem. Si scientem, similis est ei, qui donat, sicut is, qui sciens indebitum solvit, *l.53. de regul. jur.* Similis, inquam, est ei, qui donat, quoniam quam habuit exceptionem remittere videtur, remissio exceptionis donatio est. Quod si ignorantem, & errantem in facto, nescientem sibi competere exceptionem doli mali delegavi, nulla exceptione se tueri potest adversus creditorem meum, cui delegatus est, quia ille suum recepit, id est, quod sibi revera debetur, & suum negotium bona fide gessit. Quod idem & in *l. seq. 13.* ex Ulpiano proponitur, & multis aliis locis, in quibus eadē ratio redditur, quia creditor suum recepit. Id igitur avelli ei non potest, *l. repetitio, de cond. indeb.*

Lit

Digitized by Google

Et ita etiam danista apud Plautum, *meum*, inquit, *peto:* suum A petit, qui quod sibi jure debetur, petit : ergo, qui etiam ignorans se jure prætorio non teneri propter exceptionem, expromisit creditori alieno, cui delegatus est, non potest ei non solvere, non potest effugere quin solvat. Verum debitor, qui eum delegavit, ei tenetur condictione certi, si pecuniam solvit, ut ei reddat solutam pecuniam: vel si nondum pecuniam solvit, ei tenetur condictione incerti, ut ait hoc loco, ut eum liberet solvendo creditori suo, vel qua alia ratione, ut *l. pure, §. pen. de doli except.* Liberatio est res incerta, quia incorporalis, quæ sub sensum non cadit. Pecuniæ certus numerus, res æstimatur esse certa propter certum numerum. Et ideo pecunia repetitur condictione certi: liberatio condictione incerti, *l. 3. de condict. sine causa*, prout quæque res est, quæ petitur, vel repetitur condictione certi, vel incerti: condictio est certi, vel incerti: condictio- B ne incerti condicitur liberatio, cautio, obligatio, possessio quoque. Additur in extremo hujus legis etiam eum, qui delegavit debitorem suum creditori suo, ignorantem se tutum esse exceptione perpetua, delegato si pecuniam solverit ei, cui delegatus est, teneri actione mandati, non condictione tantum certi, si pecuniam solverit, sed etiam actione mandati, quia ex mandatu ejus solvit. Delegatio mandatum est. Condictionem igitur concurrere cum actione mandati, sed alteram per alteram consumi, ut *l. in duobus, §. exceptio, de jurejur.* nec alius est sensus ultimi versus hujus legis: nec fuit cur huic ultimo versui Accurs. affingeret novam speciē, puta creditoris, qui mandavit debitori suo, ut solveret creditori suo. Non etiam delegavit, inquit, quia existimavit: si delegavit, non competere delegato actionem mandati, quasi scil. non sit idem mandare, & delegare, ut C mandata jurisdictio, quæ & delegata dicitur, *l. 1. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Finis igitur legis hoc tantum vult, si delegatus solverit pecuniam, suppetere ei duas actiones, quibus solutam pecuniam repetat ab eo, qui delegavit, vel condictionem certi, vel actionem mandati. Quod fit etiam quum fidejussor solvit pro reo principali, nam à reo principali solutum repetit utra vult actione, mandati, vel condictione certi, *l. fidejussorem, mand. l. 5. de except. rei judic.* Quod dixi in extremo hujus recitationis, mandare, & delegare idem esse: Jurisdictionem mandatam, & delegatam idem esse, delegationem debitoris, vel non debitoris, qui suscipiat obligationem, qua sumus obstricti apud creditorem nostrum, novatione facta esse mandatum, id comprobat omnino, quam omiseram heri *l. cum indebitum, §. 1. de condict. indeb.* Nunc veniamus ad lib. 32.

JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. XXXII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. Mand. *Obligatio mandati consensu contrahentium consistit.*

Ad §. Ideo *per nuntium quoque, vel per epistolam mandatum suscipi potest.*

Ad §. Item sive rogo, *sive volo, sive mando, sive alio quocunque verbo scripserit: mandati actio est.*

Ad §. Item mandatum *& in diem differri, & sub conditione contrahi potest.*

Ad §. Mandatum *nisi gratuitum nullum est : nam originem ex officio, atque amicitia trahit. Contrarium ergo est officio merces. Interveniente enim pecunia, res ad locationem, & conductionem potius respicit.*

TOTUS hic liber fuit de actione mandati, & de actione pro socio, ex quo jam anteverti dare *leg. 12. de novat.* propter inscriptionem, quam tamen emendandam esse censeo, illa lege reddita huic libro, non superiori. Et quod in hoc libro primum Paulus scripsit de actione mandati, id extat in *l. 1. mand.*

A obligationem mandati nudo consensu contrahentium consistere : quod post actionem depositi, videtur Paulus adscripsisse ad differentiam obligationis depositi, de qua egit superiore libro, quæ contrahitur re, non nudo consensu, mandatum contrahitur nudo consensu. Et ideo mandatum, ait, suscipi, darique posse inter absentes per nuntium, qui aliquid ab alio ad alium perferat, vel per epistolam, si, ut subjicit, quis scripserit, *rogo*, & alter rescripserit, *recipio*. Imo sæpenumero epistola mandatum est. Josephus 7. *de captivitate Judaica: διδόασιν ἐπιστολάς:* Rufinus interpres: *dederunt mandata*, quam interpretationem, & sequentia Josephi cōfirmāt: *ὡς δ' ἐμάνθανον τὰς ἐντεταλμένας αὐτοῖς: ubi intellexerunt quæ sibi mandata essent.* Recte autem ait, *Per nuncium quoque, vel per epistolam mandatum suscipi posse.* Nam susceptio mandati perficit mandatum, non epi- B stola, vel nuncius solum, qui mandantis declarat voluntatem. Denique his verbis *rogo*, & *recipio* perficitur mandatum. *Rogo* ex parte mandatoris, *l. rogatus*, *inf.* & innumeris aliis locis. *Recipio*, vel *suscipio* ex parte mandatarii, vel procuratoris. *Rogo*, inquit hoc loco, vel *volo*, vel *mando*, adde, vel *peto*, ex *l. pen. de fidejuss. tut.* Imo & sic statuo, omne verbum precarium, omne verbum fideicommissarium & mandato contrahendo convenire : hæc verba *rogo*, *volo*, *peto*, *mando*, non sunt imperativa verba, non sunt directa verba, sed precativa, mandatum verbis precariis contrahitur, aut imitur verbis fideicommissi, non etiam quibuslibet verbis, non verbo *commendo, commendo tibi negotia illius*, aut *commendo tibi negotia mea : commendo tibi illum hominem*, *l. 12. §. cum quidem*, *hoc tit.* Quod verbum nec fideicommissum facit, nisi subsit aliud argumentum voluntatis defuncti, *l. 11.* C *§. si ita quis, de leg. 3.* Verbum item *moneo*, vel *admoneo*, mandatum non facit. Vnde & in *l. 42. de neg. gest.* quæ est ex hoc libro Pauli, qui ita distinguit: si servi mei rogatu negotia mea administranda susceperis, aut duntaxat admonitus à servo meo ea suscepisti & gessisti, mecum ages negotiorum gestorum in solidum, non de peculio, ut in specie legis 41. quæ præcedit, & est ex libro superiori, quia mecum non cum servo meo quasi contraxisse videris, gestis ultro negotiis meis, admonitus tamen à servo meo, aut mandatu servi mei, negotia mea suscepisti administranda. Et tunc mecum ages actione mandati de peculio, quasi ex contractu servi mei, vel de in rem verso, non actione negotiorum gestorum. Idem etiam dici potest de verbo *suadeo*, vel *consulo*, *l. 2. §. ult. hoc tit.* non quod idem sit, *monere*, & *consulere*, sed quod neutrum sit mandato contrahendo D idoneum verbum: *consulit*, qui suadet, vel dissuadet : *monet*, qui præsens aliquod commodum, vel incommodum monstrat, quod amplectamur, vel fugiamus. Consilium datur, sive consiliatur is, qui cogitat, & deliberat: monetur, qui de ea re, qua de monetur nihil cogitat. Et inde differentia inter fulmen consiliarium, & fulmen monitorium apud Senecam 2. *natur. quæstion.* Sequitur in hac *l. 1.* *Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri posse.* In diem differri, veluti rogo te, ut Calend. proximis pro me fidejubeas apud Titium. Sub conditione fieri, veluti rogo te, ut si navis ex Asia venerit, mihi illum fundum emas. Idemque proditum in *l. 3. & 4. de procurat.* procuratorem fieri posse, quod est, mandatum contrahi posse, vel in diem, vel sub conditione : sed ibi amplius additur, procuratorem etiam fieri posse usque ad diem certum, vel in perpe- E tuum: quod hic non additur. Cur etiam hoc loco non addit, mandatum & ad diem, & in perpetuum contrahi posse, quia scilicet ibi agitur de procuratore ad litem, de procuratore ad agendum, vel defendendum, qui potest constitui usque ad diem, puta ut usque ad illum diem duntaxat litem, vel lites meas agat, vel in perpetuum, ut litium mearum sit perpetuus procurator. At hic agitur de procuratore ad negotia, veluti ad emendum, aut vendendum, ubi non est necesse tempus addere, ad quod usque negotium illius gerat. Tempus enim non aliud huic rei præfiniri potest, quam quod huic negotio explendo sufficit, quod nec perpetuum esse potest. Præterea additur in hac *l. 1.* mandatum nisi gratuitum nullum esse, ut *l. si ita ut omnes, §. 1. inf. hoc tit.* nam, inquit, mandatum originem ex officio,

du plaisir,

du plaisir, & amicitia trahit. Unde M. Tullius pro Roscio Amerino: *qui mandatum violat, amicitiam violat*, nec enim mandat quisquam fere, nisi amico. Contrarium ergo est officio merces, id est, pretium operæ. Ac sane si interveniat pecunia numerata, pecunia certa pro mercede, utrinque est actio locati, & conducti, non mandati, vel si interveniat alia res, veluti pro mercede operæ, non pecunia. utrinque est actio in factum præscriptis verbis, non actio mandati, *l.1. §. si quis servum, depos.* Mandatum enim gratuitum esse debet, & quidem ex utraque parte. Quomodo? quia nec pretio quis hoc probe redimit, ut procurator fiat alterius, maxime ad lites, *l.litem, C. de procurat.* nec procurator locat suas operas, quamvis salariarius sit, & esse possit. Mandatum recipit salarium, quod procuratori præbeatur. Recipit honorarium, & peracto mandato remunerationem, sive *ἀντίδωρον*, *l.6. l.7. l.19. §. idem Labeo, hoc tit.* Mercedem, id est, pretium operæ non recipit. Hominum, inquit ille, charitas, & amicitia gratuita est. Et alio loco, *Liberalis, benignusque officium, non fructum sequitur*. Hæc sunt notissima. Transeamus ad leg.3. quæ est ex hoc lib.

Ad L. III. eod. *Præterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim, nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero nunquam.*

Ad §. Et quidem *si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quicquam statui, tuque emisti: utrinque actio nascitur.*

Ad §. Quod si pretium *statui, tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem: etiamsi paratus esses id, quod excedit remittere: Namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit: illi vero, si velis, mecum esse.*

Ad L. V. eod.

IN hac lege 3. docet Paulus, contracto mandato aliquando meliorem mandantis causam fieri à mandatario, sive procuratore non posse. Quod mirum videtur, aliquando fieri posse meliorem, deteriorem vero nunquam fieri posse. Hæc est certa definitio juris. *Præterea*, inquit, *in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim, nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero nunquam.* Ut interim, inquit, nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior. *Interim*, & *interdum* promiscue dicit pro eodem. Quod Quintiliano, & Senecæ amicum, & familiare est *interim* dicere pro *interdum*. Et sic in *l.pen. §. ult. de cond. & demonst.* interim, id est, interdum. Non potest autem fieri melior conditio mandatoris, ut explicare incipit in hac *l.3.* & persequitur in *l.5.* quæ simul explicabuntur, si cum mandavit, ut rem aliquam sibi quis emeret certo pretio, ille pluris emerit: si mandator pretium non finivit, certum est, re empta quoquo pretio ultro citroque nasci actionem mandati: directam, ut ea res præstetur: contrariam, ut mandator reddat pretium, si rem mandatarius, uti rogatus est, suis nummis emerit. At si mandator pretium definivit, veluti, rogo te, ut mihi illam rem emas usque ad aureos 100. & procurator mandati fines egressus pluris emerit, etiamsi mandatori maxime expediat eam rem eo pretio habere, etiam immenso pretio, imo etiamsi mandatarius paratus sit remittere mandatori id, quod pluris emit, ex sententia Sabini, & Cassii, ut Institut. docent, mandati actio contraria mandatario non competit, ut vel pretium, quod finitum erat, recipiat, quia egressus est finem mandati: nec obest, quod id fecerit ex utilitate mandatoris: neque enim temere licet migrare à fine, modoque mandati, alioqui nullum non mandatum consilio mandatarii corrumperetur. Ergo ex sententia Sabinianorum, si pluris emerit, nec si contentus sit pretio finito in contrahendo mandato, de eo recuperando cum mandatore agere poterit actione mandati contraria. Et Sabiniani utuntur acutissima ratione, quia par & æquabile non est, ut mandatarius si velit, habeat in mandatorem mandati actionem remittendo id, quo pluris emit, & vicissim mandator non habeat in illum directam actionem ad rem recipiendam, si mandatarius nolit aliter judicium accipere, quam si integrum sibi pretium reddatur, quod prænumeravit de suo. Secuti sunt Sabiniani rigorem juris, qui vetat agere procuratorem ex causa mandati à se peracti, si id non peregerit ex fine mandati. At Proculiani, ut ostenditur in *l.seq.* benigniorem sententiam amplexi sunt, ut scilic. mandatario detur actio mandati contraria, usque ad statutum, sive ad præfinitum pretium, non ultra definitum pretium. Et ex hac concertatione duarum familiarum, duarum sectarum, animadvertere licet, quod & notat in *l.5.* quam diligenter sunt servandi fines mandati, quam attente sit servanda forma mandati, quæ traditio juris, & lex dicitur apud Sophoclem in *Trachiniis*: *Νόμον εἶναι τὸ μὴ ἐπιθυμεῖν πομπὸν περισσὰ δρᾶν.* *Legem esse ne πομπὸς .i. mandatarius quicquam agat, vel affectet agere supra quam ei mandatum sit.* Nam qui vel minimum excedit mandatum, aliud facere videtur: & qui aliud facit, non habet mandati actionem, & tenetur tamen mandati, quia quod rogatus est, quodque suscepit non fecit, sed aliud, quod mandati finem fregit. Et mox aliud ponit exemplum Paulus, quo evidentius apparet, non posse mandantis meliorem conditionem fieri re gesta aliter, quam mandatum sit. Mandavi tibi, ut domum Sejanam mihi emeres 100. tu te id facturum recepisti, & non Sejanam, sed Titianam, quæ longe majoris pretii erat, quæque longe utilior, & commodior mihi erat, emisti tantundem, vel minoris: plane fecisti meliorem causam meam. Cæterum in me invitum non habes mandati actionem, quia aliud fecisti, quam quod mandaveram. Idemque erit, si tibi mandaverim, ut fundum meum 100. venderes, tu receperis, & vendideris 90. duntaxat: quia & hic non implesti mandatum. Itaque integra mihi est vindicatio fundi, nec vindicanti mihi obstabit exceptio rei venditæ mandatu meo, & traditæ, quia non vendidisti eo pretio, quo jusseram. Sed additur exceptio justissima, nisi tu, vel emptor reliquum mihi offerat, quod mandato meo deest, puta 10. & me indemnem serves. Unde & idem Paulus recte 2. Sent. eod. tit. *Certo*, inquit, *pretio rem jussus est distrahere, si minoris vendiderit mandati judicio pretii summam poterit integrare* (quod est eleganter scriptum) *& venditio non dissolvetur*. Integratio pretii ratam faciet venditionem. Et hoc quidem Paulus in hac *l.5.* probat argumento præcepti, quod dominus servo dat: nam si servo meo præcepero, ut rem meam venderet certo pretio, & ille minoris vendiderit, similiter eam rem vindicare possum, nec ulla me exceptio submovere potest à rei vindicatione, nisi mihi indemnitas præstetur. Servo nostro non mandamus, sed præcipimus, & imperamus. M.Tull. 2. de orat. *Si mandandum aliquid procuratori*, inquit, *de agricultura, vel imperandum villico*: villico, qui erat servus plerunque. Servus igitur meus, quem negotio meo præposui, non est procurator meus. Inter dominum, & servum non contrahitur mandatum, non contrahitur precarium, idem est: Recta tamen est argumentatio à servo ad procuratorem, à præcepto ad mandatum, vel contra. Ultimo loco hujus legis docet, aliquando meliorem posse fieri mandatoris conditionem: jam docuit supra, aliquando non posse fieri meliorem, ut si servum, quem mandavi mihi emi 10. procurator emerit 5. vel si eum emerit 10. id est, condicto pretio non solum, sed cum peculio, cum accessione, quia uno casu servum emit intra pretium, puta 5. & altero casu servum emit non ultra pretium definitum, & non servum solum, sed & peculium servi. Et utroque casu meliorem meam conditionem fecit, & ultro citroque est actio mandati: quoniam qui mandat, ut procurator servum 10. emat, & hoc mandasse intelligitur, ut si fieri possit, eum minoris emat, vel ut tanti eum emat cum accessione aliqua. Et hæc est sententia harum legum, *l.1.3.* & 5.

Ad L.IX. eod. *De tuo etiam facto cavere debes.*

EXposuimus nudiustertius ex titul. mandati *l. 1.* conjuncta *l.42. de neg. gestis*, & leg.3. ac 5. Sequitur, ut veniam ad legem 9. ex qua intelligimus eum, qui mandatu alieno servum, aut fundum emit, non tantum rem emptam restituere bona fide, & tradere mandatori debere, sed etiam si ei cautum sit de evictione, actionem ex cautione interposita evictionis nomine mandatori cedere de-

bere,

bere, ut *l.proxima, §. ult. sup. l.possessio quoque, §.ult. de ac-* A
quir. poss. At præterea cavere eum etiam debere de suo fa-
cto, id est, de evictione rei emptæ ob suum factum contin-
gente, *l.si quis à multis, in fi.de nox. act.* Puta quod ante tra-
ditionem emptum servum pigneraverit,& periculum est,ne
jure pignoris à creditore evincatus, vel quod eum servum
anamumiserit, qui se sit vindicatum in libertatem, ut *l.si post*
acceptum, de rei vindic. Et ita is,qui vendidit hereditatem,
non tenetur cavere, nisi de evictione suo facto contingen-
te, *l.2. circa principium, de hered. vend.* In illo loco,*Plane de*
suo facto venditor satisdare cogendus est, id est, de evictione
suo facto contingente, puta, quod rem aliquam heredita-
riam pigneraverit. Quæ tamen verba ibi Accursius male
interpretatus est: & hoc idem est, quod ait Paulus in hac
l.9. de tuo etiam facto cavere debes, id est, de evictione rei
emptæ, si qua ob tuum factum contigerit:Sequitur lex 22. B

Ad L.XXII. eod.*Si mandavero tibi,ut pro me in diem fideju-
beas, tuque pure fidejusseris, & solveris: utilius responde-
bitur, interim non esse tibi mandati actionem, sed cum dies
venerit.*

Ad §.Item tractatum est, *si cum in diem deberem, mandatu
mei in diem fidejusseris, & ante diem solveris,an statim ha-
beas mandati actionem? Et quidam putant, præsentem qui-
dem esse mandati actionem, sed tanti minorem, quanti mea
interfuit, superveniente die solutum fuisse. Sed melius est dici,
interim nec hujus summæ mandati agi posse: quando nonnul-
lum adhuc commodum meum sit,ut nec hoc ante diem solvam.*

Ad §. Interdum evenit, *ut meum negotium geram,& tamen
utilem habeam mandati actionem: veluti cum debitor meus
periculo suo debitorem suum mihi delegat: aut cum rogatu
fidejussoris cum reo experior: nam quamvis debitum meum
persequar, nihilominus & illius negotium gero. Igitur, quod
minus servavero consequar mandati actione.*

Ad §. Si hi,quorum res *veneunt, quas pignori dederunt, sup-
posuerunt emptores, & eis emendas res mandant: manda-
tum intelligitur: licet, quantum ad meram rationem, man-
datum non consistit: nam cum rem tuam emas, nulla emptio
est in tua persona rei tuæ.*

Ad §.Julianus scripsit, *mandati actionem consistere etiam in
rem ejus, qui mandatum suscipit, ex eo maxime probari:
quod si pluribus heredibus vendentibus, uni mandavero, ut
rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte, qua heres sit,
obligatur mandati actione, & obligat. Et sane si ille pro-
pter hoc extraneo rem non addixerit: quod mandatum su-
sceperat, & bona fide esse præstare ei pretium, quanti ven-
dere poterat. Et contra, si emptor ad emptionem rei sibi
necessariæ, idcirco non accesserat, quod heredi præcepisset, se
ei empturum, æquissimum esse, mandati judicio præstari,
quanti ejus interfuit, emptam rem habere.*

Ad §. Is, cujus bona *publicata sunt, mandare alicui potest, ut
ea emat: & si emerit, utilis erit mandati actio, si non præ-
stet fidem. Quod ideo receptum est: quia publicatis bonis,
quidquid postea adquiritur, non sequitur fiscum.*

Ad §. Qui ædem sacram *spoliandam, hominem vulnerandum,
occidendum, mandatum suscipiat: nihil mandati judicio con-
sequi potest, propter turpitudinem mandati.*

Ad §. Si tibi centum *dedero, ut ea Titio dares: tuque non
dederis, sed consumpseris: & mandati, & furti teneri te,
Proculus ait. At si ita dederim, ut quæ velles, dares, man-
dati tantummodo.*

Ad §.Si mandaverim servo *tuo, ut, quod tibi debeam solve-
ret meo nomine: Neratius scribit,quamvis mutuatus servus
pecuniam, rationibus tuis, quasi à me receptam intulerit:
tametsi nummos à creditore non ita acceperit, ut meo nomine
daret, nec liberari me, nec te mandati mecum acturum: quod
si sic mutuatus sit, ut pecuniam meo nomine daret, utrumque
contra esse, nec referre alius quis, an idem ipse servus no-
mine tuo, quod pro me solvebatur acceperit. Et hoc verius
est, quoniam quotiens suos nummos accepit creditor, non
contingit liberatio debitori.*

Ad §.Fugitivus *meus, cum apud furem esset, pecuniam adqui-
sit, & ex ea servos paravit: eosque T[illegible] traditio-
nem à venditore accepit. Mela ait, mandati actione me
consecuturum, ut restituat mihi Titius: quia servus meus
mandasse Titio videbatur, ut per traditionem acciperet: si
modo rogatu servi hoc fecerit. Quod si sine voluntate ejus
venditor Titio tradiderit, tunc posse me ex empto agere, ut
mihi eos venditor traderet: venditoremque per condictionem
à Titio repetiturum, si servos tradiderit Titio, quos non
debuerit, eum debere se existimaret.*

Ad §. Si curator bonorum *venditionem quidem fecerit, pe-
cuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius, Ofilius,
Labeo responderunt: his, qui præsentes fuerunt, competere
adversus eum mandati actionem: his autem,qui absentes fue-
runt,negotiorum gestorum actionem esse,atquin si præsentium
mandatum exsecutus, id egit. negotiorum gestorum actio ab-
sentibus non est:nisi forte adversus eos,qui mandaverunt cu-
ratori, tanquam si negotia absentium gesserint. Quod si, cum
soli creditores se esse existimarent,id mandaverint:in factum
actio absentibus danda est in eos, qui mandaverint.*

Ad §. Sicut autem *liberum est mandatum non suscipere, ita
susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum sit. Renun-
tiari autem ita potest,ut integrum jus mandatori reservetur,
vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi:
aut si redundent in eum captio,qui suscepit mandatum.Et qui-
dem si is, cui mandatum est, ut aliud mercaretur, mercatus
non sit: neque renuntiaverit, se non empturum: idque sua
non alterius culpa fecerit, mandati actione teneri eum con-
venit. Hoc amplius tenebitur (sicut Mela quoque scripsit) si
eo tempore per fraudem renuntiaverit, cum jam recte emere
non possit.*

C IN hac lege 22.& in l.26. proponuntur multæ, & variæ
species,sive quæstiones de actione mandati. Prima hæc
est: Cum pure deberem Titio 100.mandavi tibi,ut pro me
apud eum in diem fidejuberes, puta Cal. proximis, te ei
pro me pecuniam debitam soluturum: tu egressus manda-
tum non fidejussisti in diem,sed pure statim solvisti.Neque
potes solutum Titio condicere, quia suum recepit: neque
id potes à me repetere contraria actione mandati, ante-
quam dies venerit, in quem mandaveram tibi, ut fidejube-
res. Male Accursius hoc loco ponit, quod miror, me nihil
debuisse Titio: nam si nihil debui,tu quoque nihil debes,
nihil obligaris,& fidejussisti inutiliter, atque adeo quasi in-
debiti soluti condictionem habes. Ponenda est igitur spe-
cies, ut dixi ante. Inde vero mox quæritur,si cum in diem
Titio 100. deberem, tu mandatu meo in eundem diem fi-
D dejusseris, & solveris tamen ante eum diem, an statim tibi
sit in me actio mandati contraria,soluti reciperandi gratia:
anceps quæstio, & quæ varie à prudentibus agitata est,
quod in §.1. hujus legis Paulus indicat, dum ait, *item tra-
ctatum est*. Sunt enim, qui dicant, statim quidem tibi in
me competere actionem mandati, sed non in solidum, id
est, tanti minorem, quanti mea interest superveniente die
solutum fuisse, id est, deducto commodo medii temporis,
ita scilicet, ut si ante diem solveris 100. & commodum
medii temporis, quod tu prævertisti æstimetur 10.non ha-
beas ante diem, nisi residui puta nongentorum repetitio-
nem, contra vero Paulus, cui, ut arbitror,non defuerunt
adstipulatores, melius esse existimat in totum differri
actionem mandati in diem supervenientem. Melius hoc,
inquam, esse,quam statim minorem actionem reddi deinte-
E gratam, deminutamve pro rata commodi medii temporis,
quia & tu ante diem solvere non debuisti, neque compelli
potuisti, *l.16.§.pen.de fidejuss.* Et ideo, quod solveris ante
diem, à me repetere non potes actione mandati, neque id
creditori condicere quasi indebitum, quamvis id solveris
ante diem per errorem facti, quia præsens obligatio fuit,
& solutio tantum collata in diem, sive petitio, *l. in diem,
de condict. indeb. l.51. inf. hoc tit.* Priore casu, qui ponitur
initio hujus legis, ad solvendum compelli potuisti, quia
pure fidejussisti pro me etiam obligato pure. In quo tamen
casu, si differtur actio mandati, ut dictum est; & multo
magis differri debet in hoc posteriore casu, quo ante diem
ad solvendum cogi non potuisti. Idque Paulus melius esse
ait, utiliusque,tam fidejussori meo scilicet,ne quid de sum-
ma

Digitized by Google

A ma soluta deducatur, sed tota ei reddatur, quam etiam mihi, quia nonnullum adhuc commodum meum est. Nonnullum, quod scilicet facilius intelligi, quam explicari potest, ut ne facta illa deductione residuum ante diem solvam. Nonnullum est commodum, inquit, & residuum non solvere ante diem, quod mihi eripitur, si liceat statim fidejussori agere mecum, deducto interusurio medii temporis. Et ita hic §. s. explicandus est; cui tamen vehementer obstat *lex si constante, §. quotiens, solut. matrim.* Si maritus soluto matrimonio statim satisdare non possit mulieri de dote reddenda annua die, quod hodie est legitimum tempus reddendæ dotis, quæ in rebus mobilibus consistit, si, inquam, non possit satisdare deducto commodo medii temporis, statim residuum dotem repræsentare debet, nec differre actionem dotis in annum, etiamsi hoc mulier malit. Idem omnino, ut retuli ante, ut quidam cen- B sebant in specie in hoc §. proposita, deducto scilicet interusurio medii temporis, statim residuam pecuniam fidejussori esse repræsentandam, qui solvit ante diem: cur tamen Paulus id non admittit, ut & in illa specie *§. quotiens*, id admittitur? An ut Accursius sentit, & cum eo DD. omnes, quia ibi maritus, cum ante diem reddendæ dotis satisdare deberet, non satisdedit: An ideo, vel habita ratione interusurii, residuam dotem statim reddere debet, quod non satisdederit, quod non impleverit satisdationem dotis sua die reddendæ? Hæc ratio non est idonea, quandoquidem communis est ratio, & locum habet in utraque specie: nam & in specie proposita in hoc *§. 1.* quæ non minus est bonæ fidei, quam illa. Illa est species dotis: hæc est species mandati, utraque species est bonæ fidei. Ideo potuit à mandatore ante diem exigi satisdatio, ut servatur in omnibus bo- C næ fidei judiciis, *l. 38. pro soc. l. in omnibus, de judic.* Ergo observandum esse censeo ante dictum *§. quotiens*, Ulpian. in *d. l. si constante* egisse de marito inope, & egeno, quive egenus fieri periclitatur, veluti de marito filiofamilias exheredato à patre, à quo dos potest repeti etiam manente matrimonio, ut docuit ante *§. quotiens*; & mox de inope etiam marito Ulpianum agere in *§. quotiens*, qui soluto matrimonio de dote annua die mulieri reddenda satisdare non potest, propter inopiam impendentem sibi, ut frequenter usuvenit, ne quis pro eo fidejubere velit, qui vergit ad inopiam, *l. denuntiatio in fine, ad leg. Jul. de adult. l. 2. de custod. reor. l. 1. §. si cum duobus, de bonor. coll. l. 8. §. penult. hoc tit.* quem maritum, vergentem scilicet ad inopiam, ideo Ulpianus ait statim, non exspectato anno, vel deducto commodo medii temporis, id est, annui spatii re- D siduam dotem repræsentare debere, nec ferendam esse mulierem stultam, si dicat, magis se velle disserte actionem de dote in annum, quam vel tantillum de dote remittere, & pati in repræsentatione deductionem, *de peur qu'on ne luy rogne rien.* Et hodie hoc magis usurpatur, hodie inquit. Olim enim, & in specie dotis ante diem repetendæ idem observabatur, quod in specie hoc loco proposita, pecuniæ solutæ à fidejussore repetendæ ante diem, Paulus servari melius esse censet. Verum, hodie, inquit, aliud usurpatur, quia ex utilitate mulieris magis esse visum est, marito vergente ad inopiam, & ob id nequeunte dotis fidejussores invenire, utilius mulieri, inquam, esse visum est, vel cum deductione modica præsentem dotis pecuniam accipere, quam dilationem pati sub incerto eventu dotis recuperandæ: omne præsens pluris fit, etiamsi quid ei detrahatur, E quam quod futurum est. Est versus Claudiani:

---- *Omne futurum,*
Despicitur, suadentque sui præsentia fructum.

Quia igitur in specie *§. quotiens*, maritus inops fieri periclitatur, ut vel argumentum non inventorum fidejussorum demonstrat, atque pervincit, ideo satius est mulieri deducto commodo annui temporis, residuam dotem præsentem accipere. Hoc utilitas mulieris, utilitas dotis exigit, quæ tamen utilitas in specie, de qua agitur hoc loco, ex parte fidejussoris nulla proponitur, neque enim ponitur debitor dilabi ac divergere ad inopiam. Unde ita concludamus: ubi debitor in diem labitur facultatibus, si non satisdat, utilius est creditori præsentem ab eo pecuniam exigere, deducto commodo medii temporis. Et permittendum utique id ei est, ne in damno moretur. Ubi autem debitor opum integer est, & debitori, & creditori utilius mutuoque est, in diem statutum differre actionem, juxta regulam juris, quæ debiti in diem præsentem obligationem esse ait, & actionem tantum dilatam in diem, actionem non esse præsentem, *§. omnis, Instit. de verb. oblig.* A qua tamen regula est excipiendus casus inopiæ impendentis debitori, qui efficit primum, quod est in *d. §. quotiens*, ut si satisdare non possit debitor, ante diem conveniri possit, saltem deducto compendio medii temporis. Deinde etiam hæc causa inopiæ imminentis debitori efficit id, quod specialiter & singulariter constitutum est *l. 1. C. de condict. ex lege*, ut si debitori fisci ex causa primipili, id est, ex causa, ex administratione annonæ militaris, quæ ad primipilum pertinebat, cujus quidem annonæ præstatio dilationem non patitur, si huic debitori, ut iterum inculcem, nihil aliud supersit in bonis, unde solvat, devorato, aut exhausto patrimonio, nisi nomina quædam debitorum in diem, tum ut illius debitores ante diem conveniri possint, ut satisfiat annonæ militari: ut, inquam, conveniri possint in solidum, hoc casu, etiam non deducto commodo medii temporis. Quæ omnia summe notanda. Explicandus etiam nobis est *§. interdum*, qui sequitur, Si tuum negotium gessi mandatu tuo, mihi in te competit actio mandati, ut recuperem quod impendi in rem tuam, vel qua alia ex justa causa. Sunt multæ causæ agendi contraria actione mandati, sed si meum negotium gessi mandatu tuo, nulla mihi in te competit actio, *l. 2. §. ult. l. 6. §. plane, hoc tit. l. 5. §. idem quærit, depos.* Et hoc quidem verum est regulariter, ei, qui suum negotium gessit mandatu alieno, in mandatorem nullam esse actionem. Interdum tamen evenire Paulus ostendit in hoc §. ut meum negotium geram principaliter, & tamen habeam in te, qui mihi mandasti, ut id gererem, mandati actionem, quia scilicet & meo negotio tuum aliquatenus admixtum fuerit. Hæc est ratio. Et hujus rei duo proponuntur exempla in hoc §. primum est hujusmodi: Mandasti mihi, ut quod mihi debebas, id novandi causa à debitore tuo, quem mihi delegasti, stipularer tuo periculo: stipulatus sum, meum negotium gessi, meam rem, mihi cavi, *l. 12. de novat. l. 9. §. si quis, de condict. causa data*, & tamen mihi in te actio mandati competit in id, quod minus à debitore tuo servare potui: in solidum, si nihil à debitore tuo servare potui, quia tu periculum nominis suscepisti, jussisti nempe, ut stipularer à debitore tuo periculo tuo, & ego quoque hac in te non tantum meum negotium gessi stipulando à debitore tuo, sed etiam tuum, quia te liberavi ex priore causa, ex priore obligatione, facta novatione. Ideoque nec nunc ago in te, si nihil, aut parum à debitore tuo servavero, non nunc ago in te ex priore causa, quæ novatione fuit sublata, sed ago ex causa mandati posterioris, quo tu periculum nominis in te recepisti. Neque quicquam obstat huic parti, vel sequenti *lex licet, §. ea obligatio, de procurat.* quam objicit Accursius, ubi non mirum est, si agatur ex priori causa, non ex mandato posteriore, cum ibi prior causa non fuit sublata, quod latius exposui *lib. 8.* Est enim illa *lex licet* ex *libro 8.* ad edictum. Eadem vero est ratio alterius exempli, quod proposuit Paulus in hoc §. Cum apud me pro Titio fidejussisses, & hoc jure, quod semper obtinuit ante Justinianum, cum mihi esset liberum te, qui fidejussisti eligere, & convenire, omisso Titio debitore principali: tu mihi mandasti, tu me rogasti, ut Titium potius eligerem reum principalem, te dimitterem, ut cum Titio agerem, non tecum. Hoc quoque casu, quamvis agendo cum Titio mandatu tuo, meam rem egerim, meum scilicet debitum persecutus fuerim, tamen quod minus ab eo consecutus fuero, id à te repetam, non quidem ex causa fidejussoria, à qua te sequente mandato liberavi novatione facta, sed ex causa sequentis mandati, quia cum te à priore causa liberaverim, constat satis liquet, me, & meum simul, & tuum negotium gessisse, meum quidem principaliter, sed & tuum simul. Et propterea hi duo casus sunt etiam notati à Paulo in libris ad Plautium, *l. 45. §. ult. hoc tit.* qui Paulus sibi vide-

videtur placuisse in his duobus exemplis explicandis. Et hinc vero ita apparet in illa *l.45. §. ult.* Florentiæ perperam esse scriptum, *Quamvis id mandatum ad tuam rem pertineat*, & rectius alios libros habere, *Quamvis id mandatum ad meam rem pertineat*, qui mandatum suscepi scilicet, tamen mihi his duobus casibus competit in mandatorem actio mandati. Sequitur *§. si hi*. Heri exposui duos casus propositos in *§. interdum legis* 22. quibus ex causa mandati à me suscepti, mihi competit actio mandati adversus mandatorem, quamvis id mandatum ad meam rem principaliter pertinuerit, non ad rem mandatoris. Quorum unus casus hic est. Si debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegarit, ut ab eo stipularer novatione facta. Alter casus hic est: Si mandatu fidejussoris, quem mihi convenire, & eligere in animo erat, cum reo principali experiar. Et circa hunc posteriorem casum movet Accursius hanc dubitationem, quæ necessario mihi explicanda est, quod is ab ea se non potuerit expedire. Mandatum consistit, si acturo mihi cum fidejussore ex stipulatu, fidejussor mandaverit, fidejussor rogaverit me, ut agerem potius cum reo principali, idque me lacturum receperim, & fecerim: quare id quod minus servavero à reo principali, à fidejussore consequi possum judicio mandati: quia egi cum reo principali mandatu fidejussoris: ergo & cum periculo ejus: quæ est sententia hujus §. adversus quam objicit Accursius. Imo, inquit, etiam si tale fidejussoris mandatum non intervenerit, sic legendum in Accursii glossa negate, *non intervenerit*, semper ago cum reo principali periculo fidejussoris, quia quod minus servavero à reo principali, id postea à fidejussore petere possum. Electio rei principalis non liberat fidejussorem. Quam in rem nullam legem adducit Accursius, quia id habet pro certo, atque explorato, quoniam id ita nominatim proditum est de reo principali, & mandatore in *l. reos, C. de fidejussor.* & existimavit Accursius non esse, cur hac in re separetur mandator à fidejussore: An igitur nihil proficit mihi mandatum fidejussoris in specie proposita? an & absque illo mandato idem haberem? Denique an est supervacuum, & inane mandatum fidejussoris? Quod nemo dixerit. Ostende igitur, quod mihi proficiat mandatum illud fidejussoris, qui mihi mandat, ut se dimittam, & experiar cum reo principali: Et primum Accursius ait, proficere mihi mandatum fidejussoris propter præscriptionem triginta annorum, de illa enim intelligit, qua tolluntur actiones personales, quia, inquit, priori actione, id est, actione ex stipulatu, quæ in fidejussorem competit sublata præscriptione temporis, supererit mihi actio mandati ex sequente mandato, si minus à debitore principali consecutus fuero. Quam actionem mandati præscriptio temporis non tam cito sustulerit. Verum huic commento Accursii locus esse non potest: neque enim præscriptione tolli prior actio potest, id est, ex stipulatu, quæ jam sublata est novatione. Mandatum fidejussoris novat primam obligationem, efficitque ut actio ex stipulatu, qua mihi erat obstrictus fidejussor, convertatur in actionem mandati, *l.45. in fine*, *inf. hoc tit.* Et præterea hujus etiam utilitatis, quæ ducitur ex præscriptione temporis, ipsemet Accursius alibi scribit rationem non esse habendam in *l. qui bis idem promisit, de verb. obligat.* Nec ea certe species utilitatis unquam hæc scribenti Paulo venit in mentem, quia necdum introducta erat illa præscriptio triginta annorum. Aliter respondet Accursius, mandatum illud fidejussoris mihi proficere ad consequenda impendia, quæ feci agendo ex mandatu ejus cum reo principali, ut *l. 27. §. impendia, inf. hoc tit.* Quod in hac specie falsum esse puto, quia agendo cum debitore principali, meum negotium gessi. Ergo impendia ad me pertinere debent, vel potius ad debitorem condemnatum, ut plerunque solet victus victori damnari impendiorum in litem factorum nomine, non ad fidejussorem. Ac præterea, ut hic Fulgosius animadvertit etiam impendiorum litis hoc loco Paulus rationem non habuit, sed sortis debitæ tantum, dum ait: Quod minus servaverit creditor à reo principali ex sorte debita, scilicet ex ære capitario, ut veteres vocabant, id enim à fi-

A dejussore mandati judicio consequi posse. Aliter videtur respondere Accursius, idque probante Fulgosio, quod sit utile plures actiones habere in fidejussorem, nempe ex stipulatu, & mandatu, non ut bis idem petat, & consequatur, quod bona fides non patitur, sed ut hac, vel illa actione creditori sit liberum ad suum commodum pervenire. Hoc etiam falsum est: nam, ut dixi, mandato novatur stipulatio. Ergo una tantum actio mandati creditori superest in fidejussorem, nec suppetunt duæ. Et quod Fulgosius adjicit, utiliorem esse creditori actionem mandati, quæ est bonæ fidei, quæque adjicitur creditori, mandante fidejussore, ut cum reo agat, quam actionem strictam ex stipulatu, hoc etiam est falsum. Actio enim stricta, quod sæpissime docui, utilior est, quam actio bonæ fidei. Et hæc est causa contractibus bonæ fidei subjiciendæ stipula-
B tionis, quia judicis potestas in judicio stricto nulla est: includitur enim formula certa. In judicio bonæ fidei tota lis pendet ex arbitrio judicis, quæ res facit sæpenumero, ut noceat nimium litigatoribus gratia, vel ambitio judicis. Et inde etiam in *l. si vendidero, §. si Titius, de furt.* ut & ibi Græci interpretes notant, melior est condictio furtiva, quæ est stricta, quæ ceditur actori, quam actio negotiorum gestorum, quæ est bonæ fidei, quæ proprio nomine ei competit. Missis igitur his interpretum traditionibus, utilitatem hujus mandati, de quo agimus, repetamus ex jure ipso, quod semper obtinuit ante Justinianum, id est, ante *legem ult. C. de fidejuss.* quæ lex hanc olim docet fuisse differentiam inter mandatores, & fidejussores, quod uno ex pluribus mandatoribus electo, lite cum eo contestata scilicet, cæteri non liberabantur, *ut l. amissi pignoris, §. ult. de*
C *fidejuss. l. reos, C. eod. tit.* Uno autem ex pluribus fidejussoribus electo, cæteri statim liberabantur. Et similiter, quod electo reo principali mandator non liberabatur, & contra, *d. l. reos.* At electo reo principali fidejussor liberabatur sola electione, & contra. Quæ differentia & ab ipso Paulo nominatim tradita est *2. Senten. tit. 17. in fine*, his verbis: *Electo reo principali, fidejussor, vel heres ejus liberatur, non idem in mandatoribus observatur*, inquit. Et proficisci videtur ratio differentiæ ex diversitate judiciorum, quia mandato, qui mandavit credi pecuniam alicui, tenetur judicio mandati, quod est bonæ fidei. Et consequenter, quod æquum bonum est, non liberari mandatorem sola electione rei principalis, antequam pecunia debita soluta sit: fidejussor autem tenetur stricto judicio, id est, ex stipulatu: quod si electo reo principali, creditor ma-
D lit stricto jure agere cum reo principali, quam cum fidejussore, eo judicio fidejussor facilius absolvetur. Hæc cum ita sint, inde apparet perquam utile esse creditori, si eligat reum principalem mandato fidejussoris, quia creditori ex ea causa salva est in fidejussorem actio mandati, si suum à reo principali servare non possit. Et non tam electione rei principalis, quam novatione prior stipulationis causa, qua fidejussor tenebatur obstrictus sublata esse intelligitur: stipulatio scilicet versa esse intelligitur in mandatum, quod mandatum si non intervenisset, electione rei principalis fidejussor prorsus liberatus fuisset. Magna igitur est utilitas hujus mandati, quam qui ignoraverunt jus vetus, cernere non potuerunt. Nunc transeamus ad *§. si hi, quorum*.

E AD *§. Si hi, quorum.* Quæritur in hoc §. an mandatum consistat, si cum creditor meus esset, rem, quam ei oppigneravi, jure suo, ob non solutam pecuniam, sub hasta distracturus, ut fit, ego emptorem supposuero, dato mandato, ut eam rem meam licitaretur, & mihi emeret sine cunctatione pretii, quæritur, an mandatum valeat? Et ait quantum ad meram rationem, juris scilicet, mandatum non consistere, quia mandavi fieri, quod fieri non potest: meæ enim rei nulla emptio est, *l. suæ rei, de contrah. emp.* Et meas res manet quam pigneravi: pignus non mutat dominium, *l. cum et sortis, §. ult. de pig. act.* Quamvis creditor, licet non sit pignoris dominus, alii possit rem pigneratam vendendo alienare, quia id facere videtur voluntate meã alii, inquam, vendendo, non etiam mihi: mihi vendit inutiliter, quia rei meæ nulla

emptio est, mihi non alienat, quod jam meum est. Res, quæ mea est, amplius mea fieri non potest. Et ita quantum ad meram & subtilem rationem juris attinet, mandatum consistere non videtur. Verius tamen est consistere, quia etsi emptio non valeat ex mea persona, quod res sit mea; valet tamen ex persona mandatarii. At is alienatam eam rem, & acceptam, mihi mandati judicio obligatur, ut det ex fide bona. Emit igitur eam rem procurator sibi, atque ita rem suam factam, quia alienari potest à creditore, ut dixi, judicio mandati mihi dare compelletur ex fide bona. Meram rationem vocat hoc loco *τὸ ἀκριβὲς*, ut Basilica habent recte, quæ dicunt hoc genus mandati valere, *παρὰ τὸ ἀκριβὲς*, id est, *contra meram rationem juris*. Et ita M. Tul. 3. *de nat. Deorum, ad finem*. *Vehementius*, inquit, *tu quidem invectus es in meram Stoicorum rationem*, nisi forte illo loco legendum est *mediam Stoicorum rationem*, quod ego crediderim, quia Stoici appellati sunt *Ercifcundi*, id est, medium sequentes, apud Servium 3. Æneid. Porro ex hoc §. intelligimus, mandatum consistere in rem, quæ est propria mandatoris jure dominii, videlicet, si eam sibi emi mandaverit, distrahente creditore pigneratitio.

AD §. *Julianus*. In hoc §. intelligimus, mandatum etiam consistere in rem propriam mandatarii: videlicet, si quis ei mandaverit, ut eam rem, quæ ejus est propria, ex parte sibi emeret. Quod evenit in hac specie: pluribus heredibus facturis auctionem rerum hereditariarum, ego uni mandavi, ut certam quandam rem hereditariam, quæ mihi perquam necessaria erat, quam habet communem cum coheredibus, ac proinde, quæ ejus est propria, pro parte hereditaria mihi emeret: ut igitur rem suam pro parte mihi emeret: mandatum consistit, & utrinque nascitur actio mandati: mandatario, qui unus est ex heredibus competit actio mandati contraria, ut pretium ei reddam ex fide bona, quanti eam rem extraneo addicere potuit, quod tanti extraneus eam licitaretur, nec addixit tamen ob id, quod mandatum meum susceperat, mihi autem competit actio mandati directa, si rupta fide mandati, mandatarius eam rem extraneo consentientibus coheredibus addixit: mihi, inquam, tenetur hoc casu directa mandati, ut mihi præstet quanti mea interest eam rem emptam habere, qui si ei fidem non habuissem, accessissem ipsemet ad licitationem, & mihi illam rem emissem, aut alium, qui mihi emisset allegassem. Quæ est sententia hujus §. *Julian.* Igitur in superiori §. ostenditur, rem meam alium recte emere meo mandato, ut eam postea mihi det ex fide bona. In hoc autem §. ostenditur, rem meam me alii recte emere mandatu ejus, rem scilicet meam pro parte: nam rem meam in solidum à quo emerem? Rem meam in solidum non possum emere alii, vel mihi. Rem autem meam pro parte possum alii emere, atque etiam mihi cum tota re, id est, cum partibus collegarum, *l. quod si uno, in fine, de in diem addict. l. qui negotia*, quæ est Africani, & ad Africanum hæc quæstio latius explicata est, *§. ult. & duabus sequentib. inf. hoc tit.* In hoc autem §. *Julian.* illo loco. *Quod heredi præcepisset se ei empturum*, rectius vulgo omnino, *quod heres*, id est, unus ex heredib. *recepisset se ei empturum*, id est, mandatori: mandatario enim non præcipimus, *l. 5. sup. h. t.* His addamus etiam interpretationem *§. is, cujus bona*.

AD §. *Is, cujus*. Hoc loco docet Paulus, mandatum consistere, si is, cujus bona confiscata sunt, fisco ea distrahente, mandet alicui, ut ea emat, & præstet sibi. Quo genere non mandavit sua bona sibi emi: quod si fecisset, etiam ea res mandato impedimento non esset, ut habuimus *sup. in §. si hi, quorum*, sed bona, quæ mando mihi, fisco distrahente, emi, bona mea esse desierant publicatione ipso jure, *l. act. §. pub. pro soc.* Ideo autem ratum est hoc genus mandati, si bona mea, quæ publicata sunt, quæ publicatione etiam desierunt esse mea, fisco distrahente, mandem alicui, ut mihi redimat, quia post publicationem bonorum, non prohibeor alia bona acquirere, & quæ postea acquiro, fiscum non sequuntur. Quod ita procedit, & omnino ita intelligendus est hic §. si bona publicata sunt sine capitis deminutione, salvo statu homine confiscato, ut puta, si relegatus fuerit in insulam, quod quandoque fit publicatis bonis, quo genere capite non minuitur, retinet civitatem, libertatem, familiam; ergo capite non minuitur, & quæ postea acquirit, sibi habet, nec pertinent ad fiscum ullo modo. Atque ita nominatim proditum est in *l. 7. §. ult. de bon. damn.* in l. integra, quæ extat in Basil. & restituta est. Ex quibus jampridem ostendi duos titulos esse mutilos in Digestis (quod nemo unquam existimavit) *tit. de bon. damnat. & tit. de interdictis, & relegatis*. In tit. de bonis damnat. lex 7. manca est, & desiderantur etiam 4. sequentes. Manca est maxime à *§. ult.* in quo nominatim Martianus docuit post relegationem, & publicationem bonorum acquisita bona fiscum non sequi. Et idem proculdubio est, si quæ merces improfessæ, non professæ, uti oportuit apud publicanos fraudandi vectigalis causa, ob eam rem fisco commissæ sint, ut scilicet vendente fisco, possim aliis mandare, ut eas mihi redimat, *l. cotem ferro, §. eam, de publ.* quam hic citat Accurs. Idem etiam potest dici de bonis debitoris fisci, quæ debiti causa fiscus occupavit, *l. pen. §. ult. C. de bon. damn.* Verum quod attinet ad bona quæsita post publicationem bonorum, si quæratur, an fiscum sequantur, an publicentur, an post quæsita etiam publicentur, ita distinguendum est: Aut publicatus quis est, sive confiscatus (sic enim loquuntur) sine capitis deminutione, veluti relegatus, & bona postea quæsita fiscum non consequuntur, nec si relegatus moriatur, sed sequuntur heredem ejus: Aut confiscatus quis est cum capitis deminutione, ut si deportatus fuerit in insulam publicatis bonis, quod fit semper (relegati bona non semper publicantur: at deportati bona semper publicantur, imo semper tacite publicata intelliguntur) deportatus capite minuitur, quia amittit civitatem, & bona, quæ post deportationem acquisivit, eo defuncto fiscum sequuntur, quia alium, quam fiscum heredem habere non potest, cum sit peregrinus, non civis. Et id de deportato est nominatim scriptum in *l. 2. C. de bon. proscript.* hic *§. is, cujus* non loquitur de deportato, sed de publicato, sive confiscato. Potest quis confiscari citra deportationem. Ergo si quis committat hunc *§. is, cujus* cum illa *l. 2. C.* ne dicas quicquam eorum, respondeasve quæ hoc loco tradit Accursius, sed dicas hoc modo, & dices liquido. Lex 2. de deportato loquitur, & ait, *post deportationem quæsita bona mortuo deportato fiscum sequi*. Recte: hic autem *§. is, cujus bona* non loquitur de deportato, sed de confiscato integro statu, veluti relegato in insulam, cujus bona, quæ post condemnationem acquisivit, fiscum nunquam sequuntur. Non est omittendum deportato, qui post deportationem bona quædam acquisivit, quamdiu is vivit, non invideri usum, & fructum eorum: Denique eo tantum mortuo ea fiscum sequi, quod etiam ostendit *l. 15. de interd. & relegatis*, quæ est etiam ex iis, quæ in illo titulo ante Basilica desiderabantur. Sequitur *§. qui ædem*.

AD §. *Qui ædem*. Quod sequitur in *l. 22. §. qui ædem sacram*, apertissimum est, rei turpis mandatum nullum est. Et ideo, si quis mihi mandaverit ædem sacram spoliandam, vel hominem vulnerandum, aut occidendum, & aliquid in hoc facinus impenderim, vel propter hoc facinus, actionem mandati mihi in mandatorem nullam esse: mandatum est contractus bonæ fidei, bona autem fides honesti comes, non inhonesti. Nam & in stricta judicia certum est rem turpem non deduci, neque venire.

AD §. *Si tibi centum*. Sequitur in *§. si tibi centum*, cum actione mandati directa aliquando concurrere actionem furti pœnalem, ut si tibi centum dedi, quæ Titio dares, nec ea Titio dederis, teneris mihi actione mandati, ut ea centum reddas, & hoc amplius, quanti mea interest, Titio forte creditori meo centum data soluta esse, ut *l. 12. §. dedi, h. t.* Et insuper teneris mihi actione furti in duplum, quia pecunia mea abusus es contra voluntatem meam, *l. 7. C. de furt.* nec altera actio per alteram tollitur, quia nec idem utraque persequitur, sed altera rem ipsam, altera pœnam. Et ita evenit sæpe, ut etiam actio furti concurrat cum actione neg. gest. & commo-

mo-

modati, & depositi, & tutelæ, & pro socio, cum omnibus judiciis bonæ fidei, ne dum cum strictis, *l.45.& 46.tit.seq.l. si saccalum, tit.proximo sup. l.3. C.eod. l.si servus, sap. commod.* At ut subjicit Paulus in hoc §. *si tibi centum dederim*, dedi, ut quæ velles Titio dares. Sic recte Florentini, *quæ velles*, non *cui velles*. Et Basilica similiter *οἱ᾽αδηἅων*, *quæcumque*. Si, inquam, tibi dedi 100. ut quæcunique velles Titio dares, in arbitrio tuo posuisse videor, ut vel dares Titio, vel non dares. Itaque sive omnino Titio ea 100. non dederis, sive partem dederis, partem non dederis, ad ea tantum repetenda, quæ non dedisti, mihi superest actio mandati, non actio furti, quia furtum mihi fecisse non videris, qui rem omnem feceram tui arbitrii. Hæc est sententia hujus §. Et quod ad concursum attinet furti, & mandati actionis, quem priore casu Paulus admittit, perperam objicitur *l. 1. C. de fur.* in qua hic concursus harum actionum non admittitur, quia longe ab hoc casu diversus est casus illius legis: ibi enim mandatu servi quidam pecunia domini, non pecunia peculiari prædia emit, sciens servum non habere voluntatem domini, non voluntate domini eam pecuniam erogari in emptionem prædiorum: quem eo nomine lex ait, domino teneri actione furti, quod ejus pecuniam contrectaverit invito domino, videlicet, si dominus servi mandatum ratum non habeat, sed si ratum habeat, teneri eum duntaxat actione mandati, ut prædia, quæ emit pecunia domini, domino præstet. Hic vero longe alia ponitur species, procuratorem nempe pecuniam accipientem à domino, ut eam L. Titio numeraret, si ea abutatur, & consumat in suos usus, nec L. Titio numeret, ut rogatus est, & mandati fidem violare, & furtum pecuniæ facere. Idcirco utroque judicio teneri. Et diversitas casuum in eo consistit, quod in specie *l.1.C.de furt.* mandatum servi impletum est, emptis prædiis pecunia domini, quod si probat dominus, & ratum facit, nullum residet furti crimen. In specie autem hujus §. mandatum non est impletum, quod & in illa specie legis primæ, si non esset expletum, ob eam causam sane concurreret etiam actio furti cum actione mandati, domino approbante mandatum servi. Et ita hæc explicanda sunt.

AD *§. Si mandaverim*. Hujus §. sensum reddere facilem, quamvis sit difficile, id tamen conabor præstare. Servum tuum actorem rerum tuarum rogavi, ut quod tibi debeo, tibi solveret meo nomine, sumpta ab alio pecunia mutua, quod se facturum recepit. Et mox pecuniam mutuatus, rationibus tuis, super quas positus erat, intulit pecuniam, quam mutuatus erat, quasi à me sibi solutam: servo actori quod domino debetur solvitur recte, *l. solutam, de solution.* Verum non ideo minus quæritur hoc loco, an ego à te sim liberatus, & an tibi competat in me actio mandati ob id, quod meo mandatu servus tuus pecuniam mutuam sumpserit: an, inquam, tibi competat in me actio mandati, ut, quod recte Azo ait, te liberem ab actione mutui de peculio, quia creditori teneris, qui mutuam servo tuo pecuniam dedit. Hæc est quæstio hujus §. quam ut definiat Paulus ita distinguit: Aut à creditore pecuniam servus tuus accepit tuo nomine, ut scilicet eam tibi solveret pro me, aut non eam accepit in eum finem, sed in aliam rem quamcumque. Hoc casu, id est, si servus tuus pecuniam mutuam non accepit, ut tibi eam meo nomine solveret, & solverit eam tamen tibi, aut rationibus tuis intulerit, quod idem est, ego non liberor, quia servus eam pecuniam tibi statim acquisivit, nec potuit tuam pecuniam tibi solvendo me liberare. Ratio est verissima: ego etiam tibi non teneor actione mandati, ut te liberem ab actione de peculio, quia creditori teneris ex contractu mutui, quod ab eo creditore servus accepit sibi, quia meum negot. gest. non est, quandoquidem liberatus non sum ab obligatione, qua tibi sum adstrictus. Illo autem casu, id est, si à creditore mandatu meo servus tuus pecuniam mutuam accepit tuo nomine, ut scilicet eam tibi pro me, vel quod idem est, meo nomine solveret, & solverit, ego liberor; quia pecunia à me profecta videtur, quia mea pecunia tibi soluta videtur, *l. si paterfam. §.1. ad SC. Macedon.* Et consequenter, quia ego liberor, quia pecunia à me profecta videtur, quasi meo negotio gesto, tibi teneor, ut te liberem ab actione mutui de peculio, pecunia soluta creditori: & subjicit Paulus, *non referre, alius quis, an idem ipse servus nomine tuo, quod pro me solvebatur, acceperit*. Quæ verba sunt adeo obscura, ut non intelligantur ab interpretibus. Sensus hic est. Servo tuo mandatum dedi, mandavi, ut mutuam pecuniam sumeret tuo nomine, id est, ut eam tibi mox pro me solveret: is mandatum meum secutus à L. Titio mutuam pecuniam tuo nomine rogavit, quam tibi scilicet solveret meo nomine, qui eam tibi debeo. Nihil refert, inquit, eam pecuniam à L. Titio creditore ipsemet servus acceperit, qui mutuam rogavit, an aliquis eam à L. Titio acceperit, si modo in hoc acceperit, ut continuo ea pro me tibi solveretur. Hoc enim sufficit, ut ego tibi soluta pecunia liberer, quia mea pecunia fuisse videtur, quæ pro me data est, ut tibi creditori meo solveretur. Imo & ego eam tibi solvisse videor, *l. qui mandat solvi, ipse solvere videtur, de sol.* Proinde, quia ego liberor scilicet, & tu in me habebis actionem mandati, ut te liberem ab actione mutui de peculio, quia pecunia illa mutua liberavit me obligatione, qua tibi devinctus eram. Nihil est apertius. Sequitur alia species in *§. fugitivus*.

AD *§. Fugitivus*. Fugitivus, inquit, meus, cum apud furem esset: furem vocat eum, qui fugitivum cælat, *l.1. in principio, de fugitivis.* Quamobrem & ex Sabino Jurisconsulto Gellius refert *11. c.8. furem esse hominis judicatum*, eum, qui, cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ tanquam se amiciens ne à domino videretur, obstitisset: nam & hoc genere cælatur fugitivus. Cum igitur, & hæc est species hujus §. fugitivus servus meus esset apud furem, pecuniam quæsivit, pecuniam corrasit aliunde, & ex ea servos comparavit, eosque Titius voluntate, sive rogatu servi, sibi traditos à venditore accepit. Titius tertius quidam, ut glossa ait recte. Ex pecunia igitur quæsita apud furem fugitivus servos emit, qui Titio traditi sunt à venditore, voluntate vel rogatu ipsius servi: Titius mihi tenetur actione mandati, quasi quæsita mihi per fugitivum servum meum, ut scilicet eos servos præstet mihi, quia fugitivus meus Titio mandasse intelligitur, ut eos servos à venditore per traditionem acciperet. Et sicut nihil interest, venditor tradat, an alius voluntate venditoris, *§. per traditionem, Instit. de rer. divis.* ita nihil interest emptori tradatur, an alii voluntate emptoris. Sed si (qui est alius casus) sine voluntate fugitivi servi mei, qui eos servos emerat, venditor eos Titio tradiderit, venditor mihi tenetur actione ex empto, quasi quæsita mihi per fugitivum servum meum, ut oblato pretio convento servos venditor mihi tradat, quos tamen si forte venditor per errorem Titio tradiderit, quem forte existimabat habere mandatum à servo, ipse poterit proculdubio à Titio repetere per condictionem indebiti. Cæterum mihi hoc casu quæsita est per fugitivum servum meum actio ex empto, non actio mandati, quia nullum servi mandatum intercessit de re tradenda Titio. Denique est male tradita Titio, & integra mihi est in venditorem actio ex empto. Retro tamen venditori errore cognito, integra etiam erit condictio indebiti. Et ita quoque in specie *l. cum fundus, §.1. de reb. cred.* quam valde illustrat species hujus §. Si servus meus, quem tu bona fide possidebas, hominem emerit ex peculio ad me pertinente, non ad te, & is homo, quem emit, tibi traditus sit per errorem, cum venditor existimaret, te esse dominum emptoris, id est, servi, qui emit hominem, hoc etiam casu venditor tenetur mihi actione ex empto, ut hominem tradat, quæ actio mihi quæsita est per servum meum, quia hominem emit de peculio ad me pertinente. Venditor autem adversus te habet condictionem indebiti. Duæ sunt species, in quibus idem jus obtinet. Et nihil est præterea in *§. fugitivus*. Restant adhuc duo §. pen. & ult.

AD *§. pen.* Illud ad §. pen. præcipue adnotandum est; Bonis debitoris, qui decoxit, & foro cessit, distrahendis sub hasta (distractio enim proprie dicitur de hasta) curatorem constitui

stitui solere, vel à prætore ex consensu majoris partis creditorum, *l. 2. de curat. bon. dando*, vel sine prætore, privato consilio creditorum omnium, majorisve partis, ut *l. ult. eod. tit.* Et hoc quidem modo, si præsentes creditores absentibus aliis quibusdam curatorem creaverint, & curator contemplatione omnium creditorum tam præsentium, quam absentium venditionem bonorum fecerit, quæritur, qua actione ab eo creditores consequi possint pro rata parte sui cujusque debiti pretia, quæ ex venditione bonorum contraxerit, sive redegerit: Et ex veterum sententia docet Paulus in *§. pen.* iis quidem, quibus præsentibus, & mandantibus curator factus est, peracta venditione bonorum adversus curatorem competere actionem mandati, ut præstentur pretia, quæ ex venditione contraxerit pro rata parte sui cujusque debiti, ut dixi, quia præsentes, qui hunc curatorem fecerunt, mandasse ei videntur, ut venditionem bonorum faceret: absentibus autem creditoribus, qui idem mandasse curatori videri non possunt, non mandati, sed negotiorum gestorum actionem competere. Et hoc, ut dixi, si curator omnium creditorum contemplatione ad venditionem bonorum accessit, si omnium creditorum negotium gerere in animo habuerit: Nam si præsentium tantum creditorum, qui mandaverunt, mandatum intuitus sit, si præsentium tantum amicitia ductus, hoc negotii administraverit, nullam, ut ait, in eum absentes actionem habent, quorum negotium non gessit. Quod etiam probat *d. lex ult.* quam frustra tamen huic §. objicit Accursius, dum scilicet ea lex ait, *si præsentes creditores elegerint curatorem unum, per quem bona debitoris distraherent, & mox emerserit alius creditor, qui ignorabatur, huic adversus curatorem si bona vendiderit, nullam actionem esse, sed prævenire hunc debere, & bona debitoris una cum curatore vendere*: ut subjicit in ea l. Consentit ergo illa lex ult. cum hoc §. omnino. Stet igitur hæc sententia: Si curator, cui præsentes mandaverunt venditionem bonorum debitoris, mandatum duntaxat eorum intuitus sit, absentes neque mandati, neque negotiorum gestorum cum illo actionem habere. At rursus quæritur, an hoc casu, si absentibus nulla in curatorem competit actio, saltem absentes in præsentes, qui mandaverunt, agere possunt, ut pro debiti sui portione rata recipiant, quod ex venditione bonorum redactum est? Et si quidem, ut Paulus docet, præsentes in eligendo, & creando curatore, & mandanda distractione bonorum debitoris, etiam absentium creditorum, quorum non erant ignari, negotium gerere instituerint, proculdubio absentibus eo nomine tenentur directa actione negotiorum gestorum: Sin vero suum tantum præsentes in ea re negotium gesserunt, puta cum existimarent se solos esse creditores, nec quicquam de absentibus cogitarent, tum absentibus tenentur actione in factum, inquit, id est, utili actione negotiorum gestorum. Ut sit directa negotiorum gestorum actio necesse est, ut animus gestoris fuerit, meum gerere negotium, & ut re quoque ipsa meum negotium gesserit. Ut autem sit utilis actio negotiorum gestorum, meum negotium gessisse reipsa, gesto ipso satis est. Quæ est sententia hujus §. Neque huic postremæ parti hujus §. quicquam obstat *l.6. §. si quis ita, de neg. gest.* quam opponit Accurs. Cujus §. sentent. hæc est: Mandavi L. Titio, ut meum negotium gereret, quod arbitrabar in totum esse meum, cum esset mihi tecum commune. Et ait, *Si L. Titius sciens tecum esse commune negotium, tuum etiam negotium gesserit, si eo animo fecerit, ut & meum, qui mandavi, & tuum negotium gereret, eum tibi teneri actione negotiorum gestorum.* Quomodo etiam intelligenda est *lex* 14.*C.eod. tit.* Maritus mandavit L. Titio, ut suum negotium gereret, quod ei erat commune cum uxore. L. Titius & mariti, & uxoris negotium commune gessit: Sciens igitur id esse commune, idcirco mulieri merito tenetur actione negotiorum gest. Hoc vero cum hoc §. nihil pugnat. Cajus, Sejus, Mævius creato curatore bonorum debitoris nostri, ei mandavimus, ut ejus bona distraheret existimantes, nos solos esse creditores, cum & alii quidem absentes creditores essent: si curatori scienti etiam absentium negotium gerere animus fuerit, non negat hic §. eum absentibus, & vicissim absentes ei teneri actione negot. gest. sed si negotium se tantum præsentium gerere existimaverit, si in eodem errore versatus fuerit, eademve ignoratione, hoc casu ait, absentes in curatorem quidem, qui de absentibus nihil cogitavit, de quibus nec præsentes quicquam cogitaverunt, nullam habere actionem, quod & *d.l.ult.* confirmat, sed in præsentes, qui mandaverunt, habere utilem, sive in factum neg. gest. actionem, in quantum locupletiores facti sunt pro partibus ad absentes pertinentibus, neque enim æquum est, ut id lucrentur: datur absentibus in præsentes creditores actio in factum, id est, utilis negotiorum gestorum: quia re ipsa & absentium quoque negotium gestum est: actio in factum, id est, utilis negotiorum gestorum, *ut in l.12.§.si filiosamil.2. h.t.* Actio in factum, id est, utilis mandati. Omnis actio in factum est utilis, *l. in factum, de obl. & act.*

AD *§. Vlt.* In §. ult. quod Paulus scripsit in libro 29. *supr.* voluntatis esse mandatum suscipere, aut non suscipere, necessitatis susceptum consummare, in hoc, inquam, libro, & §. idem repetit: sicut, inquit, liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummare necessarium est. Sed addit exceptionem, *nisi renuntiatum sit*, quod fit si mandatori mandatarius quamprimum causa adhuc integra renuntiaverit, quum adhuc scilicet est integrum mandatori illud negotium per se, vel per alium explicare commode: si, inquam, re integra ei renuntiaverit, se illud negotium non explicaturum, se illud negotium explicare non posse: aut, si, inquit, redundet in eum captio, qui suscepit mandatum, sic loquitur Paulus, ut formulæ exceptionum concipi solent, hoc sensu: *aut, si quamprimum, & opportune id mandatori mandatarius non renuntiavit, redundet omne damnum, omnis captio*, id est, omne damnum, omnis fraus, ad eum, qui mandatum suscepit. Etenim si cum ei mandatum esset, ut rem aliquam emeret, quæ venalis erat, dolo, vel culpa sua sine justa causa non renuntiaverit mandatori, se eam non empturum, & emerit eam alius, cui ille forte, vel pecunia accepta, vel gratia ductus, cessit, in *l.8.§.ult.h.tit.* vel etiam, si mandatori per fraudem intempestive renuntiaverit, cum jam mandator eam rem per se, vel per alium recte emere, id est, vili, aut justo pretio emere non posset, licitationibus aliorum supra modum adaucto pretio: eo nomine mandatarius tenetur mandatori actione mandati in id, quod interest: priore casu, quod dolo, aut culpa sua in tempore non renuntiaverit se non empturum: posteriore casu, quod id tardius renuntiaverit supra modum adaucto pretio rei, ut jam non possit per se, vel per alium eam rem mandator bene emere. Recte autem *bene emere*, est minore pretio emere: ut contra *male emere*, aut immenso emere pretio, pretio pretioso: male conducere in Amphytrione Plauti eodem sensu. Justæ autem causæ omittendi, & renuntiandi mandati de re integra eæ enumerantur in *l.23.&* 24. adversa, & subita valetudo mandatarii, & inimicitia capitalis, quæ inter eum, & mandatorem forte fortuna exorta sit, & si actiones, quæ mandatæ sunt, inanes sunt propter inopiam debitorum, *l.pen.de cond.causa data, l.6.de dol.mal.* Addit etiam Paulus aliam causam lib.2. *sent. tit. de mandatis*: necessariam peregrinitatem, ut si mandatario necesset sit aliquo proficisci peregre Reip. causa.

Ad L. XXVI. eod. *Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est. Nam mandatum solvitur morte, si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Julianus quoque scripsit, mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare.*

Ad §. Si quis *debitori suo mandaverit, ut Titio solveret, & debitor mortuo eo, cum id ignoraret, solverit, liberari eum oportet.*

Ad §. Abesse *intelligitur pecunia fidejussori, etiamsi debitor ab eo delegatus sit creditori: licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.*

Ad §. Si is, *qui fidejussori donare vult, creditorem ejus habeat debitorem suum, eumque liberaverit: continuo aget fidejussor mandati: quatenus nihil intersit, utrum nummos solveris creditori, an eum liberavit.*

Ad §. Præterea *sciendum est, non plus fidejussorem consequi debere mandati judicio, quam quod solverit.*

Ad §. Mandatu *tuo fidejussi in decem, & procuratori creditoris solvi. Si verus procurator fuit, statim mandati agam. Quod si procurator non est, repetam ab eo.*

Ad §. Non omnia, *quæ impensurus non fuit, mandatori imputabit: veluti, quod spoliatus sit à latronibus, aut naufragio res amiserit: vel languore suo, suorumque adprehensus quædam erogaverit: nam hoc magis casibus, quam mandato imputari oportet.*

Ad §. Sed cum servus, *quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset: Neratius ait, mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxæ dedatur: si tamen sine culpa tua id acciderit. Quod si ego scissem talem esse servum, nec prædixissem, ut possis præcavere: tunc quanti tua intersit, tantum tibi præstari oportet.*

Ad §. Faber *mandatu amici sui emit servum decem, & fabricam docuit: deinde vendidit eum viginti, quos mandati judicio coactus est solvere: mox quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est. Mela ait, non præstiturum id ei mandatorem: nisi, posteaquam emisset, sine dolo malo ejus hoc vitium habere cœperit servus. Sed si jussu mandatoris eum docuerit, contra fore: tunc enim, & mercedem, & cibaria consecuturum: nisi si, ut gratis doceret, rogatus sit.*

ET idem Paulus ex hoc ipso lib. 32. in *l. 26.* ad quam transeo, adjicit aliam causam justam omittendi mandati, & vero necessariam, mortem mandatoris: Quia morte mandatoris solvitur mandatum re integra, sicut & mandatarii morte, negotio nondum inchoato, *l. ult. de solut. l. mandatum, C. mand.* Quod etiam obtinet in mandato jurisdictionis. Mandata jurisdictio finitur morte mandantis, quæ contigerit re integra *l. 6. de jurisd.* Re, inquam, integra: nam vivo mandatore inchoatum negotium, etiamsi mox mandatoris mors supervenerit, deseri, vel dimitti non potest, *l. nulla, C. de procur.* Quam legem Symmachus intelligit 1. *Epist.* 18. dum ait, *venerabilis Juliani sanctio:* est enim illa lex Juliani Imper. *stare procuratorum jussit officia dominis viventibus inchoata.* Re autem integra morte mandantis solvitur mandatum: morte, inquam, naturali, vel civili, in *l. cum quis, de solut. l. post litem, de procur.* nisi scilicet, hoc enim semper excipiendum est, mandatum sit factum in rem mandatarii, ut si mandata ei sit actio, quam emit, vel actio, quæ ei donata est, quo genere est mandatarius, sive procurator in rem suam, nomine scilicet ei vendito, vel donato, quod mandatum non finitur morte mandatoris, *l. 1. C. de oblig. & action. l. illam, C. de donation.* Sic igitur dicamus plenius: mandatum in rem mandatoris, morte mandatoris naturali, vel civili, re integra dissolvitur: & negotium susceptum, necdum inchoatum mandatarius omittere debet, cognita morte mandatoris. Sed, ut subjicit Paulus in hac *l. 26.* si forte ignorans mandatarius mortem mandatoris, negotium mandatum explicaverit, ei succuritur data actione mandati in heredem mandatoris, si quid impenderit in illud negotium. Et hoc est, quod dicitur, morte quidem solvi mandatum: sed non solvi actionem mandati, vel obligationem, *l. si præcedente, inf. h. t.* Eademque ratione, si debitori meo mandavero, ut pecuniam mihi debitam Titio solveret, & post mortem meam, cum id ignoraret, solverit Titio, proculdubio liberatur, *l. ejus, qui in provincia, de reb. cred.* Hæc sententia utilitatis causa recepta est, quæ mater dicitur esse æqui, & boni, ne cui justa, & probabilis ignorantia noceat, si sciens mortuum esse mandatorem, negotium mandatum inchoaverit, & aliquid in id impenderit, id sibi imputet.

AD §. *Abesse.* Sequitur in §. *abesse* hujus l. fidejussori, qui solutionis vice ei, apud quem fidejussit pro alio, debitorem suum delegaverit, qui ei promitteret stipulanti, se soluturum novatione facta, statim competere actionem mandati, perinde atque si pecuniam solvisset adversus reum principalem, quia delegatio pro solutione habetur. Solvere videtur, qui creditori suo debitorem suum delegat. Nec quicquam refert, si is debitor, quem delegavit solvendo non sit. Nam sicut dicitur hereditas esse solvendo, quamvis non sit solvendo, quæ invenit heredem, qui eam adierit, *l. libertus, qui solvendo, de bon. libertor.* ita debitor solvendo videtur esse, quem delegatum creditor admisit. Et eleganter, inquit, bonum nomen facit creditor, qui admittit, qui recipit debitorem delegatum, quamvis non sit bonum, quamvis sit pessimum nomen. Et hoc ita procedit, nisi periculo suo fidejussor debitorem suum delegaverit, ut *l. 22. §. interdum, sup. h. t. l. 45. §. ult. inf.* Quia tunc delegatio pro solutione non habetur: neque enim dum liberatur fidejussor, quia fieri potest, ut creditor à debitore delegato nihil recipiat, quo casu ei regressus est adversus fidejussorem. Item, quæ est alia exceptio, nisi creditor deceptus per ignorantiam fuerit: non dico *per dolum delegantis*, sed *per ignorantiam*, *per errorem*, quia existimavit bonum esse nomen, quod erat malum, quod ei delegabatur. Nam & hoc casu æquum est, ne delegatio liberet delegantem: æquum est, ut sit creditori integra actio adversus delegantem, quod per errorem existimaverit, locupletem debitorem sibi delegari, qui egenus erat. Et hoc confirmatur *l. si cum dotem, §. si mulier, sol. matrim. & l. promittendo, §. si à debitore, de jure dot.* quæ non abs re ait, *tunc bonum videri nomen esse, quod admisit creditor sibi delegatum, sciens quale esset nomen.* Ignoranti etiam subveniri æquum est.

AD §. *Si is, qui fidejussori.* Quæ restant in *l. 22.* jam absolvam, & expediam. Didicimus ex §. *abesse*, solvisse videri fidejussorem, qui creditori, apud quem fidejussit pro alio, delegavit debitorem suum, ut novatione facta obligationis, is ab eo stipularetur sibi dari, & stipulatus fuerit, quamvis debitor ille solvendo non sit, si modo creditor sciverit, aut (quod idem est semper in jure) scire potuerit, vel debuerit, facultates delegati debitoris: nam erranti, & ignoranti ex justa causa subveniri æquum est, restituta pristina actione adversus fidejussorem. Quod satis abundeque pervincunt duæ leges, quas in eam rem attuli nudiustertius, *l. promittendo, §. si à debitore, de jure dot. & l. si cum dotem, §. si mulier, soluto matri.* Et omnino res hæc dirimi debet facta differentia, & distinctione inter scientem, & ignorantem creditorem, modo justa fuerit ignorantia, non crassa, non supina, quia crassa ignorantia pro scientia habetur semper in jure. Post §. *abesse*, statim in §. *si is, qui*, ostenditur, solvisse etiam videri fidejussorem, si creditor, apud quem fidejussit, quanta pecunia ei debetur, tantum debeat L. Titio, quam L. Titius ei acceptam faciat, dum vult donare, non ei quidem, non reo principali, sed fidejussori amico suo: quia nihil interest solverit pecuniam, & numeraverit pro fidejussore, an creditorem, cui fidejussor obligatus est, pari obligatione, & pecunia liberaverit in gratiam fidejussoris. Et ideo perinde, atque si pro fidejussore solvisset reipsa, ut *l. 12. §. 1. h. t.* fidejussor confestim agere potest actione mandati adversus reum principalem, cujus mandatu fidejussit, ut ab eo recipiat id, quo is à creditore liberatus est. Quæ est sententia §. *si is, qui*, cui nihil obstat, quod est in principio dictæ l. 12. si creditor donandi animo fidejussori remiserit obligationem, fidejussorem non habere mandati actionem adversus reum principalem. Hoc enim ideo, quia fidejussor non potest videri solvisse debitum, quod ei donationis causa creditor remisit, alioquin non esset donatio. Et in specie hujus §. solvisse videtur id, quo vel ipse, vel alius pro ipso liberavit creditorem. Hoc enim casu creditor liberationem consequitur, & quanta pecunia liberator, tantam capere videtur, *l. 2. de calumn.* In illo autem casu l. 12. *in principio*, creditor, qui fidejussorem donandi causa liberavit, nihil plane consequitur, nihil capit: ergo nec fidejussor quicquam ei dedisse videtur. Non obstat etiam, quæ posset objici *lex in rem, §. 1. de compensat.* ex qua intelligimus non cogi creditorem, qui cum debitore suo agit, compensare quod alii, quam debitori, quo cum agit, debet: etiamsi id velit ille, cui debet, forte habens voluntatem donandi ei, cum quo creditor illius, & debitor suus agit. Et sane ita est: compensatio enim est mutui debiti actoris, & rei collatio, sive contributio. Mutuum autem non est debitum actoris, & rei, quod conferri, & contribui possit, si actor nihil vicissim debet

reo,

reo, sed alii, cum quo non agit, quo tamen volente, si compensatio admittatur, si agens cum debitore suo, vel fidejussore ejus ultro compensaverit, cogi non potest, quod alii, cum quo agit, non debuit, proculdubio fidejussor solvisse videbitur, & habebit actionem mandati in reum principalem. Denique ita hæc omnia concludi possunt; delegatio debitoris etiam non idonei, si creditor scivit, aut scire potuit, vel debuit facultates delegati debitoris, pro solutione habetur, ut *§.abesse, sup.* Item liberatio debitoris, quam creditor fecerit contemplatione debitoris sui, cui donatum volebat, etiam pro solutione habetur, ut in *§.si is, qui.* Adde compensationem ejus, quod alii creditor debet, quam debitori, cum quo agit, si eam admiserit creditor voluntate sui debitoris, pro solutione haberi, quod dixi paulo ante ad *l.in rem, §.1.* Proinde nihil refert, solverit quis pro me, an vice mea se obligaverit creditori meo, novatione facta, an mei gratia liberaverit creditorem meum, eundemque debitorem suum, an cum mecum ageretur, pro me compensaverit volenti actori quod ei actor debuit. Nam his omnibus casibus ego solvisse videor, & si fidejussor fuerim, continuo regressum habeo adversus reum principalem per actionem mandati, ut id, quod solvisse videor, ab eo recipiam, ita tamen, ut non plus recipiam quam solvi, aut solvisse videor, quod statim subjicitur in *§.praeterea.* Itaque, ut quod ait *§.praeterea* accommodemus ad superiora duo exempla fictitiæ solutionis: si fidejusserim in 100. & debitor, quem delegavi creditori, debuerit mihi octoginta tantum: vel si creditor, apud quem fidejussi in 100. alii debuerit 80. sicut si 80. tantum re ipsa solvissem, etiam amplius à reo principali consequi non possum. Nihil autem interest, ut statim sequitur in *§.mandato*, creditori solverim, an creditoris vero procuratori, *l.vero, de solut.* Nam si vero procuratori solverim, statim mandati agam: non item, si non vero procuratori, si falso procuratori, sed adversus falsum procuratorem, cui solvi, agam vel condictione indebiti, vel condictione ob rem dati, vel condictione furtiva, secundum distinctiones propositas in *l.si procuratori, de condict. ob causam, & l.falsus, §.1. & l.si vendidero, §.si Titius, de furt.*

AD *§. Non omnia, & §. penult.* Sequitur in *§.penult.* mandatarium non omnia actione mandati contraria recuperare impendia, quæ fecit in administratione negotii alieni, quæ alioquin facturus non erat, nisi si qua naufragio, ut ait, dum peregre proficiscitur alieni negotii causa, quod suscepit, aut prædonum incursu amiserit, aut si qua interim, dum administrat alienum negotium consumpserit in morbo suo, vel suorum. Nam hæc impendia, sive damna, casibus adversis, & majoribus magis, quam mandato negotio imputari oportet, nec ea facta sunt exequendi mandati causa, sed extra mandati causam contigit ut fierent. Quo exemplo etiam Doctores statuunt, si quis pro propria sua legatione suscepta ad principem in itinere à latronibus spoliatus fuerit, hujus rei damnum patriæ suæ imputari non posse, quia accidit extra mandati causam, & non mandato proxime imputari potest, sed casui, & vi majori, eventui fortuito, qui & forte ei evenisset, rem suam, non alienam agenti. Et Joanni Andreæ, Doctori juris canonici Bononiensi, quem ad Pontificem maximum, tum Avenione sedentem, legatum miserat Ægidius Cardinalis, & Commune Bononiensium, cum in reditu, non procul à Ticino in prædones incidisset, & ab iis expoliatus fuisset, referunt ita censuisse collegium Doctorum Bononiensium argumento hujus §. periculum ad Joannem respicere, non ad Rempublicam, quasi nihil pertineat ea res, quæ contigit, ad mandati causam, & fortunæ imputanda sit, non mandato negotio. Quod sane notandum est. Verum longe alia est ratio unius socii ex pluribus communi nomine missi ad nundinas, ad negotiationem, si deciderit in prædonem, & perdiderit pecuniam, & res proprias, & servi ejus vulnerati fuerint, in quorum curationem impensas fecerit: nam hoc damnum commune sociorum omnium, quia non lucri tantum, sed & damni societas contracta est, *l.52. §.quidam, & l.62.sit.seq. pro soc.* At mandatarius ea tantum impendia repetit actione mandati, quæ fecit exequendi mandati gratia, sine quibus mandatum exequi non potuit, ut si suis nummis mandatu meo aliquid comparaverit, *l.seq. §.impendia:* vel si quos alios sumptus in rem mandatam ea justa ratione fecerit, *l.45. §.pen. infr.* Item si servus certus, quem emit mandatu meo, puta si mandaverim, ut mihi Stichum emeret, si, inquam, Stichus furtum ei fecerit, actione mandati consequitur, ut vel quanti ejus interest præstem, vel servum noxæ dedam: quasi noxales actiones insunt omnibus bonæ fidei judiciis. Idque fusum est per totam *legem si servus communis, de furt.* Et hoc quidem ita procedit, si ego, qui mandavi mihi Stichum emi, ignoraverim Stichum esse talem, esse furacem. Æquum enim videtur, ut si ignoravi, liberer noxæ dedendo servum, nec invitus cogar damnum pro eo decidere. Et rursus hoc ita procedit, si sine culpa mandatarii furtum ei fecerit servus, quem mandatu meo emerat. Quid enim si rerum suarum mandatarius nimis negligens fuerit, & rapta occasione servus aliquam rem ei subripuerit, occasio adjuvat consilium, vel, ut Ennius loquitur apud Festum, *occasus*, pro occasione, *juvat res*. Occasio homines in delictum trahit. Nec ineleganter Pachymerius, *occasionem esse animam actionum.* Hoc igitur casu, si culpa sua, si dissoluta nimis negligentia sua mandatarius furto rem amiserit, quod is servus fecit, quem mandatu meo emerat, eo nomine profecto nullam in me habet actionem, sive sciverim, sive ignoraverim, talem esse servum, *d.l.si servus communis, §.circa*, in illo loco, *hoc ita puto*. At si culpa mandatarii abest, Paulus ita distinguit: Aut ego ignoravi, talem esse servum, quem emi mandabam, & liberabor mandatario pro noxa relinquendo servum. Aut scivi talem esse servum, nec id mandatario prædixi, ut præcaveret, & tunc eo nomine omnimodo teneor actione mandati contraria in id, quod interest, nec liberor noxæ dedendo servum, denique teneor in solidum detracta noxæ deditione. Distinguit igitur Paulus inter scientem, & ignorantem apertissime in hoc §.pen. Verum hæc distinctio subruitur ad Africanum in *d.l.si servus communis, §.quod vero.* Ait quidem æquam esse hanc distinctionem, sed æquius esse (facit gradus æquitatis in illa *l.*) etiam ignorantem talem esse servum, quem emi mandavi, mandatario furtum passo ab illo servo, teneri in solidum, detracta noxæ deditione, ne procuratori officium suum sit damnosum. Et ita, quum huic §.pen. objicitur *d.l.si servus communis, §.quod vero*, non est aliud respondendum, quam quod primo loco scripsit Accursius in hunc locum: quod est scriptum in *l.si servus communis*, esse ex æquitate, & quidem ex æquitate summa, ex majori quadam æquitate. Quod vero hic est scriptum, non quidem esse ex rigore, ut ait, sed ex minori quadam æquitate. Africanus diligentius rem totam inspexit, quod ad Africanum explicatur etiam diligentius. Sequitur §.ultim. hujus legis.

AD *§.ult.* Ex quo intelligimus, etiam mandatarium actione mandati contraria consequi posse empti servi mandatu alieno cibaria, quæ impendit (hoc est notissimum) ac præterea mercedem doctrinæ, si forte exempli gratia, cum mandatarius, sive procurator faber esset, jussu mandatoris servum emptum ejusdem jussu fabricam docuerit, & cibaria recipiet hoc casu, & mercedem doctrinæ. At si faber mandatu alieno servum emerit 10. eumque sine jussu mandatoris fabricam docuerit, non potest mandatori reputare doctrinæ mercedem, quia id ut faceret jussus, vel rogatus non est, excessit mandatum, mandatum ei est, ut servum emeret, non etiam ut emptum doceret artem suam. At finge: idem mandatarius, cum ultro injusso mandatoris servum coemptum fabricam docuisset, atque ita eum fecisset pretiosiorem, mox eum vendidit viginti, altero tanto pluris, quam emisset: nam emerat 10. tantum, ut posui: judicio mandati directo cogitur mandatori illa 20. solvere, non reputata mercede doctrinæ, quia id jussus non erat ut servum doceret. Nunc inde oritur hæc quæstio. Vendidit, ut dixi, mandatarius servum 20. & mandatori præstitit 20. solvit illa 20. postea emptor, qui servum emit

20.

20. egit actione redhibitoria adversus mandatarium, qui servum vendidit, ob vitium aliquod servi latens, quod venditor reticuit, eoque nomine exegit à mandatario pretium 20. quod pro servo dederat. Quæritur an mandatarius possit à mandatore repetere illa 20. quæ emptori solvere coactus est: Et ait non posse. Atque ita versabitur in damno mandatarius, qui solvit mandatori 20. & totidem nunc emptori agenti redhibitoria reddere cogitur, quia scilicet ei imputatur. Et merito objicitur culpa, quod sanum servum non emerit. Nam in hac specie, non certum servum emere jussus erat, sed servum. Et utique intellexit mandator, ut servum sanum emeret, quod cum non fecerit, id sibi imputare debet. Sed ut declarat statim, si emptionis tempore sanus fuerit servus, & post emptionem, antequam alii venderetur, in vitium illud inciderit sine dolo malo emptoris, quia emptor extra culpam est, tunc mandator viginti, quæ accepit, secundo emptore servum redhibente, vel eidem emptori, vel mandatario, qui vendidit, restituere debet, quia nulla culpa mandatarii argui potest, qui sanum emit. Vitium, quod dedit causam redhibitioni post emptionem primam, & ante emptionem secundam accidit servo. Quæ est sententia §. ultimi. Restant adhuc de actione mandati leges.

Ad L.XXVIII. de Condict. indeb. *Judex, si male absolvit, & absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.*

AD contractum actionemve mandati, de qua tractavimus superioribus diebus, arbitror etiam pertinere *l.28. de cond. ind.* & ad eam actionem, eumve contractum accommodandam esse omnimodo. Si cum debitor principalis pecuniam debitam creditori solvisset, fidejussor à creditore conventus, & male per injuriam judicis condemnatus solverit pecuniam, fidejussor non habet condictionem indebiti adversus creditorem, quamvis natura indebitum solverit, *l.fidejuss. §.in omnib. mand.* Et ratio hæc est, quia quod solvit, etsi natura non debuerit, debuit tamen civiliter, id est, ex causâ judicati. Et vel debitum fuisse jure civili quod solvitur, satis est, ut inhibeatur repetitio, *l.cum putarem, D. fam. ercisc. l.1. C. de cond. ind.* Et ita è contrario, si fidejussor nondum soluta pecunia creditori, à creditore conventus, & male absolutus fuerit per injuriam, aut per imprudentiam judicis, ac postea tantum sua sponte solverit, etiam non habet condictionem indebiti, quia etsi non civiliter, naturaliter tamen debuit, id est, revera debuit quod solvit, *l.60. hoc titulo, de condict. indeb. & l.8. §.1. rem rat. haberi*, Et hoc est, quod ait Paulus, in hac lege 28. judex, si male absolvit, & absolutus sua sponte solverit, repetere non potest, quia scilicet natura debuit, quatenus male absolutus fuit; & ejus, quod natura debetur, etiamsi jure civili non debeatur, neque petitio est, neque repetitio. *Il n'y à point de peto, ny de repeto, l.7. & 16.* Hoc autem posteriore casu, id est, si fidejussor male absolutus sponte solverit creditori, an habebit actionem mandati adversus reum principalem? Sic sane, quia fidem implevit, & debitorem liberavit, *d.l.si fidejussor, §.ult.* Priore autem casu, id est, si male condemnatus coactus fuerit solvere, non habet actionem mandati, non potest quod solvit à reo repetere. Cur? quia injuriam (est elegans ratio JC.) quæ ei facta est à judice, qui eum male condemnavit, penes eum manere, quam etiam in rem principalem competere æquius est, ne duo injuriam patiantur, *l.68. de fidejuss. & l.si sine, §. cum autem, rem ratam haberi, l.8. C. de evict.* Et hoc ad l.28. adnotasse satis est.

Ad L.IX. de Doli except. *Si procurator rei pecunia accepta damnari se passus sit, & cum domino judicati agatur: tuebitur se doli mali exceptione. Nec hoc, quod accepit procurator, auferri ab eo potest. Nam turpiter accepta pecunia, justius penes eum est, qui deceptus sit, quam qui decepit.*

PUto etiam, imo certum est, etiam ad contractum mandati pertinere *legem 9. de doli except.* quæ etiam est ex hoc libro. Illud constat, procuratore dato ad litem, & secuta condemnatione, vel absolutione, actionem judicati, non procuratori, vel in procuratorem dari, qui egit causam nomine alieno, sed dari domino, vel in dominum, aut heredi, vel in heredem ejus; quia procurator non sibi, sed domino, id est, mandatori vincit, aut vincitur; est enim procurator in rem alienam, in litem alienam, non in suam, *l.4. de re judic. l.hoc jure, de solut. l.si procurator meus, de procurat.* Hoc præmisso finges procurator, cui mandaveram causæ meæ defensionem, pecunia corruptus collusit cum actore, & causa acta defunctorie se vinci passus est, id est, prævaricatus est: actio judicati in me competit ipso jure, quæ tamen, si meum agat is, qui vicit per collusionem, eum submovebo opposita exceptione doli mali, quod pecunia data procuratorem meum corruperit, effeceritque, ut prævaricaretur. Itaque non est, quod eo nomine agam in procuratorem actione mandati, quia nihil mea interest, cum tutus sim exceptione perpetua, exceptione doli mali, quæ inanem facit actionem judicati, quæ ipso jure in me competit: ac præterea, de quo etiam dubitari poterat, ut ostendit Paulus in *d. l. 9.* is, qui vicit per collusionem, & corruptelam procuratoris, non poterit à procuratore repetere pecuniam, quam ei dedit, ut prævaricaretur, quia turpiter eam dedit, turpiter etiam procurator meus eam accepit. Denique turpitudo versatur ex utraque parte, ex parte dantis, & ex parte accipientis; par est utriusque causa, & in pari causa melior est conditio tenentis, *l. ult. de condict. sine caus. l.pen. C. de cond. ob turp. caus. l.2. C.eod. tit.* Quia, ut eleganter Paulus ait in hac *l.9.* quæ verba essent discenda memoriter, *turpiter accepta pecunia, atque etiam data, justius penes eum est, qui deceptus est, quam penes eum, qui decepit.* Deceptum autem procuratorem dicit, qui captus, & corruptus est dulcedine pecuniæ. Et utique corruptor, quam is, quem corrupit, dignus est odio majore: ergo si conferatur prævaricator cum corruptore, qui eum corrupit, potior est is, qui corruptus est corruptore in retinenda pecunia, quæ hujus negotii decipula fuit. Cæterum fiscus corrupto prævaricatore proculdubio auferet malo more acceptam pecuniam, *l. Lucius, de jure fisci*, est enim plerunque fiscus legitimus successor omnium scelerum. Hæc vero, quæ diximus, sunt de procuratore rei, de procuratore ad defendendum, non ad agendum, qui prævaricatus est, & qui mala fide causam sibi mandatam defendit. In procuratore actoris, si prævaricatus sit accepta pecunia, ut reus absolveretur, alia via atque ratione res emendatur. Dominus enim litis in ipsum procuratorem habet actionem mandati in id, quod interest, vel si solvendo non sit, procurator in reum male absolutum habet actionem de dolo, nisi reus paratus sit idem judicium ex integro subire, sub hac exceptione; *si collusum sit, si procuratorem corrupit.* Quod ostenditur in *l.8. §.1. mand.* atque etiam in *l. & eleganter, §. pen. & l.quid enim, de dol. & l. si de communi, si servit. vindic.* Explicatæ sunt leges omnes ex hoc libro 32. quæ pertinent ad actionem contractumque mandati: reliquæ leges pertinent ad contractum societatis, & actionem pro socio, quæ ex eo contractu descendit, quæque (quod initio breviter adnotandum) utrinque directa est actio, non ex uno latere directa, ex altero contraria, sicut superior actio mandati, & actio negotiorum gestorum. Domino enim negotii tanquam principali, principalis actio competit, id est, directa, principalis, & directa idem, quia ejus *id negotium omne pontificiumque esset*, ut hac de re agens etiam Gellius loquitur libro 1. capite 13. Procuratori autem competit contraria. Verum sociis singulis, quia negotium commune est, inque eo par omnium sociorum conditio, competit directa actio pro socio, quoniam æque principalis est unus atque alter: cujus quidem actionis pro socio appellatio ducitur ex formula: *Quod pro socio communiterve gestum sit, l.actione, §.si post, pro socio.* Pro socio autem gessisse quis dicitur, quod tanquam socius gessit communi nomine, communis rei, negotiive explicandi gratia. Et de hoc contractu ex hoc libro primum habemus *l.1. & 3. pro soc.*

Ad L.I. Pro socio. Societas coiri potest, vel in perpetuũ, id est, dũ vivunt: vel ad tempus, vel ex tempore: vel sub conditione.

Ad §. 1. In societate *omnium bonorum omnes res, quæ coeuntium sunt, continuo communicantur.*

ET in l.1. societatem ait coiri posse in perpetuum, id est, quamdiu vivunt socii, ut interpretatur, ut & in *l.4. de procurat.* in perpetuum accipi oportet. Ergo non nisi ad vitam usque sociorum, quoniam addit hanc interpretationem, *dum vivunt socii*. Sane ita est, quia ut statim Paulum adjecisse opinor, nulla societatis in æternum, *εἰς ἀπέραντον*, coitio est, quod est relatum in *l.70. hoc tit.* ex libro sequenti 33. perperam. Emendetur inscriptio legis 70. & reddatur ea lex huic libro 32. & proxime jungatur superioribus verbis l. 1. Non potest igitur societas continuari in heredes in infinitum: in heredem primum, aut in heredes primo quandoque potest, ut explicabitur in *l. actione*, *inf.* non in heredes in infinitum, *l.52. §. idem respondit societatem*, *& l. 59. hoc tit.* Denique non possunt posteri nostri perpetuæ societati alligari, quia & perpetuam societatem in æternum tueri perdifficile, imo impossibile est. Hæc est ratio. Porro ut subjicit in hac *l. 1.* coiri etiam potest societas absque dubio ad tempus, ita ut simus socii in decennium. Posse item coiri ex tempore, ut simus socii post biennium transactum, nihil est apertius. Plus est, quod adjicit, coiri etiam societatem posse sub conditjone, quoniam hac de re olim dubitabatur, ut Justinianus refert in *l.pen. C. eod. tit.* Dubitabatur an societas coiri posset sub conditione, puta ut socii simus, si Titius consul fuerit. Quæ ratio fuit dubitandi? nempe hæc, quia societati inest mancipatio quædam rerum, quæ in commune conferuntur; & mancipatio, cum sit actus legitimus, non recipit conditionem, *l. actus, de regul. juris.* Sed tamen obtinuit hac in re voluntatem legitime contrahentium, potiorem esse debere, quam nimiam subtilitatem juris. Tum hoc, quod etiam hodie non mancipationem, sed traditionem in societate contrahenda tacite intervenisse dicimus, *l.2. hoc tit.* Quia, inquit, licet traditio non interveniat, tacite tamen creditur intervenire: non mancipatio igitur, sed traditio: & traditio recipit conditionem. Denique hæc res facit etiam, ut in societate omnium bonorum omnes res, quæ coeuntium sunt, continuo communicentur ex consensu solo, perinde atque si invicem traditæ fuissent. Quod & in hac l.1. Paulus scribit. Res, inquam, communicantur sine traditione: actiones tamen personales, ut subjicit in *l. 3. in princ.* id est, ea, quæ in nominibus sunt, id est, actiones personales non communicantur sine cessione, id est, nisi cedantur invicem. Ficta traditio admittitur, & sunt ejus exempla multa in jure in *Instit. in fine tit. de rer. divis.* Ficta autem cessio non admittitur, nec enim mandatum actionis, quod nihil aliud est, quam cessio actionir, tacite contrahitur, nec ulla societas efficere potest, ut mihi competat personalis, quæ socio meo competit, nisi ab eo cessa mihi fuerit pro parte indivisa, ut societas exigit, quoniam personæ socii adhærescit. Et ideo à persona in personam transire non potest sine cessione, *sans transport*. Igitur contracta societate omnium bonorum, qua appellatione etiam actiones continentur, l.*bonorum*, *de verb. signif.* invicem cedendæ sunt actiones. In actionibus cessione opus est. In rebus, sive corporibus traditione non est opus.

Ad L.III. eod. *Ea vero, quæ in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem præstare debent.*

Ad §. Cum specialiter *omnium bonorum societas coita est: tunc & hereditas, & legatum, & quod donatum est, aut quaqua ratione adquisitum, communioni adquiritur.*

Ad §. De illo quæritur, *si ita societas, ut si qua justa hereditas alterutri obvenerit, communis sit: quæ justa hereditas, utrum quæ jure legitimo obvenit, an etiam ea, quæ testamento? Et probabilius est, ad legitimam hereditatem huc pertinere.*

Ad §. *Societas si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona cõtraria est fraudi, & dolo.*

Ad L.XIII. eod.

A DOcet etiam in *§. 1. l. 3.* contracta societate omnium bonorum, in societatem venire etiam hereditates, & legata, quæ cuique sociorum obvenerint, & donationes, & omnia adquisitionum genera, cum generaliter omnium bonorum societatem contraxerunt præsentium, & futurorum. At longe alia est ratio, si contracta sit societas quæstus, non universorum bonorum, sed quæstus, quia quæstus nomine id tantum continetur, quod ex opera, ex commercio, ex mercimonio, sive redemptura cujusque sociorum venit, non quod venit beneficio alieno, *l.8. hoc tit. l. 16. de instit. act.* Quo sensu etiam, quod est in usu vulgi, conquæstuum, sive conquisitorum nomen accipitur, neque enim faciunt differentiam inter quæstum, & conquæstum, sive conquisita in legibus Ludovici Augusti, & Lotharii Cæsaris, conquisitum suum, & conquisita sua, B *ses conquez que nous disons*. Et quando in hunc sermonem incidimus, debemus etiam ei applicare quod est in *l.13.* ex hoc eodem libro Pauli; idem esse dicendum, si non quæstus simpliciter sit contracta societas, sed quæstus & lucri. Hæc adjectio, *& lucri*, nihil adjicit. Neque enim ideo omne lucrum commune erit, sed omne lucrum tantum, quod profectum erit ex opera, & industria cujusque, ex emptione, venditione, locatione, conductione, non quod ex liberalitate aliena. Verbum *lucri* accipit significationem ex verbo *quæstus*. At adjectio accipit significationem ex præcedenti verbo. Et in hoc maxime est notanda *l.13.* & potest accommodari infinitis negotiis, etiam defunctorum, ut postrema verba recipiant interpretationem ex primis.

AD §. *De illo.* Sequitur in *§. de illo*, ut absolvam hanc le- C gem, quod est facillimum; si ita sit contracta societas inter aliquos, ut si qua inter duos alterutri obvenerit justa hereditas, communis sit: Quæritur, quid justæ hereditatis nomine intelligamus, aut intelligere debeamus? an omnem hereditatem, quæ vel ex testamento obvenerit, vel ab intestato; an vero eam tantum, quæ obvenerit ab intestato jure agnationis, vel cognationis, quæ & proprie dicitur hereditas legitima? An igitur & in hoc contractu justam hereditatem accipiemus pro legitima tantum? Sic sane. Et ita quoque M. Tull. 3. de natur. Deor. *Eam potestatem*, inquit, *quasi justæ & legitimæ hereditatis loco filio tradidit*. Ergo ut legitimæ, ita justæ hereditatis nomine significatur tantum ea, quæ obvenit ab intestato, non quæ ex testamento, quamvis etiam ea sit legitima, sed legitima proprie ea dicitur, quæ ex sola lege defertur, sine testamen- D to, sine voluntate defuncti, justa, quæ ex solo jure defertur. Separavit tamen justum heredem à legitimo Apulejus 2. *Apologia*, & argute: *Sciebat*, inquit, *intestatum pueri legitimum magis, quam justum heredem futurum*, dum scilicet alio sensu accipit justum pro dignum, atque merentem. Quo sensu recte dicam multos esse legitimos heredes defunctorum ab intestato: sed quia immerentes sunt, non esse justos.

AD *§. ult.* Quod est in *§. ult. l.3.* est apertissimum: Non tantum societas coita dolo malo, veluti callida, & insidiosa persuasione alterutrius ipso jure nulla est, sed etiam quæ coita est fraudandi causa .i. quæ perquam damnosa est alterutri, ut quæ dicitur leonina societas in *l.29. §. ult. inf. hoc titulo*: Igitur non tantum dolus vitiat societatem, sed etiam E fraus, quia bona fides, ut ait, contraria est fraudi, & dolo. Fraus ex reipsa venit, ex conventione inconsulto facta sine dolo adversarii. Dolus autem venit ex calliditate, machinatione, circumscriptione, insidiis adversarii, & utrumque bona fides rejicit, & bonæ fidei contractus. Igitur utrumque vitiat societatem, & dolus adversarii, si mihi dolo malo persuaserit ut cum eo inirem societatem, & res ipsæ, id est, si conventiones adjectæ societati sint captiosæ mihi, & damnosæ nimis. Quod dixi hesterno die in extremo recitationis ad §. ultimum, quia notandum, iterandum censeo, ipso jure rescindi societatem, non ob id solum, quod coita sit dolo malo adversarii, sed etiam si dolus adversarii absit, ob fraudem scilicet nimiam, & læsionem alterutrius, in quam reipsa incautus inciderit. Quod & in

cæte-

cæteris bonæ fidei contractibus arbitror esse servandum, quia ratio, quam subjicit Paulus in illo §. ultimo est generalis, *quia*, inquit, *fides bona contraria est fraudi, & dolo*. Fides, inquit, quæ in contractibus omnibus, bonæ fidei potissimum consideratur, & æque in omnibus excludit non tantum dolum, sed etiam fraudem, id est, læsionem nimiam, & immodicam. Et ideo venditionem quoque rescindi dicam recte, non tantum, si res minoris, quam æquum sit, venierit dolo malo emptoris: sed etiam si sine dolo malo emptoris res venierit nimis, ex quo pretio per imprudentiam venditoris, vel necessitate quadam urgente venditorem, & compellente ad vendendum quoquo pretio, ut puta, si pretium, quo veniit ne dimidiam quidem partem justi, & veri pretii attingat. Id enim exiguius est, quam ut eo res vendi debuerit, *l. 2. depos.* Et fraus ea venditoris intolerabilis. Itaque propter eam dico ipso jure rescindi venditionem, nam quod ait *l. 2. C. de rescind. vend.* auctoritate judicis intercedente necessaria, est ita explicandum, ut ipsa lex docet, ut sit necessaria auctoritas judicis ad restituendam, ad redhibendam rem venditam, ut cogatur emptorem redhibere venditori, si nolit supplere quod justo pretio deest. Cæterum venditio ipso jure nulla est, ob fraudem æque, atque ob dolum. Et in hanc rem hic §. ultimus summe notandus est. Nunc veniamus ad *l. 65.* quæ multa, & varia de societate complectitur.

Ad L. LXV. eod. *Actione distrahitur, cum aut stipulatione, aut judicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait, hoc ipso, quod judicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam societatem: sive totorum bonorum, sive unius rei societas coita sit.*

Ad §. Item *bonis à creditoribus venditis unius socii, distrahi societatem Labeo ait.*

Ad §. Si in rem *certam emendam, conducendamve coita sit societas: tunc etiam post alicujus mortem, quicquid lucri, detrimentive factum sit, commune esse Labeo ait.*

Ad §. Diximus *dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt. Quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit, eum, qui renuntiaverit societati, à se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. Quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit. Veluti si cum omnium bonorum societatem iniissemus, deinde, cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit. Ideoque siquidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum, qui renuntiavit, pertinebit: commodum autem communicare cogetur actione pro socio: quod si quid post renunciationem adquisierit, non erit communicandum: quia nec dolus admissus est in eo.*

Ad §. Item si societatem *ineamus ad aliquam rem emendam: deinde solus volueris eam emere: ideoque renuntiaveris societati, ut solus emeres: teneberis quanti interest mea. Sed si ideo renuntiaveris, quia emptio tibi displicebat: non teneberis, quamvis ego emero, quia hic nulla fraus est. Eaque & Juliana placent.*

Ad §. Labeo autem *posteriorum libris scripsit: si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem: committere eum in pro socio actione. Nam si emimus mancipia, inita societate: deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit: hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio. Proculus hoc ita verum esse (si) societatis non intersit dirimi societatem. Semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit. Hæc ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit.*

Ad §. Item, qui societatem *in tempus coit, eam ante tempus renuntiando, socium à se, non à socio liberat. Itaque si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert. At si dispendium, æque præstabit portionem, nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit. Quod si tempus finitum est, liberum est recedere: quia sine dolo malo id fiat.*

Ad §. Renunciare societati *etiam per alios possumus. Et idea dictum est, procuratorem quoque posse renuntiare societati. Sed utrum de eo dictum sit, cui omnium bonorum administratio concessa est, an de eo, cui hoc ipsum nominatim mandatum est, videamus, an vero per utrumque recte renuntietur, quod est verius: nisi prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare.*

Ad §. Item scriptum est: *posse procuratori quoque meo socium meum renuntiare. Quod Servius apud Alfenum ita notat, esse in potestate domini, cum procuratori ejus renuntiatum est, an velit ratam habere renuntiationem. Igitur is, cujus procuratori renuntiatum est, liberatus esse videbitur. An autem ipse quoque (qui) renuntiavit procuratori, liberetur in potestate ejus erit: quemadmodum diximus in eo, qui socio renuntiat.*

Ad §. Morte unius societas *dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit, nec heres socii succedit, sed quod ex re communi postea quæsitum est: item dolus, & culpa in ea, quod ex ante gesto pendet, tam ab herede, quam heredi præstandum est.*

Ad §. Item si alicujus *rei societas sit, & finis negotio impositus, finitur societas. Quod si integris omnibus manentibus, alter decesserit: deinde tunc sequatur res, de qua societatem coierunt, tunc eadem distinctione utemur, qua in mandato: ut si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas: si nota, non valeat.*

Ad §. Societas quemadmodum *ad heredes socii non transit, ita nec ad adrogatorem, ne alioqnin invitus quis socius efficiatur, cui non vult. Ipse autem adrogatus socius permanet. Nam & si filiusfam. emancipatus fuerit, permanebit socius.*

Ad §. Publicatione quoque *distrahi societatem diximus. Quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicentur. Nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.*

Ad §. Si post distractam *societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur: quia non est verum pro socio, communiterve id gestum esse, sed communi dividundo judici hujus quoq; rei ratio habebitur. Nam si distracta esset societas nihilominus divisio rerum superest.*

Ad §. Si communis pecunia *penes aliquem sociorum sit, & alicujus sociorum, quid absit: cum eo solo agendum, penes quem ea pecunia sit: qua deducta, de reliquo quod cuique debeatur, omnes agere possint.*

Ad §. Nonnunquam necessarium *est & manente societate, agi pro socio. Veluti cum societas vectigalium causa, coita est: propterque varios contractus neutri expediat recedere à societate, nec refertur in medium, quod ad alterum pervenerit.*

Ad §. Si unus ex sociis *maritus sit, & distrahatur societas manente matrimonio: dotem maritus præcipere debet: quia apud eum esse debet, qui onera sustinet. Quod si jam dissoluto matrimonio societas distrahatur: eadem die recipienda est dos, qua & solvi debet.*

Hoc libro, ut arbitror, Paulus primum docuit summatim, quod Ulpianus in *l. 63. §. ult. sup.* variis modis distrahi, & dissolvi societatem: morte sociorum, vel socii unius, & morte non tantum naturali, sed etiam civili, veluti capitis deminutione maxima, aut media, non etiam minima, ut demonstrabitur in *§. societas in hac l.* Et similiter interitu rerum communium, aut mutatione conditionis earum, ut si è prophanis sacræ fiant, si è privatis publicæ fiant, id est, si in sacrum dedicentur, si publicentur. Voluntate item distrahi societatem, id est, dissensu sociorum, & renuntiatione, itemque mutatione, sive novatione actionis pro socio. Quibus modis ita summatim propositis, Paulus postea diligentius singulas species, singulosque modos persecutus est, ac primum initio hujus legis docet, perempta actione societatis societatem distrahi, sive societas fuerit omnium bonorum, sive unius rei. Perempta igitur actione societatis, quamcumque societatem distrahi, ut puta, si socii actionem societatis mutaverint, & transtulerint eam in aliud genus obligationis novatione facta: novatio facta perimit obligationem, & actionem societatis. Ergo & societatem, quæ non nisi vinculo obligationis continetur, atque consistit: Novatio, inquam, voluntaria, quæ fit per stipulationem obligatione societatis transfusa in stipulationem, quod nunquam faciunt socii, nisi quum volunt discedere à societate. Denique etiam no-

vatio necessaria, quæ fit per litis contestationem, ut puta, A si unus ex sociis agat cum alio actione pro socio, & alius judicium accipiat, quod nunquam fit, nisi animo distrahendæ societatis, videlicet si agatur generaliter de putandis, & reddendis rationibus societatis. Generale judicium pro socio non datur, nisi finita, aut mox finienda societate, *l.5. C.eod. tit.* & generale hoc judicium dicitur *l.38. hoc tit.* Speciale judicium pro socio dari potest etiam manente societate, ut in *§.pen. inf.* Hic locus ejus legis est de judicio generali: *Quo*, ut ait, hæc sunt verba: *ideo agitur, ut societas distrahatur*. Ergo est generale judicium ἐπὶ διαλύσει τῆς κοινωνίας, ut est in Bas. Quo genere societati plane renuntiari videtur, quoniam huic judicio generali locus non est, nisi finita societate, vel cum inibi est, ut finiatur. Et hujus rei argumentum à simili recte hic glossa duxit ex *l.ult. §.illud, de divort.* Ubi dicitur, similiter renuntiari matrimonio videri, si vir agat rerum amotarum, quia hoc judicium non B oritur, aut non competit, nisi soluto matrimonio. Ita vero, si judicio generali pro socio actum sit re judicata, causa actionis pro socio novatur, mutatur, & quem ex sociis debitorem esse claruerit re judicata, is incipit debitor esse ex causa judicati, *l.si fundus, §.si pluris, de pignor. l.pen. §.ult. l. pen. de usur. rei judic.* Ergo tam necessaria, quam voluntaria novatione actionis pro socio societatis distrahitur: & utraque novatio significatur his verbis hujus legis, aut stipulatione, aut judicio, ut in *l.delegare, & l.aliam, de novat.*

AD *§.Item.* Sequitur in *§.1.* hujus legis, distrahi etiam societatem, bonorum scilicet, de illa enim agitur tantum, si unus ex sociis bonis suis omnibus, cogente inopia creditoribus suis cesserit, eaque divendita fuerint sub hasta præ- C conis, quod etiam ostenditur in *Inst. eod. tit. §. item si quis.* Cui nulla relinquuntur bona, is non potest esse socius bonorum, non potest esse societas bonorum inter egenum, & divitem. Rursus, quod sequitur in *§.si in rem*, satis difficile est, id pertinet ad id, quod dicitur, morte unius socii societatem dissolvi. Quod & hic præposuisse Paulum arbitror: Excipit enim in hoc *§.* ab hac sententia unum casum, si contracta sit societas ad certam rem aliquam emendam vel conducendam, veluti ad emendum, aut conducendum fundum Tusculanum, & unus ex sociis vita decesserit: tunc enim, inquit, tunc, quod expendendum est, id est, hoc speciali casu non tantum, quod vivo adhuc socio lucri, vel damni contigerit, sed etiam post mortem ejus, quidquid lucri pervenerit ex redditu ejus fundi, vel in eo quidquid detrimenti contigerit, quasi durante societate D post mortem, id communicandum est heredi defuncti. Hoc ideo, nunquam est omittenda ratio, quia cum heres in conductione succedat non minus, quam in emptione, *§.ult. Instit. de locat.* id actum videtur contracta societate ad certam rem emendam, vel conducendam, ut & ea societas continuaretur in heredem, in quem ambulat, ut loquimur etiam, emptio, aut conductio. Dices: atquin in contrahenda societate nec ab initio pacisci possumus, ut heres societati succedat. Ita est proditum nominatim in *l.59.* Dicam, non quidem expressim id pacisci nos posse, ut heres societati succedat, quia incerta persona societati destinatur, quis enim sociis heres futurus sit, incertum est. Et societas in electione certæ, non incertæ personæ consistit, *§.solvitur, Institut. eod. tit.* At tacite, ut heres societati succedat, id agitur rectissime. Sunt in jure innumera exem- E pla, quibus tacite acta valent, quæ expressim acta non valerent. Et idem omnino, quod in hac specie dicitur, hoc loco agi videtur. Dicam agi societate contracta ad conducenda publica vectigalia, vel qua alia publica: nempe ut commune sit inter publicanos superstites, & heredem defuncti unius ex publicanis, quidquid etiam post mortem ejus lucri, vel damni ex ea conductione contigerit, *l.63. §.in hered. sup. hoc tit.* Hic *§. si in rem* est de societate contracta ad certam rem conducendam: ille *§. in heredem* est de societate contracta ad vectigalia conducenda. Et idem in utraque specie juris est. Nec obest quod idem *§. in heredem* ait, non similiter observari in societate voluntaria, ut scilicet quidquid post mortem socii damni, vel lucri contigerit, id sit commune superstitibus cum herede defuncti: nihil, inquam, id obest, quia illo loco non confertur, vel committitur societas voluntaria cum societate vectigalium conducendorum, cum & ipsa sit voluntaria, sed committitur cum societate, quam habet heres defuncti cum publicanis superstitibus, quæ communio est damni, & lucri hereditaria, atque adeo necessaria, quia ipse heres non contraxit societatem. Denique heres non est socius voluntarius, sed necessarius jure hereditatis: heres voluntarius socius esset, si superstites publicani volentem eum sibi adscivissent, & adsumpsissent socium in locum defuncti, ut idem *§. in heredem* indicat illo loco, *nisi fuerit adscitus*. Adscitus heres socius est voluntarius. Et hoc modo superstites publicani addere possunt novas leges societati, quæ serventur inter eos, & heredem defuncti, diversas ab iis, quas cum defuncto pactas, & conventas habebant, quo facto sane non similiter observabitur in societate voluntaria cum herede scilicet defuncti contracta, quod in communione necessaria damni, & emolumenti, quæ per omnia par esse debet ei, quæ cum defuncto fuit. Et ita ille *§.* explicandus est. Ac præterea, quod ait Paulus in hoc *§. si in rem*, in specie proposita, etiam post mortem socii, quidquid lucri factum sit ex reditu empti fundi, vel conducti, superstiti socio commune id esse cum herede defuncti; cum eo, inquam, nihil pugnat *l.Titium*, *§. altero, de adm. tutor.* quam Accursius objicit, quia, ut breve faciam, res est parvi negotii. Ille *§.altero* non negat, neque loquitur quicquam de ea re: non negat, inquam, inter heredem socii defuncti, & socium superstitem esse commune compendium, quod postea factum est, quum fuit coita societas ad emendas certas res. Sed hæc est sententia legis longe diversa ab ea, quæ est in manu. Ait ille *§.* compendium, quod fecit tutor heredis defuncti socii venditis mercibus communibus, & aliis mercibus suo nomine reparatis, compendium, inquam, illud, quod sibi fecit suo nomine, pupillo non esse præstandum, sed præstandas esse ei usuras pupillares pecuniæ communis, aut redactæ ex communibus rebus, non compendium, quod fecit tutor ei esse præstandum, sed usuras pupillares, ut fieri solet in judicio tutelæ, ut *l.negotiationem, eod. titul.* In qua tamen *l. qui negotiationem* aliter respondetur, nimirum propter voluntatem testatoris, qui jusserat tutorem eandem negotiationem post mortem suam exercere, quam se vivo exercuerat. Et ideo rationem reddere debet pupillo, non ad computationem usurarum pupillarium, sed ad incrementum negotiationis. Cæterum hæc sententia illius *§.* nihil habet commune cum sententia *§.* propositi.

AD *§.Diximus.* Dixerat ante Paulus, cum enumeraret varios modos dirimendæ societatis, dissensu societatem dirimi, Ulpianus in *l.63.* voluntate, sive renuntiatione dirimi. Quod quidem naturali rationi conveniens est. Nihil enim est tam naturale, quam eodem genere quodque dissolvi, quo colligatum est. Societas nudo consensu contrahitur. Dissensu ergo contrario dissolvitur. Hoc vero ita procedere ait hoc loco, si omnes socii in hoc consentiant, ut dirimatur, & finem accipiat societas. Quid ergo, si unus tantum ex sociis renuntiaverit societati, si unus ex sociis velit à societate recedere an dissolvitur societas? an unius renuntiatione, sicut unius morte? Et hac in re Paulus docet, utendum esse distinctione, quandoquidem, si tempestive, & bona fide societati renuntiavit, nec deinceps cæteri ei, quod compendii fecerint, communicare tenentur, nec ipse cæteris. Detrimenta etiam ab eis facta non erunt communia: & omnino utrinque ab obligatione societatis contingit liberatio. Sed si dolo malo (hæc est altera pars distinctionis) & fraudis consilio unus renuntiavit societati, socios à se, non se à sociis liberat, & quod ei postea lucri obvenerit, communicare cogitur: detrimentum vero solius ejus est. Et ex diverso, quod cæteri socii adquisierint, ad eos solos pertinet. Quod autem damnum fecerint, commune est inter eos, & illum,

qui

qui societati dolo malo renuntiavit. Et hoc Paulus declarat propositis exemplis quatuor. Ac primum si cum inita esset societas omnium bonorum, quo genere etiam futurorum bonorum societas inita videtur, licet id dictum non sit nominatim, ut hic §. indicat, & *l.3.§.1. & l.37. hoc tit.* ut & contracto pignore omnium bonorum, futura quoque bona obligatione comprehenduntur, *l. ult. C. quæ res pign. oblig. poss.* nihilque refert, bonorum dixerint simpliciter, an omnium bonorum, ut *l.Titium, §. altero, de administ. tut.* sicut nihil refert ususfructus bonorum legetur, an omnium bonorum, *l.24. & 37. de usufruct.leg.* Si igitur, cum coita esset societas bonorum, vel quod idem est, omnium bonorum, unus ex sociis obveniente sibi luculenta hereditate quadam (Obvenire dicitur, quæ defertur lege, vel testamento nondum adquisita, *l. 130. de verb. signific.*) Si inquam, obveniente sibi hereditate quadam ideo renuntiaverit societati, ut eam solus adquireret, quia id fecit dolo malo, & in fraudem sociorum, actione pro socio eam hereditatem in commune redigere cogitur, quod & Institutiones docent in *§. manet, eod. tit.* Vel si forte præter opinionem, præter expectationem, ea hereditas damnum attolerit, ob magnitudinem æris alieni: id damnum eum tantum respicit, qui dolo malo renuntiavit societati, non cæteros: dolus proprius ei soli nocet, qui dolo malo renuntiavit societati, non cæteris: sed si post renuntiationem societatis ei ex improviso, ex insperato obvenerit hereditas, proculdubio eam communicare non cogitur, quia dolo caret.

AD *§. Item si*. Sequitur aliud exemplum in *§. Item si societatem*: si cum inter me, & te coita esset societas in rem certam emendam, postea tu renuntiaveris societati dolo malo, puta, ut eam rem tibi solus emeres tuo nomine, non communi nomine, teneberis mihi actione pro socio in id, quod interest, vel ut eam rem mihi communices: Sed si ideo renuntiaveris societati, quod postea emptio ejus rei tibi displicere cœperit, nihil dolo malo facis, & ideo nec mihi teneberis actione pro socio, etiamsi postea ego eam rem emero meis nummis. Et hæc duo quidem exempla satis aperta sunt.

AD *§. Labeo*. Tertium est exemplum importunæ, & intempestivæ renuntiationis, quod proponitur in *§. Labeo*, his verbis. *Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actionem: nam si emimus mancipia inita societate, deinde renuntiet mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit: hoc casu quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio judicio.* Hæc omnia verba, quæ recitavi, sunt valde obscura, adeo ut nemo interpretum ausus sit ea attingere, eorumve interpretationem addere: conticescunt hoc loco omnes, ac plane se ejus loci difficultatem videre, quamvis videant, tamen dissimulant. Mihi videtur Labeo loqui de venaliciariis, qui & mangones dicuntur, qui societatem coeunt ad mancipia coemenda, & vendenda, ut *l.justissime, §.1. de ædil. edict.* Ex quibus si quis renuntiaverit societati eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, quia cæterorum, inquit, Labeo, sociorum deteriorem causam facit, cæteris tenetur actione pro socio in id, quod interest. Cur ita? Ratio est explicatu difficilis simul atque species, succicive explanatio. Qui renuntiat societati mancipiorum venalium, socios provocat ad divisionem. Ita est: quæ quia commode explicari non potest, ut est in Institution. nominatim scriptum de hominibus, qui in divisionem veniant, in titulo *de offic. judic.* quia, inquam, hominum sive mancipiorum divisio commode explicari non potest, propterea quod homines numero non dividuntur, ut puta si sint 10. inter duos socios, non ita dividuntur, ut unus habeat quinque, alter totidem homines, ita non dividuntur, sed singuli pro partibus indivisis, *l. in stipulationibus, de verb. oblig. l.cum Stichus, de solut.* Ideo res necessario, quoties de dividendis mancipiis communibus agitur, deducenda est ad licitationem, ad quam etiam extranei emptores admittuntur, nedum socii, *l.3. in fine, C. comm. divid.* penes quos extraneos si licitatio remanserit, mancipia eis addicuntur, adjudicantur, quæ adjudicatio est venditio necessaria, non voluntaria, *l.si pignore, famil. ercisc.* Et hac ratione modove, si coacti fuerint socii mancipia vendere, eo tempore quo ea vendere non expediebat, forte quod tunc præ ingenti copia venalium, quos alii in urbem mangones invexerant, viliora essent mancipia, vili venderentur, eo nomine is, qui renuntiavit tam intempestive societati, cæteris, quorum causam deteriorem fecit, tenetur actione pro socio in id, quod interest. Et hoc est, quod Labeo scripsit, *committere*, id est, incidere in actionem pro socio socium, qui renuntiavit societati eo tempore, quo sociorum, vel socii interest non dirimi societatem. Nam si *emimus*, inquit, &c. Et hanc quoque scripturam Labeonis Proculus probat, ut subjicit, cum hac exceptione tamen: *Si societatis non intersit*: sic Florentiæ recte, *si societatis non intersit dirimi societatem*, quod pro eo est, ac si dixisset, nisi societatis intersit dirimi societatem, distrahi mancipia quocunque pretio, forte quod sint nequissima, aut inutilissima. Non est culpandus, qui renuntiavit societati, quia id expedit societati, etiamsi forte, & in hoc est vis, etiamsi forte cujusdam ex sociis privatim intersit societatem non dirimi: forte quod in casum non diremptæ societatis ab extraneo stipulatus sit, & speret magnum aliquod emolumentum. Sed magis spectandum, & servandum est, quod societati expedit, id est, quod in commune pluribus utile est, ut in *l.in re communi in fine, de servit.urb.præd.* quam quod expedit uni tantum. Et eleganter (quæ verba signanda sunt) semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit, quod universitati expedit, non quod singularitati. Joannes hoc loco legit male, aut intelligit male hunc locum, perinde ac si in eo scriptum esset, *si societatis intersit non dirimi societatem*, trajectis verbis. Quandoquidem recte Florentini, *si societatis non intersit dirimi societatem*. Sic legendum, *si societatis non intersit*, non, *si societatis intersit non dirimi societatem*. Et mirum in modum mihi placet glossa ad hæc verba, *ex tempore*, dempto ultimo commate, quod est ex Joanne. Verum huic exceptioni Proculi mox additur alia exceptio, exceptio exceptionis his verbis, *hæc ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit*, id est, si de hoc, quo de agitur, aliud in coeunda societate conventum non sit, puta, ut etsi vel unius socii interesset societatem non dirimi, etiamsi societatis non interesset ne dirimeretur, si id convenit, si vel unius interesset non dirimi: hoc enim casu, is, qui renuntiat societati, & cujus interest, ex pacto convento, tenetur actione pro socio. Et ita Græci rectissime hunc locum interpretantur: *Εἰ μὴ ῥητῶς ἰδικῶς τοῦτο συνεφωνήθη, ὥστε καὶ μὴ βλαπτομένης τῆς κοινωνίας, εἰ ἐμὲ μόνον συμβῇ ζημιωθῆναι ἐκ τῆς ἀπαγορεύσεως, ἔχω μετὰ πρὸ σοκίου*, id est, *si non specialiter convenerit, ut & si non læderetur societas, si vel mihi noceret renuntiatio societatis, ego haberem actionem pro socio*. Est rectissima interpretatio. Latini perperam omnes. Et ita accipienda sunt hæc verba, Si non convenerit, ut & intempestive à societate recedere liceat, quasi scilicet tunc liceat etiam intempestive societate abire. Verum hoc pactum arbitror supervacuum atque injustum esse, quod & hic glossa tentavit, non pertentavit, quia etsi non convenerit, ut liceret quandoque abire societate, tempestive, & opportune licet abire, atque etiam intempestive, licet id non convenerit ex justa causa, cujusmodi multæ justæ causæ recensentur in *l. 14. §. ult. & 15. & 16. sup. hoc tit.* Inter quas in *l. 16.* necessaria peregrinatio, puta si socius reipublicæ causa diu, & invitus absuturus sit, hoc casu etiam intempestivo tempore renuntiare societatem potest, quam etiam esse justam causam renuntiandi mandati Paulus scribit 2. *Sentent. tit. de mandatis*, & aperte *lex 9. de procurat.* ubi tamen peregrinationem necessariam, quæ est ea, quæ suscipitur reipub. causa, ut demonstrat *l. 8. in fine, eod. tit. de procur. & l. 16. hoc tit.* Accursius male modo accipit perperam pro peregrinitate, quæ per deportationem contingit (Aliud enim est peregrinatio, longe aliud pere-

grinitas. Perigrinantur etiam cives, at redacti in peregrinitatem non sunt cives) modo, & id quoque perperam, peregrinationem accipit pro ea, quæ instituitur religionis causa, veluti ad sanctum Jacobum, inquit, de qua evidens est nihil cogitasse auctores nostros, & de qua extat elegans oratio Gregorii Niceni *περὶ τῶν ἀπιόντων εἰς Ἱεροσόλυμα*: & in ea elegans sententia: *Θεοῦ προσεγγισμὸν τόπων μετάθεσις οὐ κατεργάζεται*. Verum ad rem: præter ea, quæ paulo ante dixi, etiamsi ita convenerit, ut intempestive societate abire liceat, sine justa causa, dico pactum non valere, quod sit contrarium bonæ fidei, quæ maxime in contractu societatis, per quam jus quoddam fraternitatis exuberare debet: exuberare, ut ait *l. 3. C. eod. tit.* Et sane sicut si convenerit ne abeatur societate intra certum tempus, ne discedatur societate intra certum tempus, nihilominus spreta conventione discedere licet ex justa causa, *dict. l. 14.* par est & æquabile, ut & ex diverso, si convenerit, ut abeatur societate quandocunque libuerit, ne liceat tamen id facere intempestive, & absque justa causa. Et eodem modo *d. l. 14.* ostendit supervacuum esse pactum, ne abeatur societate, quia & illo pacto omisso abire non licet intempestive sine fraude, sine damno suo; intempestiva renuntiatio ipso jure societatis in æstimationem venit, *l. 17. §. ult. hoc tit.* Et rursus illo pacto interposito, ne abeatur societate, nihilominus tempestive abire licet, nemo enim invitus in communione detinetur, *l. ult. C. com. divid.* Et ita explicanda sunt quæ pertinent ad tertium exemplum. Quartum exemplum est etiam intempestivæ renuntiationis in *§. item, qui societatem*. Si societas contracta sit ad tempus, ut ad decennium, & unus societati renuntiaverit ante tempus, ante decennium: nam & hoc casu, qui renuntiavit ante tempus, socios quidem à se liberat, verum ipse se à sociis non liberat, & claudicat renuntiatio, sive distractio societatis. Itaque lucrum, quod postea alii socii fecerint, id ei, qui ante tempus renuntiavit societati, communicare non tenentur, damnum tamen communicant si quod incurrerit. Excipitur semper, quod & hic §. adjicit, justa, & necessaria causa renuntiandæ societatis ante tempus, quales, ut dixi, multæ enumerantur in *l. 14. 15. 16. sup.* Et convenienter Græci etiam hic apponunt exemplum necessariæ peregrinationis susceptæ Reipubl. causa, *διὰ δημοσίαν ἀποδημίαν*: Finito tamen tempore liberum est unicuique abire societate, quia id fit sine dolo malo. Hæc sunt quatuor exempla dolo malo factæ renuntiationis, quibus addi etiam potest quintum exemplum ex *l. 71. §. 1. sup.* Si absenti renuntietur societas, neque enim recte renuntiatur, nisi quæ præsenti renuntiatur: ut procuratori ejus, ut dicemus in *§. renuntiare*, si absenti renuntietur societas, lucrum quod absens fecerit, non communicabitur, damnum communicabitur; & contra damnum, quod præsens fecerit, non communicabitur, lucrum communicabitur. Ut autem mandato renuntiari, & mandatori renuntiari dicitur promiscue in titulo superiore, ita in hoc titulo, societati, vel societatem renuntiare, & socios, vel sociis renuntiare, ut in *§. Labeo, supr. illo loco, deinde renunties mibi*.

AD *§. Renuntiare*. Nondum explicata sunt omnia, quæ pertinent ad renuntiationem societatis. Restat enim adhuc *§. renuntiare*, & *§. item rescriptum*, quo *§. renuntiare* ostenditur, socium societati renuntiare posse, non per se tantum, sed etiam per procuratorem, qui specialiter mandaverit, ut socio, vel sociis renuntiet, se à societate discedere. Itemque per procuratorem omnium bonorum, qui generale mandatum habet: nec enim hac in causa exigitur speciale mandatum, sufficit generale, quo & inter alia multa & hoc videtur procuratori mandare dominus, ut cum ei id esse fuerit visum ex sua utilitate, renuntiet societati. Itaque procurator, qui generale mandatum habet, quive liberam administrationem, quod idem est, si renuntiat societati, cum id ei utile domino expedire videtur, id facere videtur ex voluntate domini, qui ei permisit omne arbitrium rerum utilitatumque suarum: nec aliter irrita est renuntiatio facta à procuratore, qui generale mandatum habet, quam si dominus specialiter eum prohibuerit renuntiare societati: specialis prohibitio est necessaria, speciale mandatum non est necessarium: paucissimæ sunt causæ, in quibus speciale mandatum requiri solet, quæ notari solent ad *l. Pomponius, de procurat.* Idem vero observatur in curatore furiosi: nam & hic societati renuntiat recte, quam furiosus cum alio contractam habet, *l. ult. C. eod. tit.* ubi tamen Justinianus, qui est auctor illius legis, ea de re maxime olim dubitatum fuisse ait. Cur ita? quia curator furiosi, non videtur renuntiare societati voluntate domini, propterea quod furiosi nulla est voluntas. Procurator autem universorum bonorum videtur habere voluntatem domini sana mente præditi. Sed tamen idem Justinianus utilitatis causa admisit in curatore furiosi. Contra in *§. seq.* ostenditur, non tantum præsenti socio renuntiari posse, sed etiam procuratori absentis. Verumtamen, ut Servium notasse Alphenus refert, liberatur quidem statim is, cujus procuratori renuntiatur: liberatur, inquam, ab eo, qui renuntiavit, sed non etiam vicissim ille, qui renuntiavit liberatur ab eo, cujus procuratori renuntiatum est, antequam dominus ratam renuntiationem habuerit, quæ procuratori suo facta est: si enim ratam eam non habuerit is, cui renuntiavit, ab eo non liberatur, sed & commodum, quod post renuntiationem adquisivit, ei communicare debet: detrimentum autem ipse solus sufferre, & contra ex compendio, quod post renuntiationem fecit is, cujus procuratori renuntiavit, ex eo compendio partem non feret, detrimenti autem, quod fecerit partem præstabit. Itaque hoc casu, id est, si procuratori socii absentis factam renuntiationem dominus ratam non habuerit, idem servabitur, quod in superioribus quinque casibus, quos supra exposuimus: Si socio (hic est primus) socius omnium bonorum renuntiaverit dolo malo, ut obvenientem sibi hereditatem solus adquireret: Si (hic est secundus) societate coita ad rem emendam societati renuntiaverit quis, ut eam rem solus emeret suo nomine: Si (hic est tertius) contracta societate mancipiorum emendorum, & vendendorum eo tempore renuntiaverit quis, quo mancipia sunt vilia, & bene vendi non possunt: Si (hic est quartus) ad tempus contracta societate, ante tempus renuntiaverit, sine justa causa: Si (hic est quintus casus) in *l. 17. §. 1. inf. hoc tit.* Si absenti socio renuntiaverit, qui procuratorem nullum reliquerat, ut puta si adhibitis testibus protestatus fuerit se à societate recedere. His quinque casibus addatur sextus ex hoc §. si procuratori absentis renuntiaverit, & absens ratam renuntiationem non fecerit. Verum ex diverso, si dominus ratam renuntiationem fecerit factam procuratori suo, is, qui renuntiavit, statim ab eo tempore, quo renuntiavit, obligatione societatis liberatus esse intelligitur, perinde atque is, cujus procuratori renuntiavit, quia ratihabitio retrotrahitur, retro recurrit, ut ait lex *si fundus, §. 1. de pignor.* Et ideo, quod interim compendii fecerit is, qui procuratori renuntiavit, absenti communicare non cogitur: nec retro absens, quod interim damni fecerit, ejus partem ab eo desiderare potest. Et hoc distat maxime hic sextus casus à superioribus quinque: quoniam in superioribus nulla apparet ratio ex post facto confirmandæ liberationis in persona ejus, qui fraudulenter, vel intempestive societatem renuntiavit. Et in casu 5. qui est *d. l. 17. §. 1.* quamvis dicat, absenti facta renuntiatione quoad is scierit, sic ait, *quoad absens scieris*, eum, qui renuntiavit, absentem à se liberare, non se ab absente: claudere liberationem: non hoc vult, scientiam illius, si postea sciverit sibi renuntiatum, non vult, inquam, scientiam illius retrotrahi, sed ab eo tantum tempore, quo scierit societatem renuntiatam, liberationem contingere ex parte ejus, qui renuntiavit. Et hæc sunt, quæ pertinent ad *§. renuntiare*, & *§. item scriptum*. Sequitur §. morte.

AD *§. Morte*. Hactenus dixit de ratione distrahendæ societatis per renuntiationem omnium, vel unius: nunc dicere incipit de morte, qua constat dirimi societatem, etiam morte unius, adeo ut inter superstites societas non perseveret,

quam-

quamvis numero plures sint; nisi, ut ait, aliud in coeunda societate convenerit, puta ut mortuo uno, cæteri in societate permanerent: alioquin, vel unius morte omnium societas dissolvitur, quod etsi plures sint, qui compromiserint in arbitrum, eodem modo observatur: nam morte unius, etiamsi superstites sint plures, in persona omnium solvitur compromissum, nisi, est eadem exceptio, nisi, ut ait *lex diem, §. 1. de recept.* cæterorum facta sit mentio, id est, nisi convenerit, ut uno mortuo in cæterorum persona compromissum perseveraret. Et eadem exceptio, citra quam vel unius morte dissolvitur omnium societas. Heres autem socii, etiamsi convenerit, ut uno mortuo in superstitibus societas perseveraret, in societatem non succedit, neque vero, ut succedat, conventione effici potest, *l. 59. sup.* quæ tamen conventio in compromisso recipitur: puta si convenerit, ut compromissum etiam obliget heredem, si quis forte compromittentium moriatur re nondum judicata, *d. l. diem, §. 1. & l. non distinguemus, §. sed & si heredes, & §. propen. eod. tit.* Et in herede socii placet valde ratio *§. solvitur, Institut. de societ. quis*, inquit, *qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit*, certæ personæ industriam, vel ingenium, nec ejusdem est animi erga heredem ejus, quem sibi socium elegit, aut possit esse, cum sit incertus, nec forte, ubi certus extiterit aliquis heres, mortuo socio, is ejusdem naturæ, & ingenii erit: inter artifices longa est differentia, *l. inter, de solut.* & ut est in proverbio, *πόῤῥω τὰ φρύγων ἢ περσῶν [illegible]*, & ex eod. *§. solvitur*, rectius lege in hoc *§. morte: Morte unius societas omnium dissolvitur*, Basilica, *πᾶσα ἡ κοινωνία Omnis societas*, quod nihil est aliud, quam societas omnium dissolvitur, etsi consensu plurium coita sit, plures vero supersint. Et ita est in Institutionibus. C Placet etiam ratio, quæ pene eadem est, *§. societas, infr.* societatem ideo non sequi heredem, ne alioquin invitus quis socius efficiatur, cui non vult, puta heredi, quod ei non placet, cujus industria, vel ingenium ei non placet, quod in societate maxime spectatur. Plus enim quandoque præstat ingenium socii, quam pecunia. Verum sequitur in hoc *§. morte*, quamvis verum sit societatem non transire in heredem defuncti socii, heredem socii non esse socium, tamen ex re communi, veluti communiter empta vivo socio, post mortem ejus quæsitum lucrum heredi, quem res sequitur pro parte esse communicandum. Eademque est ratio damni postea facti, quod & supra antevertit dicere in *§. si in rem*, qui congruentius huic loco admotus fuisset. Ergo heres, licet societatis successor non sit, est tamen emolumenti quæsiti ex re communi, sicut & rei, D pro rata successor. Itemque damni in ea re postea facti. Præterea heres socii explicare debet ea, quæ per defunctum inchoata, & imperfecta sunt, *l. 40. sup. h. t.* Sicut heres tutoris, quamvis non sit tutor, ea, quæ per tutorem defunctum, *l. 1. D. de fidejuss. tut.* quæ cum illa 40. conjungenda est: utraque est ex eodem Pomponii libro, & ad idem etiam pertinet *lex pen. de admin. tut.* Et in his vero explicandis, quæ, ut hic loquitur Paul. ex antegesto pendent, id est, ex iis, quæ ante vivus socius gerere cœpit, si quid heres dolo, vel culpa sua admiserit, id jure societatis præstabit, id ipso jure societatis in æstimationem venit, & vicissim in eo herede eodem judicio superstites socii dolum, & culpam præstabunt, ut *l. 52. §. 1. sup.* Fac alicujus negotii sive negotiationis coitam societatem, veluti quarundam mercium emendarum, & vendendarum, & unum ex sociis hoc negotium explicasse, confecisse, finisse: certum quidem est, hoc casu finitam esse societatem, finito negotio, cujus inita erat societas, nec superesse aliud, quam ut compendii communisve pecuniæ divisio fiat, ut *§. si post, inf.* At si negotium illud ab uno ex sociis inchoatum fuerit, qui morte præventus id perficere non potuerit, ad heredem ejus, ut diximus, negotii consummatio pertinet. Et ita hæc conjungenda sunt cum hoc *§. quod si*. Et hoc deinde subjicit, & ita est conjungendum, ut dixi, cum superioribus. Quod si illud negotium, ne inchoatum quidem fuerit, id est, si re integra, non quidem is, qui gerendum negotium in commune suscepit, sed alter socius vita decesserit, quo genere solvitur societas: deinde vero socius superstes, qui se id negotiis

A confecturum communi nomine receperat, id confecerit: post finitam igitur societatem morte alterius socii, recte Paul. hoc loco eadem distinctione utitur, qua & supra usus est in mandato, *l. inter causas, sup. h. t.* ut si ignorans socium vita decessisse, negotium illud confecerit, valeat societas, inquit, id est, ut heres defuncto id, quod pro socio, & communiter gessit, tueatur, & ratum habeat, & sit ex ea causa inter eum, & socium superstitem actio pro socio, quia hoc casu, ut & de mandato dictum est, quamvis morte solvatur societas, non solvitur tamen obligatio, vel actio pro socio: sed si sciens mortem socii, ad negotium illud gerendum accesserit, quasi commune tunc, ut non valeat sociatas, id est, ut non sit ex ea causa inter eum & heredem actio pro socio, sed ut perinde res habeatur, atque si sibi illud negotium gessisset: denique ut hoc casu, B & societas, & obligatio societatis alterius morte solvatur, aut soluta intelligatur. Et interim observa, societatem hoc loco accipi pro obligatione societatis: ut emptionem sæpe pro obligatione empti: societatem, inquam, accipi pro obligatione societatis: quæ priore casu, id est, si ignoravit mortem socii durat, non etiam posteriore casu. Hic etiam addendus est omnino *§. societas*.

AD *§. Societas, & §. publicatione*. In quo §. ostenditur, quod dixi, in heredem societatem non transire. Idem eadem ratione obtinere in adrogatore, ut in adrogatorem socii societas non transeat, ne alioquin alter socius invitus efficiatur socius adrogatori, qui forte non vult esse socius: cæterum adrogatus socius permanet: nam & filiusfamilias potest societatem coitam habere cum alio: societas est contractus: atqui filiifamilias ex omnibus contractibus obligari possunt, & obligare: Adrogatione igitur socii societas non dirimitur, quia non dirimitur etiam mancipatione, si filiusfam. qui est socius extranei, emancipetur à patre. Denique capitis deminutione socii minima non solvitur, ut *l. 58. §. si filiusfam.* maxima & media capitis deminutione socii proculdubio dissolvitur, *l. 63. §. ult.* non minima, id est, si socius fiat servus, vel peregrinus, desinit esse socius, non etiam si fiat sui juris, vel alieni juris: minima capitis deminutio morti non comparatur, l. *intercidit, de condit. & demonst.* media quoque capitis deminutio, quæ irrogat peregrinitatem, quæ plectit, mulctat civitate, plerumque morti comparatur, veluti deportatio in insulam, quæ est media capitis deminutio, morti, inquam, plerunque comparatur, quatenus deportationem semper sequitur publicatio omnium bonorum, *l. 3. ad leg. Jul. pecul. l. ult. §. ult. C. de sent. pass.* quia enim fiscus in locum ejus succedit, deportatus pro mortuo habetur, ut ait *§. publicatione*, qui sequitur. Vivus successorem habet fiscum: ergo jam non vivus esse videtur. Viventis nulla est successio, aut si cujus sit viventis successio, veluti deportati, is proculdubio pro mortuo consequenter habebitur, ut etiam est proditum in *l. 1. §. ult. de bon. poss. cont. tab.* & in *l. 4. §. pen. de bon. libert.* Expositæ sunt causæ dirimendæ societatis. Restant alia quædam in hac lege, quæ proxima recitatione explicabuntur.

AD *§. Si post distractam*. Expositis variis modis dissolvendæ societatis, actionis mutatione, cessione bonorum, unius socii, renuntiatione, morte, capitis deminutione maxima, vel media, atque adeo publicatione bonorum omnium, aut ad E certum negotium inita societate, illius negotii absoluto effectu, eo quoque demonstrato dissoluta societate, non continuo etiam dissolvi actionem pro socio, ut puta, si socius mortuo altero socio, cum hoc ignoraret, ad commune negotium aliquod accesserit, qui utique & gesti hujusce negotii nomine adversus heredem socii, quamvis dirempta sit societas, habet actionem pro socio: sed si sciens morte socii diremptam esse societatem, commune negotium aggressus fuerit, & gesserit, non esse actionem pro socio. Idem nunc docet in *§. si post distractam*: si quis sciens morte socii, vel alio modo distractam esse societatem, aliquid in communem rem impenderit, non esse actionem pro socio, ut id quod impendit ejus actionis beneficio conse-

qua-

quatur, quia ut ait in hoc §. pro socio hic communiter non gessit, quæ verba sunt ex formula ipsa edicti, & actionis pro socio, *Quod pro socio, communiterve gestum sit*. Et ideo sub hoc titulo diligenter explicabitur quid sit societas, quid communiter gestum, *l. 31. & trib. seq. sup. hoc tit.* Et observandum in ea formula, sicut & in multis aliis formulis juris, disjunctionem illam *communiterve* pro conjunctione accipi, quia de communiter gesto specialis nulla prodita est actio, sed pro socio simul, & de communiter gesto agitur contracta societate. Hac autem ratione, quamvis illo casu non sit actio pro socio, si quis sciens post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit, est tamen actio communi dividundo, inquam, quia distracta societate nihilominus divisio rerum superest, & divisio rerum communium (venit quod in rem communem impensum est, ut id sociorum quisque agnoscat pro sua parte, *l. 4. §. sicut, comm. divid.* Si quid manente societate socius impenderit in rem communem, proculdubio id venit in actionem pro socio: sed si post distractam societatem impenderit, id non potest deduci in actionem pro socio, communiterve gestum non videtur post distractam societatem, sed venit in actionem communi dividundo; quia actio communi dividundo mixta est actio, tam in rem, quam in personam. Actio autem pro socio, ut in universum doceam, quid distet ab actione communi dividundo, actio pro socio est in personam, *l. 1. comm. divid.* In actione pro socio, ut hic §. ostendit, id tantum venit, quod pro socio communiterve gestum est. In actione communi dividundo etiam id venit, quod non pro socio communiterve gestum est. Item actio pro socio est ex contractu societatis: actio communi dividundo competit etiam si contracta societas non sit: nam res sine societate voluntaria potest esse communis, ut si duobus conjunctim, & communiter eadem res donata, vel legata sit, *d. l. 31. & seq. sup. l. 2. comm. divid.* Item actio pro socio, quod est certissimum, famosa est, quæ omni ex parte est directa, non actio communi dividundo. Item actione pro socio non fit cuiquam adjudicatio rei communis: quia in ea actione ea de re non agitur, sed de dolo, de culpa sociorum, de rationibus reddendis, quæ tamen adjudicatio fit in actione communi dividundo, *l. 43. sup. hoc tit.* Præterea in actione pro socio veniunt nomina debitorum, ut & eorum ratio habeatur communiter inter socios. Nomina tamen debitorum non veniunt in actionem communi dividundo, *d. l. 43.* Quia ipso jure (hæc est ratio) nomina inter socios divisa sunt pro partibus, quas in societate habent, exemplo nominum hereditariorum ex 12. tabul. Et ad hoc maxime pertinet quod sequitur in §. *si communis*.

AD §. *Si communis*. Hic §. est de actione pro socio, qua socii agunt cum socio, penes quem pecunia, & arca communis est, id est, cum magistro societatis, quotiens quæstus, vel alicujus negotii coita societas est, de quo *lex 14. de pact.* pactum magistri societatis cæteris, & prodesse, & obesse. In actione autem pro socio, qua socii experiuntur cum magistro societatis, ut in hoc §. *si communis*, ostenditur (qui in hanc rem est singularis) primum deducitur, detrahitur ex communi pecunia, quod alicui sociorum abest propter societatem, ut si in societatem, ea manente, aliquid de suo impenderit, vel si quod propter societatem damnum senserit in rebus suis, & eo deducto, deinde spectatur quantum cuique debeatur ex quæstu, & pecunia communi pro partibus, quas in societate habent: res corporales veniunt in actionem communi dividundo, *l. 4. in princ. comm. divid.* pecunia, quæ debetur cuique ab eo, qui positus est supra pecuniam, & arcam communem, quique rationes societatis administrabat, qui erat magister societatis, venit in actionem pro socio, ut quod cuique debetur de pecunia communi pro rata, ἀναλόγως, id ei præstetur, ubi scilicet primore loco ex pecunia communi satisfactum erit ei, cui de suo aliquid ob societatem abest: ea enim tantum pecunia intelligitur esse communis, quæ eo deducto superest, quasi ære alieno societatis, ut vulgo dicitur, *Bona intelligi, quæ deducto ære alieno supersunt*, *l. subsignatum, §. bona, de verb. signif.* Sic dicito: Bona communia intelligi, quæ supersunt deducto eo, quod alicui sociorum de suo ob societatem abest. Id enim est æs alienum societatis præcipuum, quod ante omnia deduci oportet, antequam socii pecuniam inter se partiantur: denique prior est causa ejus, qui de suo proprio, quam qui de communi debito agit, quæ est sententia hujus §. *si communis*. Ex quo etiam intelligimus actionem pro socio, generalem scilicet, quæ est de supputandis, & reddendis rationibus, de restituenda societate: actionem, inquam, pro socio generalem inter socios partiri, quo verbo in hanc rem utitur *l. 67. §. si unus, inf.* actionem, inquam, pro socio generalem inter socios partiri pecuniam communem, quam magister societatis singulis debet, quod & *lex 63. §. si cum tres, sup.* ostendit. Actio pro socio partitur: actio communi dividundo dividit. Non est idem partitio, & divisio. Partitio fit numero, & venit in actionem pro socio: divisio fit specie, veluti regionibus certis unius fundi cuique sociorum adjudicatis, vel singulis sociis, singulis rebus adjudicatis: vel uni adjudicata re in solidum, eidemque injuncta præstatione æstimationis pro parte, quam persolvat alteri, quæ res omnis desiderat arbitrum, nec sine arbitro expediri potest, qui faciat adjudicationes æquas. Partitio autem, quæ fit numero, ipso jure societatis inter socios, sine arbitro peragitur. Hæc est nostra differentia inter partitionem, & divisionem: suam aliam habent rhetores, & Dialectici, partitionem esse totius, divisionem generis, partitionem infinitam, divisionem finitam. De actione pro socio notandum etiam hoc est, quod proponitur in §. *pen.* hujus legis.

AD §. *pen.* Hac actione plerumque agi distracta societate de reddendis rationibus, & partienda pecunia communi, de reddenda ratione doli, & culpæ generali judicio, ut *l. 5. C. eod. tit.* Si jam tibi, inquit, pro socio nata est actio, id est, si distracta, & finita societas est, vel etiam eodem judicio generali agi, ut distrahatur societas, sicut dixit initio hujus legis, si ideo, inquit, agatur pro socio, ut distrahatur societas; pro socio igitur generali judicio agitur distracta societate, vel ut distrahatur societas. Nonnunquam vero hic ostenditur pro socio agi etiam manente, & mansura societate, ut si societas vectigalium coita sit inter publicanos, quam societatem, quod sit ampla, & negotiosa valde, & variis sæpenumero implicita contractibus, non utique semper, neque temere eam distrahere expedit, atque ideo nec agere pro socio generali judicio, ut distrahatur, sed agi potest speciali judicio, puta ut quod vectigalium unus ex sociis exegit, & sibi retinet, id in commune conferat. Idem de qualibet societate privata dici potest, ut *l. 74. inf. hoc tit.* Socius omnium bonorum rem, quam sibi emit, actione pro socio communicare cogitur. Et in *l. 52. §. idem Papinianus, sup.* fratres, qui fecerunt societatem omnium bonorum judicio pro socio agunt, manente, & mansura societate, ut & castrensia, & quasi castrensia, veluti stipendia, congiaria, donativa, salaria, in commune redigantur, non veniant in collationem bonorum in successione ab intestato, veniant tamen in societatem omnium bonorum.

AD §. *ult.* In §. ult. hujus legis, ostenditur, in societatem omnium bonorum venire dotes uxorum, quia & eæ in bonis maritorum sunt, *l. quamvis, de jure dot.* quoniam Paul. ait in illo §. *ult.* si unus ex sociis omnium bonorum maritus sit, & distracta societate constante matrimonio agatur communi dividundo: si unus, inquam, ex sociis universorum bonorum sit maritus, & distracta societate constante matrimonio agatur communi divid. ait, maritum, quia sustinet onera matrimonii, in judicio communi dividundo debere dotem præcipere κατ' ἐξαίρετον, quoniam dos est pensatio onerum matrimonii, quod adhuc manet. Itaque in judicium communi dividundo officio judicis præcipuo jure sibi præcipiet dotem, ut *l. si maritus, & l. fundus, qui dotis, famil. ercisc. l. 2. C. eod. tit.* Vel si jam soluto matrimonio, atque adeo finitis oneribus matrimonii, distracta sit societas, & agatur communi dividundo, eadem die dotem præcipere maritus debet, qua & reddere uxori, veluti

prx-

præsenti die, si dos consistat in corporibus, vel annua, bima, trima die, vel hodie annua die, si consistat in iis, quæ pondere, vel numero, vel mensura constant, sicut generaliter dicitur in *l.27. & 28. sup.* Omne æs alienum, quod manente societate omnium bonorum in rem communem contractum est, sua die de communi solvendum: puta si debeatur in diem, vel sub conditione, non ante de communi esse solvendum, quam dies venerit, quo creditori solvi debet. Et interim si agatur communi divid. distracta societate, socio, qui æs alienum contraxit, cæteros cavere debere de indemnitate, cavere debere defensum iri eum adversus creditores, quum dies venerit exigendi æris alieni, vel cum conditio extiterit, ut *l. cum socii, sup. comm. divid.* Verum ut subjicitur in *l. seq.* si soluto matrimonio dos restituenda non sit, id est, si dos cedat lucro mariti, puta ex conventione: tunc dotis præceptioni nullus est locus, quoniam tunc dos venit in judicium communi dividundo, ut dividatur inter socios, non etiam, ut præcipua remaneat apud virum.

Ad L.LXVII. eod. *Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum: pretium dividi debet ita, ut ei caveatur indemnem eum futurum: quod si jam damnum passus est hoc ei præstabitur. Sed si pretium communicatum sit sine cautione, & aliquid præstiterit is, qui vendidit: an, si non omnes socii solvendo sint, quod à quibusdam servari non potest, à cæteris debeat ferre? Sed Proculus putat, hoc ad cæterorum onus pertinere, quod ab aliquibus servari non potest. Rationeque defendi posse: quoniam societas cum contrahitur, tam lucri, quam damni communio initur.*

Ad §. *Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam fœneraverit, usurasque perceperit: ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine fœneraverit. Nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet.*

Ad §. Si qoid *unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio, judicio societatis servabit, & usuras: si forte mutuatus sub usuris dedit. Sed & si suam pecuniam dedit: non sine causa dicetur, quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset.*

Ad §. Non alias socius in id, *quod facere potest, condemnatur, quam si confitetur, se socium fuisse.*

SUnt adhuc ex libro 32. leges tres, quæ pertinent ad actionem pro socio, *l.67. hoc tit. & l.16. de reb. cred. & l.6. de compensat.* In principio legis 67. ponit, unum ex sociis rem communem vendidisse consensu sociorum. Recte *consensu sociorum*. Nam citra eorum consensum plus sua parte alienare non potuit, etiamsi totorum bonorum socii fuerint, ut in *l.68. in princ. hoc tit.* videlicet ante dictatum judicium communi dividundo plus sua parte alienare non potuit sine consenso cæterorum: nam post dictatum judicium communi dividundo ne partem quidem suam alienare potest, nisi cæteri consenserint, *l.1. C. comm. divid. l.3. C. de commun. rer. alien.* ne alioquin quid invitis sociis jam cœpto judicio divisionis subtrahatur, subducatur, quia fieri potest, ut eo judicio tota ea res uni adjudicetur. Et idem hoc ipso libro Paulus scripsit de pecunia communi in *l.16. de reb. cred.* quam prius explicare occupabo.

Ad L.XVI. de Reb. cred. *Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet cæteri dissenserint. Quod si communem numeraverit, non alias creditam efficit, nisi cæteri quoque consentiant: quia suæ partis tantum alienationem habuit.*

SEnt. leg. 16. hæc est, ut nisi cæteri socii consentiant, non possit socius communem pecuniam mutuam dare, nisi pro parte sua. Ex quo sequitur, eum, si communem pecuniam ex arca communi mutuam dederit, non consentientibus cæteris, quia totam eam non fecit accipientis, non habere totius pecuniæ condictionem, nisi tota bona fide consumpta sit ab eo, qui mutuam eam accepit, cum eam existimaret esse dantis propriam in solidum. Quo casu, id est, si bona fide consumpta sit, etiam non esse condictionem ex numeratione, sive condictione de rebus creditis, sed esse condictionem ei, qui pecuniam mutuam dedit, ex consumptione bona fide facta, quæ conciliat mutuum, quæ condictio dicebatur etiam à veteribus *condictio de bene depensis*, id est, bona fide consumptis: interim ante consumptionem partem suam duntaxat condicere posse condictione *de rebus creditis*. Ut si sint tres socii certæ negotiationis, vel etiam omnium bonorum ex æquis partibus, & ex communi pecunia, & unus crediderit 30. non consentientibus cæteris, 10. tantum condicere potest ex numeratione, sive ex mutui causa, si pecunia extet, si bona fide consumpta sint triginta, *l.13. §. ult. eod. tit. l. si is, cui nummos, de solut.* Propriam autem pecuniam, ut ait eadem l.16. socius mutuando etiam non consentientibus sociis, omnimodo creditam eam facit (†) Hæc est sententia legis 16. quæ locum etiam habet in re propria, ut scilicet res propria unius socii invitis cæteris, omnimodo alienari possit, si nondum societatis judicio eam communicare coactus fuerit, quum totorum bonorum societas coita erat, *l.72. pro soc.* Nam antequam eam communicaverit, possit socius omnium bonorum videri proprium aliquid habere.

Regressus ad L.LXVII. Pro socio.

AT ut jam nunc exponam l.67. Si unus ex sociis consensu cæterorum, ut oportet, rem communem vendiderit, pretium ejus veniet in actionem pro socio distracta societate: ita tamen, ut ei caveant cæteri de indemnitate, si forte cum eo emptor experiatur evictionis nomine, re forte evicta emptori, vel si emptor agat cum eo, qui vendidit, cæteri caveant de indemnitate, vel quod idem est, de defensione, id est, defensuri eum adversus emptorem, servaturi eum indemnem omni damno, & quod ob eam causam emptori præstari oportebit, de communi præstituri, sicut si aliud quodcunque æs alienum socius societatis nomine contraxerit, eadem cautio indemnitatis, sive defensionis interponitur, *l.27. & 28. hoc tit. l. cum socii, comm. divid.* Sed ut subjicitur in hac l. Si prætermissa cautione hujusmodi, socius, qui vendidit rem communem consensu cæterorum, pretium communicaverit, id est, pretium in commune contulerit, ut divideretur sine cautione, ut dixi, qua tamen sibi prospicere debuit, & postea aliquid emptori præstiterit, nihilominus, etiamsi cautione sibi non prospexerit, à singulis sociis ejus, quod præstiterit emptori, partes feret, si modo omnes socii solvendo sint. At quid si quis ex sociis solvendo non sit, an inopia hujus onerat cæteros, qui idonei sunt, qui pares solvendo sont? Quod Cassius negasse videtur. Sed Proculi sententia verior est, ad onus cæterorum pertinere, quod ab aliquibus servari non potest: inopiam aliquorum onus esse cæterorum, qui locupletes sunt. Quod maxime notandum est in causa societatis. Et hujus sententiæ Proculi ratio hæc est, quia societas contrahitur non tantum ut lucrum, sed etiam ut damnum, & periculum omne sit commune, *l.52. §. quidam in f. h. t.* id ergo periculum etiam venditor agnoscit pro sua parte: exempli gratia si tres sint socii, primus, secundus, tertius, & primo, qui rem communem vendidit consensu sociorum absint 300. quæ præstitit emptori: secundus autem nihil facere possit redactus ad incitas, ut loquebantur, ad inopiam extremam, primus, & tertius locupletes sint, primus à tertio consequitur 150. tantum: nam ipse primus inopiæ secundi onus pro parte sua sustinere debet. Sequitur §. 1.

AD §. *Si unus.* Supra dixit Paul. de pecunia cōmuni credita ab uno ex sociis in *l.16. de reb. cred.* hoc loco agit de usuris, cum socius pecuniam cōmunem fœnori occupavit, & quærit, an usuræ illæ veniant in actionem pro socio, atque ita distinguit: aut societatis nomine, & periculo igitur, pecuniam communem fœneravit ex consensu sociorum: aut nomine, & periculo suo. Si societatis nomine fœneravit, usu-

(†) *Vide Merill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. 16.*

usuras, quas percepit, venire in actionem pro socio, & esse A partiendas, sive dividendas (nam dividere pro partiri nonnunquam accipitur) inter socios. Sed si suo nomine, & periculo pecuniam communem fœneraverit, si hoc fecerit, ut ad se nominis periculum pertineret, non ad socios, veluti pro pretio, sive pensatione periculi, æquum est, ut usuræ, quas perceperit, ad eum solum pertineant pro pensatione periculi suscepti. Quod comprobat aperte *l. postulante, §. ult.* in illo loco: *Quia suo periculo fœneravit, ad SC. Treb.* Idemque leges hic notatæ ab Accurs. *lex si navis, de rei vindic. l. idemque, §. si mandavero procuratori, sup. tit. prox. l. Titium, §. præfectus, de adm. tut.* Quæ omnes leges valde faciunt ad hunc locum, & ostendunt, cujus est periculum nominis, sive contracti debiti, ejus etiam solius esse debere compendium usurarum. Huic autem distinctioni hujus §. eleganter Paulus notat locum esse, si socii non fuerint socii om- B nium bonorum. Nam si fuerint socii omnium bonorum indistincte, sive suo, sive societatis nomine socius pecuniam communem fœneravit, periculum sortis commune est, ergo & usurarum emolumentum commune esse debet. Et hinc notant Græci rectissime, pecuniam commune fœnerare non esse eam convertere in suos usus, τὸ δανεῖσαι οὐκ εἶναι σύγχρησιν: nam si esset σύγχρησις, sic vocant pecuniæ communis conversionem in proprios usus sine distinctione: socius, qui fœneravit, si illa fœneratio esset conversio in suos usus, usuras sociis præstare deberet, quasi ex mora facta ipsa, *l. 1. §. 1. de usur. l. 60. hoc tit. sup.* pecuniam, inquam, communem fœnori collocare non esse eam in usus suos convertere, non certe, si societatis nomine eam collocaverit, non item si suo nomine, quia rem sui periculi fecit. Et idcirco hoc casu nullas pensitat ipse usuras sociis, sed quas C percipit, sibi habet pro pretio suscepti periculi. Hæc omnia summe notanda sunt.

AD *§. penul.* In §. penult. hujus leg. ostenditur, in actionem pro socio venire quod necessario de suo socius impendit in rem communem, ut *l. 65. §. si communis, supr.* Quod necessario, inquam, de suo socius impendit in rem communem, manente scilicet societate; nam quod impendit post distractam societatem, venit in actionem communi dividundo, non in actionem pro socio, *d. l. 65. §. si post.* At si manente societate, necessario de suo impendit in commune negotium, proculdubio id venit: impendium illud venit in actionem pro socio. Imo veniunt & usuræ ejus impendii, ejusve pecuniæ, quas scilicet percipere potuisset, si alii suam pecuniam mutuam dedisset, quam impendit in com- D mune negotium, vel etiam usuræ, quas ipse dedit, pecuniam mutuatus sub usuris, quam in commune negotium impenderet, *l. 19. §. pen. de neg. gest.*

AD *§. ult.* Restat hujus leg. §. ultim. in quo ostenditur, beneficium, quod habet socius omnium bonorum, non socius unius rei, ut ait *l. 16. de re judic.* ne socio condemnetur supra quam facere possit, supra vires facultatum suarum, quod quidem beneficium jus fraternitatis, quod societati inest, suasit socio dari omnium bonorum, quo cum socius agit, ut ait *lex 63. in princ. hoc tit.* Hoc, inquam, beneficium ei tantum dari, qui se socium esse confitetur, non qui, ut effugiat actionem pro socio, inficiatur se esse socium, ut *l. 22. §. ult. C. de re jud.* Inficiatori hoc beneficium non datur. Sicut ei, ex pluribus fidejussoribus, qui E dolo malo inficiatur, se esse fidejussorem, non datur beneficium divisionis, sed condemnatur in solidum: qui negat se esse fidejussorem, amittit beneficium divisionis, quod pluribus fidejussoribus contulit epistola Divi Adriani, *l. 51. §. ita demum, de fidejuss.* Sicut & qui falso negat, se esse feudatarium, ne pareat domino, amittit feudum, ut constat ex libris Feudorum. Ex ratione autem dandi sociis hujus beneficii, quæ proponitur in *d. l. 63.* ut dixi, quia societas, inquit, quodammodo fraternitatem in se habet, societas scilicet omnium bonorum: Ex ea, inquam, ratione intelligimus, eandem moderationem juris servari debere inter fratres. Quod tamen Accursius diffitetur. Verum si socium non possis damnare in solidum, cur possis fratrem? nam nec amicus, nec socius pluris, imo nec tanti debet esse, quam frater ex præcepto Hesiodi:

Μηδὲ κασιγνήτῳ ἶσον ποιεῖσθαι ἑταῖρον.

aut sane tanti frater, quanti socius. Homerus in fine Odyss.

. . . . οὐ μέν τι κασιγνήτοιο χερείων
Γίνεται, ὅς κεν ἑταῖρος ἐὼν πεπνυμένα εἰδῇ.

nulla fraterna conjunctio sanctior est, nulla necessitudo præponenda sanguinis conjunctioni. Cicer. ad Attic. *Posteaquam à fratre discessi, neminem pluris, quam te facio:* Ad actionem pro socio pertinet etiam *l. 9. de compensat.* quæ est ex hoc libro.

Ad L. IX. de Compensat. *Si cum filiofamilias, aut servo contracta sit societas, & agat dominus, vel pater, solidum per compensationem servamus. Quamvis si ageremus, duntaxat de peculio præstaretur.*

Ad §. Sed si cum filiofamilias *agatur: an quæ patri debeantur, filius compensare possit? Et magis est admittendum, quia unus contractus est: sed cum conditione, ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est, non exacturum quod is compensaverit.*

CUm filiofamilias, vel servo contracta societate, si pater, vel dominus agat pro socio, quoniam omnia jura, omnes actiones filius adquirit patri, si, inquam, pater, vel dominus ex contractu societatis habito cum filio, vel servo, agat cum socio, per compensationem, quod vicissim ei, cum quo pater agit, vel dominus, debet filiusfamil. vel servus, servabit in solidum, quia dominus, vel pater agendo, ratam societatem facere videtur. Et tamen si non ageret pater, vel dominus, sed ageret socius filiifamil. vel servi, in patrem, vel dominum actione pro socio non ageret in solidum, sed de peculio tantum. Solidum quod non potest servari per actionem, servatur per compensationem, quoniam æquum est, ut pater, vel dominus, qui agit pro socio in solidum, & ex eadem causa patiatur compensationem in solidum. Quid autem fiet si agatur cum filiofamilias, (non ponitur cum servo, quia cum servo non potest esse actio) quid, inquam, si socius agat cum filiofamil. actione pro socio: an potest compensare filius, quod patri societas debet? Et respondet, posse: quia unus contractus est, id est, una societas, ex cujus causa patri quæsita obligatio est. Sed debet filius, si velit compensare quod patri societas debet cavere de rato, id est, patrem compensationem ratam, & gratam habiturum, nec exacturum quod is compensaverit. Et ita etiam quum pater egit pro socio in socium filiifam. cavere debet opposita compensatione de judicato solvendo, *l. 3. §. ult. rer. amot.*

REstant adhuc leges tres, quæ huic libro 32. adscribuntur, sed falso. Una est *l. 7. loc.* quæ reddenda est 34. Aliæ duæ sunt *l. 1. de rer. permut.* & *l. 71. ad leg. Falcid.* quas libro proximo explicabimus. Explicit liber 32.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. de Contrahend. emp. *Origo emendi, vendendique à permutationibus cœpit. Olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur: sed unusquisque secundum necessitatem temporum, ac rerum, utilibus inutilia permutabat: quando plerunque evenit, ut quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles: electa materia est, cujus publica, ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis, subveniret, eaque materia forma publica percussa usum, dominiumque non tam ex substantia præbet, quam* ex

ex quantitate: nec ultra merx utrumque: sed alterum pretium vocatur.

Ad §. Sed an sine nummis *venditio dici hodieque possit, dubitatur. Veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem: Sabinus, & Cassius esse emptionem, & venditionem putant. Nerva, & Proculus, permutationem, non emptionem hoc esse: Sabinus Homero teste utitur, qui exercitum Græcorum ære, ferro, hominibusque vinum emere refert, illis versibus.*

Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσι,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσιν. Id est.
Hinc quidem vinum emebant comati Achivi:
Alii quidem ære, alii autem splendido ferro.
Alii vero pellibus, alii autem ipsis vaccis,
Alii autem mancipiis.

Sed hi versus permutationem significare videntur, non emptionem: sicut illi

Ἔνθ' αὖτε Γλαύκῳ Κρονίδης φρένας ἐξέλετο Ζεύς,
Ὃς πρὸς Τυδείδην Διομήδεα τεύχε' ἄμειβε: Id est,
Hic rursus Glauco Saturnius mentes exemit Juppiter,
Qui cum Tydide Diomede arma mutavit.

Magis autem pro hac sententia illud diceretur, quod alias idem Poeta dicit.

πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν. id est,
Emit possessionibus suis.

Sed verior est Nervæ, & Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere: alius emptor, alius venditor: sic aliud est pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.

Ad §. Est autem emptio *juris gentium, & ideo consensu peragitur, & inter absentes contrahi potest, & per nuntium, & per literas.*

CUM egisset Paulus libro superiori de mandato & societate, hoc libro agere instituit de emptione, & venditione, & libro sequenti de locatione, & conductione. Qua ratione, & quæ superiori libro falso adscribuntur *l. 71. ad leg. Falcid. & l. 1. de rer. permutat.* quæ sunt de emptione, & venditione, non de mandato, vel societate, huic libro reddendæ sunt, quod & *dictæ leg. 1. de rer. permut.* conjuncta *lex 1. de cont. empt.* à qua mox incipiam, manifestum faciet. Eademque ratione *lex 7. locati*, quæ est de locatione, & conductione, & falso etiam adscribitur libro superiori, reddenda est libro sequenti. Tractaturus autem hoc libro 33. Paulus de contractu emptionis, & venditionis, primum docet, emptionem, & venditionem originem, & causam cœpisse à permutatione, qui contractus longe vetustior est emptione, & venditione. Nec enim fuit olim ulla emptio venditio, ulla locatio, conductio, ullusve nummorum usus, sine quibus emptio venditio, locatio conductio non consistit. Ulpianus in *l. 2. hoc tit. sine pretio*, inquit, *nulla venditio est*, id est, sine conventione certi pretii, quod in pecunia numerata consistat. Idemque de locatione dicendum est, quæ dicitur proxima esse emptioni, & venditioni, & iisdem regulis juris constare, *l. 2. loc.* Et inde Papinianus in *l. pacta, inf. hoc tit.* emptionis substantiam ex pretio consistere. Et Ulpianus in *l. 19. §. pen. de æd. edict.* emptorem esse eum, qui pretio emit, id est, qui pro re, sive merce, quam à venditore sumpsit, certos nummos adnumeravit. Nummis emuntur res, non rebus: aut quum res rebus emuntur, permutatio id potius est, vel quod idem est contractus do, ut des, *l. naturalis, §. 1. de præscript. verb.* ut si togam do, ut tunicam accipiam: si bovem do, ut servum accipiam: neque enim in permutatione ullum pretium, ullive interveniunt nummi, sed est in ea utraque merx, non ut in emptione venditione aliud merx, aliud pretium. Cajus Solinus de Silurum gente: *Custodiunt*, inquit, *morem vetustum, nundinas, & nummum refutant: dant res, & accipiunt, mutationibus necessaria potius, quam pretiis parant.* Et in hoc quidem genere negotii, quod permutatio dicitur necessitas, atque indigentia rerum, est modus rerum, mensura rerum, συμμετρία, quod ut arbitror ex Aristotele, qui hoc

A scripsit libro 5. & hic Paulus significat in hac *l. 1.* dum ait: *Pro necessitate temporum, & rerum* (duplicem speciem necessitatis notat) *utilia inutilibus permutare: quando plerunque evenit, ut quod alteri superest, alteri desit.* In negotio autem emptionis, & venditionis nummus est mensura rerum, & ea quidem longe certior, & verior. Quia enim vix una res alii unquam ex æquo per omnia respondet, ea res plurimum inæqualem facit rerum permutationem. At nummus semper facit æqualem. Denique, ut idem Philosophus ait, in indigentiæ locum tandem, quia nec semper ea concurrebat ex utraque parte contrahentium, aut si concurrebat, non semper ex utraque parte erat æqualis, ita ut semper faciendæ permutationis rerum copia esset, aut æqua potestas, successit nummus ex instituto, & quasi compacto Reipublicæ; qui res omnes metiretur, quique apud

B eum, qui in præsenti forte nulla re indiget, esset veluti sponsor, quo fretus id, quo postea quandoque indigere cœpisset, sibi compararet. *Electa*, inquit, *est materia, cujus publica, ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret.* Electa est materia ἐξ ὑποθέσεως, ut ille ait, vel κατ' συνθήκην, quasi ex communi conventu, ex communi Reipub. sponsu. *Ejus publica*, inquit, *& perpetua æstimatio.* Publica æstimatio est, cujus forma publica, sive character publicus est, index æstimationis, & potestatis cujusque nummi. Eademque æstimatio, ut aiti *perpetua est*, quia etsi contrario consensu populi mutari æstimatio possit, vel tolli penitus reprobatis nummis, tamen certa plerunque est, aut simpliciter certa est, non arbitraria, publica, non privata. Quod publicum est, id auguramur fore perpetuum. Certa nummorum æstimatio, ut

C ait *l. 3. de in lit. jur.* Et ideo quum nummi in judicio petuntur, nunquam defertur jusjurandum in litem, quia defertur ejus rei, qua de agitur, æstimandæ. Atqui nummorum æstimatio certa est, *d. l. 3.* Qua quidem æstimatione, ut dixi, metimur res omnes, quæ mercis numero habentur, neque enim merce nummi æstimantur, sed merx nummis, *l. si ita fidejuss. de fidejussor.* & Teoph. noster in *§. constituitur, de usufr.* Sequitur in hac l. *Eaque materia forma publica percussa usum, dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate.* Sensus est formam illam publicam, quæ nummis imprimitur, esse indicem, esse notam, sive monetam quantitatis, & æstimationis cujusque nummi. Quod Aristotel. sic explicat 1. Polit. ὁ χαρακτὴρ ἐτέθη τοῦ ποσοῦ σημεῖον. Χαρακτῆρα vocat, quod Paul. formam. Ac præterea nummus usum, dominiumque sui præbere,

D non tam ex substantia, id est, ex qualitate, & temperatura materiæ suæ, quam ex quantitate, id est, ex potestate, & æstimatione, quam typus ille publicus indicat. Et ut ait *l. si is, cui nummos 94. de solut.* eleganter, *non corpora nummorum spectari, sed quantitatem, notamve publicam.* Substantiam vocat Paulus, quod M. Tullius *naturam auri, vel argenti, vel æris: quantitatem*, quod idem *facultatem 12. ad* Atticum, *noscenda est natura auri scilicet, vel argenti, vel æris, quod ab argentario accepturus es, non facultas modo.* Ad hæc quærebatur olim, an & sine nummis in cæteris rebus pretium emptionis venditionis esse posset, quod & in locatione conductione quæri solebat, *§. præterea, Institut. de locat. & conduct.* Veluti si ego togam darem tibi, & tu vicissim veluti pro pretio togæ mihi tunicam dares, an emptio venditio esset; vel si ego tibi rem aliquam utendam, sive

E fruendam darem, & invicem aliam utendam, sive fruendam aliam rem acciperem, an locatio, & conductio esset? Et Sabiniani quidem, ut hoc loco Paulus docet, existimabant emptionem venditionem esse, aut locationem conductionem: rem rei pretium esse posse, si hoc ageretur inter contrahentes. Denique permutationem rerum emptionem venditionem esse, non separatum contractum ab emptione venditione. Et ut hoc loco Paulus refert, Homero teste utebantur, qui Trojanis temporibus, scribit Græcos vinum sibi emisse ære, ferro, coriis boum, bobus, captivisque *7. Iliad.* his versibus, qui hoc loco proponuntur. In quibus verbum illud οἰνίζοντο. Sabiniani sic interpretabantur, *vinum emebant bobus, aut servis*, ut subjicit, ut Didymus quoque ἀντὶ τοῦ ὠνοῦντο, οἶνον ἠγόραζον. *Theoph.* Verum

hoc argumentum, quod Sabiniani ex illo Homeri loco ducunt, parum idoneum esse Paulus ait, quoniam quidem his versibus,eoque ipso verbo οἰνίζοντο, permutatio potius, quam emptio significari videtur,ut οἰνίζοντο sit,*non vinum emebant, sed vinum parabant, aut sibi comparabant*. Certe Plinius 33. *mutandi* verbo utitur in eorum versuum interpretatione, si credimus libris manu exaratis, in quibus ita est: *Cum res ipsæ permutarentur inter se, sicut & Trojanis temporibus factitatum Homero credi convenit: ita enim, ut opinor, commercia victus gratia invecta, alios coriis boum, alios ferro, captivisque mutasse tradit*, non ut vulgo, emptitasse. Et Servius quoque 3. Georg. ex Cajo nostro hunc Homeri locum notans; *Apud majores*, inquit, *omne mercimonium in permutatione constabat: Quod & Cajus Homerico confirmat exemplo*. Hæc servius. Et illum quoque Homeri Eustathius interpres plane accipit de permutatione, dum ait, ἀμοιβαῖς οἱ παλαιοὶ ἐχρῶντο, οὐ νομίσμασι, *permutationibus veteres utebantur, non nummis*. Et subjicit eleganter, οὔπω γὰρ ἦν παῤῥησία νομίσματος δολοποιοῦ ἐν ἀνθρώποις: *Nondum enim inter homines ulla erat dolosi nummi fiducia*. Itemque Homerus, quod & hoc loco Paulus notat, quum agit de permutatione armorum Glauci, & Diomedis,utitur ipso verbo *permutationis* proprio,non *emptionis* verbo,ἀμείβειν. Verum, ut & idem Paulus notat, idem Homerus 1. Odyssea, quod ait, πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν,*emit rebus suis, possessionibus suis*, ancillam scilicet, id magis facit pro Sabinianis. Nam πρίασθαι proprium est emptionis verbum, non permutationis. Sed hoc quoque argumentum imbecillum est. Nam & iis verbis ἀμείβειν, vel ἀλλάττειν, & πρίασθαι,& ὠνεῖσθαι Græci promiscue utebantur,sicut Latini verbis emere, & mutare, vel permutare. Quod ut pluribus planum faciam, non est opus. Verior autem est Proculianorum sententia, quæ etiam irroboravit, jamque inveteraverit, & quam etiam confirmat ille locus de permutatione armorum Glauci, & Diomedis, permutationem scilicet emptionem non esse, *l. naturalis*, *§. 1. de præscrip. verb.* quia placet, inquit, hodie, sedata veteri controversia Jurisconsultorum, permutationem non esse emptionem: aliud esse permutationem, aliud emptionem:item aliud genus negotii esse dare,& accipere vicissim rem utendam, vel fruendam: aliud locare, & conducere rem certam certo pretio, ut in specie *l.si gratuitam*, *§. si cum unum, de præscrip. verb.* si cum unum bovem quis haberet, & vicinus quoque ejus unum tantum, convenit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus rurestre facerent: quod genus negotii contrahitur plerunque. Et congruit in hanc rem optime ille locus Hesiodi.

Ῥηΐδιον γὰρ ἔπος εἰπεῖν βόε δὸς, καὶ ἄμαξαν
Ῥηΐδιον δ' ἀπανήνασθαι.

Qui locus est etiam de mutuo boum commodato. Hoc, inquam, proprium esse genus contractus, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, veluti ex articulo facio, ut facias, commodatum non est, quia non est gratuitum: & commodatum omne est gratuitum: locationem conductionem non esse, quoniam non interveniunt nummi pro mutuo usu boum. Et eodem modo verius est, aliud esse permutationem, sive do, ut des, ex quo negotio nascitur actio præscriptis verbis, sive in factum: aliud emptionem, & venditionem, ex quo negotio nascitur actio ex empto vendito: permutatis rebus emptionem non contrahi: sed proprium genus contractus, quod permutatio dicitur, sine nummis emptionem non contrahi. Et ad ultimum emptionem nummis contrahi, non rebus, ut ait *l. pen. C.de rer. permut.* emptionem nummis fieri, non rebus: nummis fieri (Hoc enim sic intelligendum est) quos dari convenerit ab initio gerendi negotii pro mercis pretio.Initium contractus semper spectandum est, origo & causa contractus, *l. 8. in princip. mand. l. 12. ad Senatusc. Macedon.* Si ab initio convenerit de pretio certo, de nummis certis numerandis pro merce, emptio venditio est, licet ex post facto volenti pretii vice res data sit, puta servus, vel bos,licet, inquam,res data in solutum, non pecunia numerata, *l. pretii, C.de rescind. vend.* Sicut si pecunia certa credita sit ea lege,ut non eadem ipsa pecunia,sed alia ejusdem generis, & quantitatis quandoque solvatur, mutuum est, quamvis postea vice pecuniæ creditæ volenti res detur in solutum, *l. manifesti, C.de solut.* Quia initium contractus spectandum est: initium contractus format contractum, non quod ex post facto supervenit, & retro quoque emptio venditio est,si de certa merce ab initio,quæ certo pretio veniret,convenerit, licet postea ea merx ad emptorem non perveniat,ut si βόλον, sive retis jactum, vel si pantheram emerit,& piscator,vel auceps,qui vendidit,nihil ceperit, nihil pertinet ad emptorem,& tamen pretium præstare debet venditori actione ex vendito,*l.emptorem 12.§.ult.de act. emp.* Permutationem etiam rerum, emptionem venditionem non esse, ex eo etiam apparet, quod in permutatione discerni non potest quid sit merx, quid pretium, quis sit venditor, quis emptor, nec natura patitur,ut uterque contrahentium sit venditor, & emptor, vel utraque res merx & pretium.Et hoc fieri in extremo hujus legis Paulus scribit,& repetitur iisdem verbis in *l.1.de rer.permut.*quæ alias explicabitur. Quo argumento evincimus illam *leg.1.de rer. permut.* esse vindicandam huic libro, qui totus etiam est de emptione venditione, non libro superiori, qui est tantum de mandato, & societate, non de emptione venditione. Ac præterea pleræque aliæ differentiæ inter permutationem,& emptionem explicantur in illa lege 1. Secundum hæc, quæ dixi hactenus, recte quidem statues, permutationem esse vicinam, proximam, similem emptioni venditioni, ut *l. 2. de rer. permut. l. 2. C. eod. tit. & Novell. Valentiniani de confirmandis iis, quæ offic. publ. gerentibus distracta sunt*. Non etiam recte dices, permutationem esse emptionem: aliud est esse simpliciter, longe aliud esse simile. Vel ex diverso etiam, recte dices emptionem venditionem permutationem referre, permutationi esse similem. Similitudo enim, & adfinitas omnis est reciproca. Qua de causa,id est, quia emptio vicina similis est permutationi, tametsi nummi sint ex instituto civili, sine quibus emptio non consistit, tamen dicitur emptio esse jurisgentium, sive naturalis in *§.ult.h.l.& l.ex hoc jure, de justit. & jur.* quia scilicet permutationem imitatur, quia ex permutatione originem ducit, quæ absque dubio jurisgentium est, ut subjicit in fine hujus legis, emptionem venditionem, quia scilicet est jurisgentium, consensu nudo peragi, re nondum tradita,pretio nondum adnumerato, quia, inquit, est jurisgentium, consensu nudo peragitur inter absentes, vel inter præsentes: & quia jurisgentium est, non desiderat verborum solemnia, aut ullius scripturæ proprietatem, ut stipulatio, ut obligatio contracta nominibus ad mensam argentarii, quæ obligationes sunt juris civilis. Et ita *lex 1.inf.loc.* ait locationem conductionem esse naturalem, & omnium gentium, locationem conductionem esse jurisgentium, quia non verbis, inquit, contrahitur, alioquin esset juris civilis, si, vel verbis, vel scriptura solemni contraheretur, sed contrahitur consensu nudo, sicut emptio venditio.

Ad L. 1. de Rer. permut. *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor, vel uter venditor sit, multumque differunt præstationes: emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito. Venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari dolo malo. Itaque si evicta res non sit, nihil debet. In permutatione vero, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet: si merx neutrius. Sed cum debeat, & res, & pretium esse: non potest inveniri, quid eorum merx, & quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res, & veneat, & pretium sit emptionis.*

Ad §. Unde *si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur: in factum dandam actionem, respondetur.*

Ad §. Item *emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet: alioquin si res nondum tradita sit nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent: ut in emptione, venditione, conductione, mandato.* (✠) Ad

(✠) *Vide Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 28.*

Ad §. Ideoque *Pedius ait, alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem.*

Ad §. Igitur ex *altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere: non hoc agemus, ut interesse nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta.*

LEgi primæ de contrahenda emptione, quam heri interpretati sumus, conjungenda est *l.1. de rer.permut.* cujus initium ex illa repetitur, eoque demonstratur, quæ est summa, & prima differentia inter emptionem, & permutationem, non eandem esse substantiam emptionis, venditionis, & permutationis, nec idem utrumque contractus genus. In emptione venditione discretam esse mercem à pretio, discretum venditorem ab emptore; in permutatione discerni non posse, uter sit venditor, uter emptor, utrum sit merx, utrumve pretium, quod omne jam satis exposuimus. Sequuntur aliæ duæ differentiæ in hac lege 1. Ac primum quidem tenetur in hoc, & obligatus est actione ex vendito, ut nummos suos, non tantum puros, probos, prophanos, sed etiam suos nummos numeret venditori, id est, ut nummos faciat venditoris: alioquin judicio venditi non liberatur, *l. cum servus, mand. l.ex empto, §.1. de act. empt.* Venditor autem necesse non habet mercem facere emptoris: necesse non habet suam mercem dare: nam & alienæ mercis venditio est: denique sufficere venditori, si tradat possessionem vacuam, nec interpellatam; mercis sive rei emptorem nummos dare oportere, quod est, dominium eorum in venditorem transferre: venditori sufficere, si vacuam possessionem rei venditæ tradat emptori, & se obliget, ut ait in hac lege, id est, caveat quoquomodo evictionis nomine: ac præterea purget se dolo malo, id est, præstet caveatque, se nihil in ea re dolo malo fecisse: sciente se, sciente animo suo rem alienam, vel rem alii obligatam non vendidisse, bona fide accessisse ad venditionem rei, quam suam esse arbitrabatur. Itaque si dolus malus absit, si possessionem rei venditæ tradiderit, si ea res jure judicioque emptori evicta non sit, proculdubio nihil venditor emptori debet: si dolus interveniat, aut scientia rei alienæ, vel scientia pignoris contracti in ea re, quæ venit, etiam re tradita nec dum evicta, venditor tenetur emptori actione ex empto: si dolus non interveniat, aut scientia, & res tradita sit emptori, nonnisi re evicta tenetur emptori de evictione, non tenetur ante evictionem, quæ omnia confirmantur etiam *d.l.ex empto, §.1. & l.Julianus, §. si Titius, & l.servus, quem, §. ult. eod. tit. l.si duo, §. si quis juraverit, de jurejur. l.25. §. 1. de contr. emp. & l.3. C.de evict.* In cautione autem illa, quam venditor emptori præstare debet evictionis nomine, hæc erant verba solemnia: *Habere recte licere eam rem*, ut exprimam plenam formulam, *quæ à me tibi vendita, & tradita est, per me tibi, successoresque meos, & per alium quemcunque habere recte licere, d. l.* Julianus, *§.venditorem, & §.pen. de act.empt. l.38. de verb. oblig.* Ad quam formulam respiciens Paulus hoc ipso libro in *l.188. de verb. signif. in l.habere*, docet ex his verbis, *habere recte licere*, non hoc debere præstare venditorem emptori, ut jure dominii rem habeat emptor, quoniam obligatur ad tradendum, non ad dandum, sed ut ejus rei, quæ vendita, & tradita est, possessionem emptor obtineat sine interpellatione. Ac præterea eadem *lex habere*, quæ est ex hoc ipso libro, docet de ea re caveri, id est, evictionis nomine caveri à venditore emptori, non tantum nuda promissione, ut fit vulgo, nuda cautione, sed etiam, quum hoc nominatim agitur, caveri ea de re personis, vel rebus: personis, puta datis fidejussoribus, qui secundi auctores dicuntur, & *βεβαιωταί*, & *πρεσοσίροσε*, *l.4. de evictionibus*, si convenerit, ut darentur prædes, ut auctoritatis, id est, evictionis darentur fidejussores emptori, *d.l.4. d. l. Julianus, §. item si convenerit. Si convenerit cum res veniret, ut locuples ab emptore reus* (id est, expromissor Accursio) *detur, ex vendito agi posse, ut id fiat*: vel caveri rebus, veluti datis pignoribus, vel hypothecæ oppositis eo nomine prædiis. Itaque illa etiam *lex habere* pertinet ad ea, quæ hoc loco docet Paulus, venditorem emptori præstare debere. Et dixi ad formulam illam cautionis, quæ de evictione interponitur. Verum ad hæc quæri adhuc potest, quæ sit ratio varietatis inter emptorem, & venditorem, cur hic non cogatur facere rem accipientis, ille cogatur nummos facere accipientis? Et ratio, ut breve faciam, hæc videtur esse, quia dissimilis est debitio pecuniæ, & debitio corporis certi. Emptor pecuniam, sive quantitatem debet, venditor speciem certam. Et facilior utique pecuniæ, quæ sua sit, conquisitio, confectio, præstatio est, quam corporis certi. Et ad ultimum dicam etiam cum *d. l. ex emp. §.1. & cum l. si in vendit. de evict. & cum l.ult. C. de asser. toll.* hanc esse naturam contractus emptionis, & venditionis, ut emptor suos nummos solvat, venditor æque suam rem, si sua sit ea res, quam vendidit, vel si sua non sit, quam forte imprudens, & errans vendiderit prorsus, ut obligetur evictionis nomine, vel ex cautione, quam interposuerit, vel hujus judicii potestate, hujus negotii natura, judiciique, quod ex eo nascitur potestate. Hæc autem varietas præstationum in permutatione non existit, non cernitur. Et in hoc est differentia, quia inveniri non potest contracta permutatione, quis sit venditor, quis emptor, quid merx, quid pretium, & utrumque potius merx esse videtur, ut & Paulus significat in *l.1. de contrah.emptio.* illo loco, *nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur*. Et consequenter quia utrumque merx esse videtur, uterque contrahentium tenetur evictionis nomine duntaxat, non etiam omnino, ut rem faciat accipientis. Quamobrem, ut subjicit in hac lege, si res evicta sit, quam quis dedit, vel accepit permutationis gratia, in factum, id est, præscriptis verbis actionem dandam, videlicet in id, quod interest, respondetur, ut in *l.si permutationis, C. de evict. Et respondetur*, inquit, id est, respondent omnes Jurisconsulti concordibus sententiis, nec ullus refragatur. Et in hoc est labor, quoniam omnino refragari videtur, quod paulo post ex sententia Pedii Jurisconsulti refert Paulus: *Alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*. Igitur ex altera parte traditione facta, si & alter vicissim nolit tradere, non competere actionem præscriptis verbis ei, qui occupavit pro sua parte rem tradere, quæ actio ex permutatione nascitur, quia nulla permutatio est, quum rem alteri tradidit, sed esse tantum condictionem traditæ rei, condictionem ob causam, quasi causa non secuta, si & alter vicissim ex sua parte rem tradere nolit. An igitur secundum hanc sententiam Pedii dicemus, perinde atque si in permutatione utrumque pretium esse intelligeretur, neutrum liberari, aliter, quam si rem, quam dedit, fecerit accipientis? Minime: quoniam in interpretanda illa Pedii sententia, ita liquido distinguendum est, ut qui alienam rem dedit permutationis gratia, ut aliam invicem acciperet, si alter nolit tradere, non agat adversus eum actione præscriptis verbis, quod est in fine hujus legis, quæ ex permutatione nascitur, videlicet ut sibi vicissim aliam rem det, vel ut præstet quanti interest eam rem accipere, ut inquit, in hoc non agat actione quali ex permutatione, id est, præscriptis verbis, quia ex parte sua conventionem non videtur implesse, qui alteri rem alienam dedit, quia avocari ei à domino, & auferri potest: sed tamen ut habeat rei datæ condictionem, sive repetitionem, ut scilicet ea res, quam dedit sibi *contra reddatur*: sic rectissime Florentiæ scriptum est in fine hujus legis, *quasi re non secuta*, id est, quasi eo quoque, cui eam rem dedit ex sua parte non implente contractum. At vero, ut is, qui ab illo rem alienam accepit, si ex sua parte impleverit contractum, id est, si suam rem ei dederit, evicta re, quam accepit, cum illo agere possit præscriptis verbis, sive in factum, ut dixit supra, quasi ex contractu permutationis: denique ut ex parte ejus, qui rem alienam tradidit, non sit actio præscriptis verbis, quæ ex permutatione nascitur, ergo nec permutatio: sed sit condictio tantum ob rem dati re non secuta: ex parte autem ejus, qui rem alienam accepit, & vice mutua suam rem dedit, sit actio, quæ ex permutatione nascitur, id est, præscriptis verbis evictionis nomine: & permutatio igitur: ut sit ex illius parte, vel si malit agere condictione rei suæ, quam dedit, quam ex permutatione præscriptis ver-

bis, ut sit ei parata condictio, ut vel hac, vel illa actione liberum illi sit agere, *l. 1. C. eod. t.* Proinde sic statuamus, re aliena ab alterutro data, claudere permutationem: ex parte ejus, qui dedit rem alienam, non esse permutationem: ex parte ejus, qui accepit, esse permutationem, sive obligationem ex permutatione, & actionem. Id vero sæpe evenit & in contrahendis aliis negotiis, ut claudeant, nempe ut *μονοπλευρα*, & ab una duntaxat parte consistant, non ex utraque, *l. potest, mand.* Ut si mandatarius egressus sit mandatum, mandatum consistit ex parte mandatoris, non etiam ex parte mandatarii, *l. Julianus, §. si quis a pupillo, de act. empt.* At quum unus rem suam recte dedit permutationis causa, & fecit accipientis, si alter ei quoque vicissim rem suam, de qua convenit, nolit dare, tum ei, qui dare occupavit, sane liberum est, aut agere præscriptis verbis, quasi ex permutatione, quanti interest, rem, de qua convenit, accipere, vel si rem suam recipere malit, quam dare occupavit, condictione ob rem dati re non secuta, quia tum ex sua parte, ex utraque parte permutatio consistit. Et hoc ostenditur in *l. naturalis 5. §. 1. præscript. verb. l. 4. C. de rer. perm.* Et ita hic articulus explicandus est. Et cum hac interpretatione congruunt etiam hæc Accursii verba, quæ notat ad illa Pedii: *Alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* Sed hæc sola Accursii verba, quod ad hoc, inquit, ut alius non teneatur implere contractum, perinde ac si res sua facta esset, nimirum, qui ei, qui rem alienam dedit, non competit actio præscriptis verbis, qua cogat illum implere contractum ex sua parte, sed competit tantum dati repetitio. Et in hanc quoque rem Accursius simile exemplum assumit (†) ex *l. ult. de condict. caus. dat.* Ubi proponitur, ita gestum simile negotium: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, id est, ut Stichum meum faceres: dedi igitur tibi pecuniam, ut tu quoque Stichum meum faceres: hoc negotium nulla emptio est, nulla etiam permutatio est: nulla igitur emptio, nulla permutatio negotio ita gesto, ut proposui, contracta intelligitur. Et ideo nec mihi actio præscriptis verbis datur, sed datur tantum mihi condictio ob rem dati re non secuta, sive mortuus fuerit Stichus, antequam eum mihi traderes, neque enim Stichum à te petere possum actione præscriptis verbis, quia mihi periit, sed pecunia, quam prorogavi, certe mihi non periit. Et ideo ejus mihi repetitio competit, ut *d. l. naturalis, §. 1.* Idemque erit, si alienus fuerit Stichus, quem mihi tradidisti, cum convenisset ut eum mihi dares, ut eum faceres meum, non est actio præscriptis verbis, quia eum non fecisti meum, sed est condictio tantum pecuniæ datæ. Idemque erit, si tuus fuerit Stichus, quem mihi dedisti, & pro evictione ejus cavere nolis, quia & hoc casu, quamdiu non vis cavere pro ejus evictione, competit mihi condictio datæ pecuniæ. At male idem Accursius, & ad illa verba, quæ notavit ad Pedium: hæc extrema verba hujus legis: *igitur ex altera parte traditione facta, si alter nolit rem tradere, non in hoc agemus.* Hæc verba, *non in hoc agemus, quod interest nostra, illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur*: hæc, inquam, verba male accipit ἐλλειπτικῶς, ut non accipiatur, pro *non solum*: *non in hoc*, id est, non solum in hoc. Et, *sed ut res*: pro *sed etiam ut res*, ita ut hæc postrema verba, *re aliena tradita ei, qui tradidit*, utramque deferant actionem, & præscriptis verbis, & condictionem dati. Sed hanc interpretationem, sive ἔλλειψιν, neque abscisus, & quasi teres hujus orationis habitus, neque res fert. Quæ restant sunt facillima. Restat altera differentia inter emptionem, & permutationem, quæ proponitur in *§. item emptio*: emptio venditio nudo consensu contrahitur, hoc est certissimum. Permutatio autem re contrahitur, non consensu nudo: Permutatio, inquit, ex re tradita initium obligationi præbet. Alioquin si convenerit duntaxat inter nos de permutandis rebus: nec quisquam nostrum quidquam adhuc tradiderit, id est, ex nudo placito permutationis, obligatio non nascitur, *l. 3. C. eod. tit.* Hoc enim, inquit, ut ex nudo pacto, nudo placito, nudo consensu, nuda consentientium voluntate nascatur obligatio, in iis duntaxat contractibus receptum est, qui nomen proprium habent, ut in emptione, venditione, locatione, conductione, societate, mandato, *l. 2. de oblig. & action.* Hi contractus, qui nomine proprio, & legitimo præditi sunt, perficiuntur nudo placito, nudo consensu. Contractus autem, qui vacant proprio nomine, non perficiuntur nudo consensu, id est, non pariunt obligationem ex consensu nudo, ex consensu solo. Et hujusmodi est purmutatio. Hoc enim nomen *permutatio*, perinde atque hoc nomen *συνάλλαγμα*, commune est nomen, non proprium nomen. Specialiter autem attribuitur articulo, sive negotio *do, ut des*. Qua ratione & Aristoteles medium inter adrogantiam, & dissimulationem, itemque medium inter adsentationem, & morositatem, quod ἀνώνυμον esse scribit *4. Ethic. ad Nicom.* non pugnat secum, quum alibi veritatem facit esse medium inter adrogantiam, & dissimulationem. Ac rursus amicitiam esse mediam inter adsentationem, & morositatem, quia veritatis, & amicitiæ nomina latius patent, quam ut hujusce medii propria nomina dici possint. Itaque permutatio eodem modo non est proprium nomen contractus do, ut des, quia latius patet. Ex eo autem, quod dixit, permutationem non ex consensu nudo, sed ex re tradita initium obligationi præbere, Paulus infert quod sequitur, *ideoque Pedius ait*, alienam rem dantem, &c. *Ideoque*, quia scilicet ex re tradita permutatio initium obligationi præbet, quod jam anteverti explicare, subintulit quale id esset, quave distinctione adhibita id excipi oporteret.

Ad L. XVII. de Contrah. emp. *Officio tamen judicis pretium minuetur.*

Legem primam *de contr. emp.* cum qua conjungendam esse indicavi *l. 1. de rer. perm. & l. 188. de verb. signif.* ordine ipso sequitur *l. 17. de contrah. emp.* quæ hoc vult: fundum recte emere eum, qui ejus fundi usumfructum habet. Dominum fundum suum recte non emere: fructuarium recte fundum emere, in quo usumfr. habet: neque enim rem suam emere, quod faceret inutiliter, sed rem alienam. Nam rem quisque suam dicit esse eam tantum, cujus dominus, id est, proprietarius, non fructuarius est, *l. recte, de verb. signif.* Sed si ignorans fundum emerit is, ad quem hujus fundi ususfructus pertinet, & emerit tanti quanti plena proprietas est, officio judicis, ut ait Paulus in *l. 17.* Basil. *διαγνώσει τοῦ δικαστοῦ*, *cognitione judicis*, potestate hujus judicii, quod bonæ fidei est, venditore agente de pretio, pretium minuetur, quasi usufructu, & in hoc casu habente instar partis dominii, ut in plerisque aliis causis, *l. 4. de usufr.* Atque ita scisso pretio, ut ait lex sequens, pro parte emptio valebit, pro parte non valebit. Et nihil est amplius.

Ad L. XXXIV. eod. *Si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit: nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit, nec refert quanti sit accessio, sive plus in ea sit, quam in ipsa re, cui accedat, an minus: plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicut cum domus propter marmora, & statuas, & tabulas pictas emitur.* (†)

Ad §. Omnium rerum, *quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.*

Ad §. Liberum hominem *scientes emere non possumus: sed nec talis emptio, aut stipulatio admittenda est, cum servus erit: quamvis diximus, futuras res emi posse: nec enim fas est, ejusmodi casus expectare.*

Ad §. Item si & emptor, *& venditor scit, furtivum esse, quod venit, à neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor: nec tamen ex vendito quidquam consequitur: nisi ultro, quod convenerit, præstet: quod si venditor scit, emptor ignoravit: utrinque obligatio contrahitur: & ita Pomponius quoque scribit.*

Ad

(†) *Vide Merill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. 19.*

(†) *Vide Merill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 21.*

Ad §. Rei suæ *emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit: & in judicio possessionis potior esset.*

Ad §. Alia causa est *degustandi, alia metiendi. Gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat: mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat quantum ematur.*

Ad §. Si emptio ita *facta fuerit, esto mihi emptus Stichus, aut Pamphilus, in potestate est venditoris quem velit dare, sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest dandus est. Et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed etsi pariter decesserunt, pretium debebitur. Unus enim utique periculo emptoris vixit. Idem dicendum est, etiamsi emptoris fuit arbitrium quem vellet habere: si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut quem voluisset, emptum haberet, non & illud, an emptum haberet.*

Ad §. Tutorem *pupilli emere non potest. Idemque porrigendum est ad similia, id est, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt.*

IN emptione venditione fundi dictum est, *Stichum accessurum*: si plures Stichos venditor habeat, nec appareat quis Stichus accesserit, emptore, & venditose dissentientibus in corpore Stichi, ambigua oratio est, ut in *l. 22. de rebus dubiis*, dicitus, ambiguum esse sermonem, si quis Stichum stipuletus, & plures sint Stichi: non tamen propter hanc ambiguitatem ideo minus fundi venditio valet, in quem uterque consensit: nec item ideo minus debetur Stichus aliquis emptori: verum quæritur quis debeatur? Et ex Labeone Paulus refert hoc loco, eum Stichum deberi, quem debitor intellexerit. Quod pugnat omnino cum eo, quod ex veteribus, quibus adnumeratus Labeo, Papinianus tradit in *l. veteribus, sup. de pactis*, in emptione venditione ambiguam osationem, ambiguam pactionem venditori nocere, in cujus fuit potestate legem apertius conscribere, vel concipere potius, quam emptori: quod & Labeoni tribuitur nominatim in *l. 21. hoc tit.* Atquin, ut in hac specie Labeonem scripsisse Paulus refert, ambigua oratio non nocet venditori, si is Stichus debetur, quem venditor intellexit. Quamobiem semper existimavi hoc loco esse legendum, *quem emptor intellexerit*. Primum quia Labeonem, ex quo hoc Paulus refert, ita sensisse constat ex *d. l. 22.* ad quem juvat exemplum, quod apponunt Græci interpretes 39. Basilicon explicare. Si in vendendo caverim, ut mihi prima die pretium folveretus, non mihi solvetur tribus pensionibus, id est, annua, bima, trima die, non mihi, inquam, solvetur tribus pensionibus, quia id palam non dixi; sed post triennium demum, quia ambigua illa oratio, ut inquiunt, contra me iotcrpretanda est, qui eam apertius non extuli. Sic illi. Et tamen in testamentis, si quis certam summam trima die dari jusserit, sic ea verba accipimus, quasi testator de annua, bima, trima die senserit, *l. 3. §. pen. de ann. leg.* quia in testameotariis, aut dubiis causis, heredem quantum potest relevari, & exonerari legato, benignius, & voluntati testatoris convenientius est, *l. Sempronius, de leg. 2. l. 81. §. si quis decem, de leg. 3. l. 1. §. pen. de dote prælegata.* Et plures pensiones heredem exonerant, *l. 20. quando dies leg. cedat.* Plures item pensiones emptorem exonerant. Ergo contra quam illi sentiant, si pro emptore facienda est interpretatio, illa cautio venditionis ambigua, ita potius accipienda est, ut tribus pensionibus emptor pretium solvat. Hæc igitur sit prima ratio pro nomine *venditoris*, hoc loco reponendi nomen *emptoris*, ita ut Labeo dixerit, eum Stichum deberi, non quem venditor, sed quem emptor intellexerit, quia ita Labeonem sensisse constat ex *d. l. 21.* Deinde etiam ut in *l. 5. de evict.* proponitur, io emptione venditione servi venditorem dixisse peculium accessurum, & in *l. 34. qui pot. in pignor. hab.* in venditione domus alii locatæ venditorem dixisse pensiones accessuras emptori, & in *l. si quis cum, & l. seq. de act. emp. & l. 66. hoc tit.* venditorem dixisse dolia accessura, & in *l. 78. hoc tit.* venditorem dixisse fistulas, per quas aqua ducitur, accessuras. Ita in hac specie omnino ponere debemus, non emptorem, ut Glossa comminiscitur,

A sed venditorem dixisse fundo Stichum accessurum. Æquum igitur esse, ut ei potius, quam emptori, quum non apparet quis Stichus accesserit, ambiguitas illa, sive obscuritas noceat, quia potuit re integra apertius dicere. Et consequenter, ut non is Stichus debeatur, quem ipse seoserit, qui utique semper se de deteriori sensisse dicturus est: sed is, quem emptor intellexerit. In emptiooibus venditionibus leges, sive pactiones semper dicuntur à venditoribus. Plautus in Captivis: *quasi furtum vendens merce, ut addicat legibus.* Et in Epidico: *emptor rogat, estne mihi empta hæc?* & venditor respondet, *istis legibus habeas licet.* Et Horat. 2. Epist. *Prudens emisti vitiosum, dicta tibi est lex.* Denique, ut qui dotem dat pro muliere, initio dandæ dotis legem dicit, quam vult, *l. 7. de pact. dot.* ita & venditor initio contrahendæ venditionis.

B Ac præteres hoc ipsum, quod assero, vicinitas legis proximæ superioris suadet, quæ à venditore ædium dicta lege ambigua hoc modo, *flumina, stillicidia, ut nunc sunt, uti ita sint*, nec expresso quæ flumina, vel stillicidia, ait, id accipi, quod venditori nocet: quam speciem Harmenopulus latius interpretatur *1. Epitomarum titulo 9.* cui & aliam similem speciem io hac lege statim fuisse subjectam credibile est, si legamus eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit. Ad ultimum perquam manifestum est, hoc loco esse legendum, *quem emptor intellexerit*, cum mox subjiciat, non referre quanti sit accessio rei venditæ, sive minoris, sive majoris pretii, quam res cui accedit. *Plerasque enim res*, inquit, *aliquando emimus propter accessionem*: perinde est, ac si diceret, cui debetur is, quem emptor intellexit, quia emimus, inquit, plerasque res propter accessionem; C veluti fundum propter servum, forte industrium villicum, vel servum propter peculium, *l. justissime, de ædil. ed.* vel ut ait hoc loco, domum propter marmora, & statuas, & tabulas pictas, quæ non sunt ædium, sive domus, nec sequuntur emptorem, nisi dictum sit eas res accessuras. Et ideo statuæ adfixæ basibus structilibus, aut tabulæ religatæ catenis, aut erga parietem adfixæ, aut si similiter cohærent lychni, non sunt ædium. Ornatus enim ædium causa parantur, non quo ædes perficiantur, *l. pen. de verb. signif.* Ædium, inquam, non sunt tabulæ pictæ, vel crustæ marmoreæ, quæ religatæ sunt catenis, vel adfixæ ad parietem: quæ protectorio inclusæ sunt, proculdubio ædium sunt, nec necesse est, ut dicatur eas accessuras, *l. fundi, §. quæ tabulæ pictæ, de act. empt.* Et ita initium hujus legis explicandum est.

D

AD §. *Omnium.* Sequitus in §. 1. omnium rerum, quas habere jure dominii, vel possidere alio jure, vel judicio persequi possumus, venditionem recte fieri, quia commercium earum est, cum haberi, possideri, persequi à nobis possint. At venditionem recte non fieri earum rerum, quas commercio exuit natura, inquit, vel jus gentium, vel jus civile: naturam, & jus gentium pro eodem accipio ex M. Tullio de Aruspicum responsis, qui ait, *Lege naturæ, communi gentium jure*, ut subjicit statim, *sancitum esse, ne res sacræ, aut sanctæ usucapi; & consequenter ne emi vendi possint.* Quod tamen ita accipiendum est, ut quod sacrum, vel sanctum, vel religiosum est, quodve jure civili, usui, dominioq; nostro subjici non potest, veluti forum, aut theatrum, villave publica, frustra sciens emat. Ignorans autem si emerit E à sciente, habeat adversus venditorem actionem ex empto evictionis nomine, ut ab eo consequatur, quanti interfuit ejus ne deciperetur, *l. 62. §. 1. h. t. l. pen. quib. ad libert. procl. non lic.* Et eatenus quidem ignorans earum rerum emptionem contraxisse intelligitur, *l. 4. h. t.* Habet etiam pretii, quod forte solvit, condictionem, habet pretii soluti condictionem, quia nec id solvere compelli potuit, *l. 23. h. t.* Et quod de his rebus, idem de libero homine dicendum est, videlicet scientem frustra emere liberum hominem, *l. 6. hoc tit.* nisi ipsemet prodita sua libertate, se in servitutem venire patiatur, vendatque pretii participandi gratia. Ignoranti autem emptori, qui liberum hominem emit pro servo, competere in venditorem scientem actionem ex empto, *l. 70. h. t.* Et tunc igitur duntaxat plane nullam, & inutilem esse

esse emptionem liberi hominis; quum quis emit sciens liberum esse. Plaut. in Epidico: *neque me quidem emere quisquam ulla pecunia potuit, quæ plus jam sum libera à quinquennio.* Et subjicit hoc loco Paulus, etiam non valere emptionem, aut stipulationem liberi hominis ita factam, *quum servus erit*, quia etsi aliæ res, quæ futuræ sunt, recte emantur, ut prædiorum fructus futuri, ut ancillarum partus futuri, infas tamen, vel nefas est in libero homine futurum servitutis casum expectare, *l. inter, §. adeo, de verb. obl.* in illo loco: *Et casum, adversamque fortunam expectare liberi hominis, neque civile, neque naturale est*: nefas igitur est, quod nullo jure licet, quod omni jure vetitum est, & civili, & naturali. Idem vero pene traditur de re furtiva in *§. item si, de empt.* Rei furtivæ ex 12. tab. æterna auctoritas est, adeo ut nec usucapi, nec emi possit, ut hic §. ostendit. Et sciens quidem frustra rem furtivam emit, frustra item venditor, B etiamsi ignoraverit rem esse furtivam, agit de pretio, nisi rem præstet, forte redemptam à domino. Ignorante autem emptore rem esse furtivam, empti venditi obligatio utrinque contrahitur, ut ait in hoc §. utrinque contrahitur, ex utraque parte, ultro citroque. Prioribus casibus puta re sacra, vel publica, vel libero homine empto bona fide à malæ fidei venditore, claudet obligatio, quia ex parte tantum emptoris consistit, non ex utraque parte: propterea quod commercium earum rerum non est: hoc autem casu, qui est de re furtiva, si ignorans emerit rem furtivam, ex utraque parte obligatio contrahitur, quia rei furtivæ vitium facile purgari, atque ita commercium ejus esse poterit. Emptio etiam rei suæ, de qua Paul. agit in *§. rei suæ*, maxime differt à superioribus emptionibus, quia superiores emptiones quodammodo valent: si ignorans emerit, suæ rei emptio non valet, sive sciens, sive C ignorans emerit, *l. suæ rei, h. t.* videlicet si hoc agatur in emptione rei suæ, & dominium transeat in emptorem, quod in omni venditione semper agitur, *l. pen. §. ult. h. t.* Quamvis obligationis substantia non consistat in ea, ut dominium transeat in emptorem, nec huic rei venditor obstringatur, ut diximus *sup. in l. 1. de rer. perm.* In emptione autem rei suæ id agitur frustra, ut res sua fiat, quæ jam sua est, nec sua esse amplius, suave fieri potest. Sed si de possessione tantum agatur in emenda re sua, ut scil. possessio ejus rei transeat ad dominum ejusdem rei, emptio venditio respectu possessionis, & stipulatio valet, respectu dominii non valet. Respectu possessionis, quam habet venditor, emptor non habet, valet, *l. si aliquam, de adquir. possess.* Emptio igitur rei suæ si fiat, respectu possessionis valet, quia non rei, sed possessionis emptio est, in qua possessione venditor forte, quam em- D ptor, potior erat, ut plerunque evenit, ut qui potior est in rei vindicatione, id est, in quæstione dominii, non sit potior in interdicto de possessione, *l. ad probationem, C. de loc.* nihil habet commune proprietas cum possessione. Alterius potest esse proprietas, alterius possessio, *l. Mævius, §. pen. de leg. 2.* Perduxi hanc *l. 34.* usque ad *§. alia causa.*

AD *§. Alia causa*. Restat adhuc ex *l. 34. de contrab. emp. §. alia causa est*. Certum est, quod etiam hoc ipso lib. Paulus scripsit in *l. 8. de peric. & comm. rei vend.* post perfectam emptionem periculum, sive incommodum, & commodum omne rei venditæ, ad emptorem pertinere, id est, post perfectam venditionem rem venditam, necdum traditam, si forte perierit, emptori perire, & nihilominus pretium ab eo peti posse. Perfici autem emptionem solo consensu statim, E atque de certa re, certoque pretio convenerit, videlicet si pura emptio fuerit, vel quum conditio extiterit, si conditionalis fuerit, non ante conditionem impletam. Ex qua definitione, quæ est certissima, sequitur, vino ita vendito, ut degustaretur, quasi sub conditione facta venditione si degustaretur, ante degustationem perfectam, vini venditionem non esse. Et ideo interim quoad vinum degustaverit emptor, etiamsi vasa signaverit, aut dolia, periculum omne ad venditorem pertinere, non ad emptorem: neque igitur ex vendito quidquam pretii nomine venditorem consequi posse, si interim ante degustationem pertusis vasis vinum effusum sit: aut minus consequi, si interim vinum contraxerit acorem, aut mucorem: quod ostenditur in *l. 1. & l. 4. §. si aversione, de pericul. & comm. rei vend.* Idemque dicendum est ex Sabinianorum sententia, quæ obtinuit, si vinum venierit ad mensuram forte, quod erat in cella, constituto pretio in singulas amphoras. Et similiter, si oleum, aut frumentum venierit ad mensuram, vel si æs, aut argentum ad pondus, vel si oves, aut nummi peregrini, qui solent haberi mercis loco, ut Volusius Metianus notat libro de partibus assis: Si, inquit, venierit ad numerum, neque enim, antequam ea admensa, adpensa, adnumerata sint, emptio venditio perfecta esse intelligitur. Quia quasi sub hac conditione facta videtur, si admensa, adpensa, adnumerata essent. Et ideo periculum omne pertinet ad venditorem, non ad emptorem, *l. seq. §. in his, & §. pen.* videlicet si mensuræ, vel ponderationi, vel numerationi faciendæ emptor moram non fecerit. Nam post moram emptoris, res illæ pereunt emptori. Idque ostenditur in *l. 5. de peric. & comm. rei vend. l. 2. C. eod. tit.* Itemque, si vis quædam divina vinum consumpserit: nam periculum, quod vis divina attulit, venditor non agnoscit, *l. 2. in fin. eod. tit.* Secundum hæc ita concludamus: sive vinum venierit, ita ut degustaretur, venditionem non esse perfectam, quia nondum rem, quæ veniit, probavit emptor: sive vinum, quod est in horreo vinario, venierit ad mensuram, quia nondum est certum quantum venierit, nondum est certa quantitas rei venditæ. Et ut idem Paulus ait in *l. 8. de peric. & comm. rei vend.* ita demum perfecta est emptio, si id quod venierit, appareat quid, quale, quantumve sit. Verum addamus ex hoc §. hoc interesse inter causam degustationis, & mensuræ: quia ab illa recedere emptori licet in totum, vel ex parte, degustato, & improbato vino: arbitratu boni viri scilicet, ut est in legibus M. Catonis, ne sit in emptoris libero, & profuso arbitrio an vinum emptum habeat: ab ea vero, quæ fit ad mensuram recedere non licet, neque in totum, neque ex parte: mensura enim fit, non ut plus, minusve veneat: sed ut appareat quantum emptum venditum sit. Quæ est sententia hujus §. sequitur §. pen.

AD *§. pen.* Si emptio venditio facta sit sub disjunctione, nempe hoc modo, *Esto mihi emptus Stichus, aut Pamphilus*: In arbitrio est venditoris quem velit dare, nisi emptor sibi electionem nominatim exceperit: Et hoc quandiu ambo vivunt Stichus, & Pamphilus. Nam altero mortuo extinguitur electio, quæ venditori regulariter competit, nisi eam sibi constituerit emptor, & reservarit. Extinguitur, inquam, electio venditoris, ne sit in venditoris arbitrio, an obligetur, cum non vult eum, qui superest, dare, quem solum debet, quod non potest in ejus esse arbitrio: potest quidem esse, & vere est in ejus arbitrio quid debeat, quum venditio facta est sub disjunctione, sed non, an debeat, in *l. 7. h. t. in l. 2. §. Scævola, de eo, quod certo loco*. Ideoque prioris hominis periculum pertinet ad venditorem, quia non liberatur propterea, sed superstitem debet. Posterioris autem, id est, superstitis periculum pertinet ad emptorem, quum jure perfecta conditio fuit. Sed etsi ambo eodem momento perierint ruina, vel naufragio, quia vel unius periculum pertinet ad emptorem: necesse habebit emptor, pretium, de quo convenit, venditori adnumerare, quia vel unus ei perit. Idemque servatur, si electionem sibi emptor exceperit. Ut rursus idem servatur, ut hic ait, in stipulationibus, si quis stipulanti promiserit Stichum, aut Pamphilum: nam, promissoris est electio utrum præstet, *l. plerumque, in fine, de jure dot.* nisi stipulator electionem sibi reservaverit. Et sive stipulatoris, sive promissoris sit electio, altero mortuo, qui superest, debetur omnimodo, *l. cum is, qui in princip. de condict. indeb. l. Stichum, aut Pamphilum in princ. & §. 1. de solution.* Et nihil est præterea in §. pen. Sequitur §. ult.

AD *§. ult.* In quo ostenditur, tutorem rem pupilli, quæ vendi potest, puta rem mobilem emere non posse. Quod ita est intelligendum, ut si ipse rem pupilli vendat nomine pupilli, vel pupillo vendendi auctor sit, sibi emere recte non possit eam rem: quia ratio non patitur, ut idem emptoris, & venditoris officio fungatur, *l. 5. §. item, de auctor. tut.* At con-

contutore vendente, vel auctoritatem præbente, recte tu- A tor rem pupilli emit, modo emat bona fide, *d.§.item.* Itemque rem pupilli recte emit ex auctione publica rerum pupillarium, *l.2.§.tutor, pro empt.* Sicut comes patrimonii, vel rerum privatarum principis, vel palatinus, vel patronus fisci, qui rem fiscalem emere non potest, eam tamen ex auctione fiscali, quasi extraneus quilibet emit recte. Et ita est proditum nominatim in *l. ult.* quæ est constitutio Græca, *C. de jure hastæ fisc. lib.* 10. Plus dico etiam citra auctionem palam, & bona fide posse tutorem rem pupilli venalem, aut quam vendi expedit pupillo, sibi habere, & retinere pretio illato rationibus pupilli, *l. tutor rerum, de admin. tut. l.* 15. *§. pen. de auct. tut. l.* 5. *C. de contrah. emp.* Quum & pecuniam pupilli, quæ collocanda est fœnori, tutor sibi mutuam proscribere possit, ut ait *l. quotiens, §. non solum, de admin. tut.* ubi expendendum est illud verbum *proscribere*, B quid significat *palam*? irrita enim sunt hæc omnia, nisi fiant à tutore palam. Quod fit palam, bona fide fieri videtur: quod fit clanculum in malæ fidei suspicionem venit, *l. pen. de ritu nupt. l. non existimo, de admin. tut.* palam licet ambire magistratum, non clam: Et ut Seneca ait 55. *Epist. ex SC. plebisque scitis sæva exercentur, veluti in arena, & publice jubentur vetita: privatim quædam commissa capite luerent*, inquit, *tunc, quia palam fecere laudamus.* Quintil. 5. Instit. 1. *Dicam bona mente factum, ideoque palam: mala, ideoque ex insidiis, noctu in solitudine.* Et hæc quidem omnia, quæ diximus de tutore, & pupillo, ut & in hoc §. ult. Paulus adnotat, producenda etiam sunt ad similia, similesve personas, veluti ad curatorem adolescentis, & ad procuratorem, vel negotiorum gestorem, ut & ii nec temere, nec latenter sibi possint emere rem adolescentis, aut domini ne- C gotiorum. Nunc transeamus ad *l.8. de in diem addict.*

Ad L. VIII. de in diem addict. *Necesse autem habebit venditor, meliore conditione allata, priorem emptorem certiorem facere, ut, si quid alius adjicit, ipse quoque adjicere possit.*

Aliquando venditio, & in auctionibus maxime publicis addictio rei venditæ fit, *ce que nous disons l'etrousse*, hac lege, ut si quis alius intra 30. dies, vel 60. nihil refert, meliorem conditionem attulerit, res à priore emptore abeat, id est, ut prior emptio rescindatur, quæ appellatur *addictio in diem*, qualis omnis addictio fiscalis semper esse intelligitur, *l. Lucius, §. ult. ad municip. l. si tempora, C. de fide, & jure hastæ fisc. lib.* 10. Et vis hujusce addictionis in D diem hæc est, ut si quis alius intra diem præscriptum, intra diem vulgarem, qui plerunque est 30. dierum, supra adjiciat pretio, res auferatur priori emptori, nisi & prior emptor tantundem adjicere paratus sit, ut *l. prox. sup. & l. ult. in princ. de jure fisci.* Nam si prior emptor tantundem supra adjiciat, non est æquum ei rem auferri: æquius est eum præferri novo licitatori. Qua de causa Paulus ait in hac *l.8.* alio intra diem pretio adjiciente, plurisque licente rem venditam, venditorem denuntiare debere priori emptori, nec statim rem addicere posteriori, non denuntiato priore emptore. *Priorem*, inquit, *emptorem necesse habet certiorem facere, videlicet, ut si velit, quod alius adjicit, ipse quoque adjicere, atque ita rem obtinere possit.* Et in hunc locum delenda est glossa, quæ distinguit, utrum in addictione fuerit dictum, *si melior conditio fuerit allata: an vero si alius melio-* E *rem conditionem attulerit*, ut hoc casu non possit prior emptor adjicere, illo possit: quia hæc distinctio non est jure subnixa, & merito etiam hoc loco à Fulgosio reprehenditur, & ubique æquitas suadet, ut præferatur semper prior emptor, cui res addicta est, tantundem offerendo, idem auctarium adjiciendo: nec *l. qui insulam, §. ult. loc.* quam adducit Accursius quidquam in hanc rem facit.

Ad L. V. de Hered. vend. *Et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. Sed si certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor. Si incertæ, & nihil debeat, quanti intersit emptoris.*

Ad L. IX. eod. *Et si quid emptoris interest:*

A Ad L. XIV. eod. *Qui filiifamilias nomina vendidit, actiones quoque, quas cum patre habet, præstare debet.*

Ad §. Si hereditas venierit, *venditor res hereditarias tradere debet. Quanta autem hereditas, nihil interest.*

Ad L. XVI. eod. *Si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex Senatusconsulto Trebelliano restituta esset hereditas, quanti emptoris intersit, teneberis.*

Ex libro 33. qui est in manu, sequitur ut exponamus leges quatuor, quæ sunt sub titulo de hereditate, vel actione vendita, l.5.9. 14. 16. quæ partim sunt de actione sive nomine vendito, partim de hereditate vendita. Et ut de nomine vendito primum dicamus, actione vendita, cautione vendita, & quod idem est, nomine debitoris vendito, venditor præstare non debet idoneum, & locupletem B esse debitorem, nisi ita actum sit nominatim, præstare, inquam, non debet idoneum, & locupletem debitorem, sed esse debitorem tantum, *l.4. h.t. l. si plus, §. ult. de evict.* Et debitorem nulla tutum exceptione peremptoria, & perpetua, ut Paul. ostendit in *l.5.* quia, qui tutus est exceptione, non videtur esse debitor, *l.16. de reg. jur.* Sed debitoris tantum dicitur, à quo invito, quum est locuples se pecunia exigi potest, *l. debitor, de verb. sign.* Ergo, qui vendidit nomen debitoris, præstare debet debitorem esse, nulla tutum exceptione. Quod ita verum est, *nisi*, inquit, *in contrarium actum sit*, puta si quid deberetur sibi à Titio id venire, nec amplius quidquam præstitum iri, quoniam incertum tantum nominis vendidisse intelligitur, ut in *l.10. & 11. h.t.* alioquin si venditor certæ summæ debitorem esse dixerit, & tutus sit ille debitor, aut quasi debitor exceptione peremptoria, ni- C hil debeat, in eam summam, quam dixit, venditor tenetur emptori actione ex empto: sin vero simpliciter debitorem esse dixerit, nec adjecerit summam, & debitor non sit, venditor tenetur emptori in id, quod interest, ut ait *l. 5. in id quod interest*, puta ut restituat emptori pretium, & usuras, & quod emptor emptionis causa erogavit, forte uxori venditoris, ut fit, vel paratio, sive proxenetæ, vel fisco: nam & quoddam erat vectigal fisci ob res venales, quod sequebatur emptorem, & ἐπώνιον Græce dicebatur. Et apud Corn. Tac. fit mentio quinquagesimæ rerum venalium, quo de vectigali est etiam *l. debet, de ædil. ed.* Et ideo emptor in persecutione ejus, quod sua interest, deducit non tantum pretium, & usuras, sed & quod ob eam rem impendit, quod erogavit paratio, ut dixi, quod intulit fisco, in *l.8. hoc tit.* Ubi ostenditur idem servari in venditione hereditatis: nempe, ut si D hereditas sit certa, quam venditor dixit, & demonstravit, quæ tamen ad eum non pertineat, in æstimationem ejus teneatur emptori. Sin autem incerta sit hereditas, aut nulla, tunc ut teneatur in pretium, quod ei solvit emptor, & si quod in eam rem impendit. Et ut adjicitur in *l.9.* ex hoc ipso libro Pauli, in id omne quod emptoris interest, si quid amplius intersit ultra pretium, vel impendium, quod fecit emptionis causa. De venditione nominis, & de venditione hereditatis est etiam ex hoc lib. in *h.t. lex 14.*

Ad L. XIV. eod. Cujus verba supra adscripta. Is, qui vendidit nomen debitoris, cedere debet actiones omnes emptori, quas habet adversus debitorem, vel adversus successores debitoris, veluti adversus fidejussores, aut mandatores, *l.23. hoc tit.* vel si debitor fuerit filiusfamilias, E ut Paulus ait in hac l. 14. adversus patrem ejus, quas jure prætorio actiones habet de peculio, vel de in rem verso, vel quod jussu: nam & has cedere debet emptori nomine filiifamilias, id est, emptori ejus, quod filiusfamilias debet: aut sane, etiamsi eas omnes actiones non cedat emptori, emptori dabuntur utiles, *l. 5. & 7. C. eod. tit.* Et generaliter in jure nostro, ubi hæ cedendæ sunt actiones: ceduntur autem directæ, quæ cedenti competunt, etiam sine cessione competunt utiles: hoc est perpetuum in jure. Et ad eundem modum subjicit Paulus in hac l. 14. venditorem hereditatis tradere debere emptori res hereditarias, quas possidet, & actiones, scilicet petitiones, persecutiones cedere, quas jure hereditario habet. Qua de re etiam cavere solet emptori solemni stipulatione emptæ, & ven-

venditæ hereditatis, de qua est tota *lex 2. hujus tit.* Et in A extremo hujus l. ait Paulus, quanta sit hereditas: quæ venit, nihil referre: neque enim venditor præstare debet magnam, & luculentam hereditatem esse: sufficit enim venditori hereditatis, si hereditatem quantam quantam esse præstet, quæ ad se pertineat, videlicet si hereditatem simpliciter dixerit, nec ejus quantitatem expresserit, ut de nomine dictum est *l. 5. sup.* Quod si, ut Paulus statim subjunxit in *l. 16.* hereditatem se vendere dixerit, quo nomine significatur as, & directa hereditas, *l. 2. §. ult. de jure codicill.* & fideicommissaria hereditas sit, non directa: fideicommissariam, inquam, quæ ei sit restituta ex Senatusconsulto Trebelliano, interveniente Falcidia, ut puta si restitutus tantum ei sit dodrans hereditatis, non as: eo nomine, qui dixit hereditatem, non fideicommissariam hereditatem, sive Trebellianam, emptori tenetur actione ex empto, B quanti ejus interest assem habere: & merito. His quatuor legibus velim statim addi *legem 71. ad leg. Falc.* quæ vulgo male adscribitur libro superiori. Reddatur huic libro, conjungaturque hisce quatuor legibus, quoniam & illa *l. 71.* est de hereditate vendita.

Ad L. LXXI. ad Leg. Falcid. *Potest heres in vendenda hereditate cavere, ut & lege Falcidia interveniente, solida legata præstentur: quia ea lex heredis causa lata est. Nec fraus ei fit, si jus suum deminuat heres.*

QUæ docet, heredem in vendenda hereditate posse cavere, ut interveniente Falcidia emptor vice sua solida legata præstet, atque eo minus hereditatem vendere: quia, ut eleganter ait illa *lex 71. lex Falcidia lata est* C *heredis causa*, ne nullum, aut modicum commodum ferat ex bonis adita hereditate, ne legata exhauriant omnem hereditatem, ita ut nihil apud heredem remaneat. Denique lex Falcidia lata est heredis causa. Nec fraus fit legi Falcidiæ, si heres, cujus causa lex illa lata est, jus suum deminuat, id est, si Falcidia non utatur, vel etiamsi spondeat legatariis, aut fideicommissariis, se Falcidia non usurum, ut *l. 46. ad l. Falcid. l. ult. C. eod. tit. l. si patronus, §. 1. de donat.* unicuique licet contemnere ea, quæ pro se introducta sunt. *l. si judex, de minor. & Nov. 136.* Fraus fit legi Falcidiæ, si antequam interveniat, competatve heredi, puta si vivo, & urgente testatore heres scriptus spondeat sub pœna, se Falcidia non usurum, ut in *l. 15. §. 1. eodem tit.* quia tunc non minuit jus suum heres, quod nullum, dum ei competit vivo testatore, sed plane D minuit jus publicum, fraudemve facit legi Falcidiæ, quæ pars est juris publici. At cum post mortem testatoris jam sibi adquisita hereditate spondet, se non usurum Falcidia, sibi, non legi fraudem facit, id est, Falcidiam, quæ ei competit, remittit, & contemnit, quod licet unicuique, nempe detrahere juri suo. Præterea observa, & in specie hujus *l. 71.* venditorem legem dicere, ut scilicet emptor hereditatis lege Falcidia interveniente, integra & imminuta, illibata legata præstet. Semper venditor leges venditionis dicit quasi dominus, nunquam emptor. Quum enim emptor dicit, esto mihi res illa empta, vel esto mihi jus illud emptum tot nummis, legem venditioni non dicit, sed emptum rogat, & nihil agit, nisi venditor subjiciat, *habeas licet*, ut in Plauti Epidico, vel *empta tibi esto*, vel ut apud Varronem II. de re rustica, quum emptor rogat, *tanti sunt* E *mihi emptæ*, venditor respondeat, *sunt*. Denique hoc, quod ita gerendo negotium emptor facit, est emptum rogare, non dicere legem emptioni, quod pertinet ad solum dominium rei, cujus dominus manet etiam post perfectam emptionem ante traditionem. Transeamus ad *l. 3. tit. seq. de rescind. vend.*

Ad L. III. de Rescind. vendit. *Emptio, & venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta. Ideoque quæsitum est, si emptor fidejussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio? Julianus scripsit, ex empto quidem agi non posse, quia bonæ fidei judicio exceptiones pacti insunt. An autem fidejussori utilis sit exceptio, videndum. Et puto, liberato reo, fidejussorem liberari. Item venditorem ex stipulatu agentem, exceptione submoveri oportet. Idemque juris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.*

RE integra, id est, nondum neque tradita re vendita, neque pretio numerato, aut parte pretii, emptio, venditio, obligatiove, quæ ex ea ultro citroque nascitur, resolvitur contrario consensu, nudo consensu, nudo pacto, distrahitur nudo consensu, quia & nudo consensu contrahitur, & prout quisque contractus est, ita & resolvi, & rescindi debet. *l. prout, de solut.* Si res non sit integra, ut puta, si jam venditor rem tradiderit emptori, emptio venditio non potest resolvi nudo consensu, nudo, id est, solo consensu, nisi & ea res, quam tradidit venditori contra reddatur, *l. juris gent. §. adeo, l. ab emptione, de pact.* ubi similiter *legi 1. de rer. permut. in fine*, ubi ait, *contra reddatur*, etiam illa lex, *ab emptione*, in fine, ait, *non resolvi emptionem, si res tradita sit emptori, nisi ea res contra præstetur*. Re autem non secuta ulla ex parte, etiamsi quid datum sit arræ nomine, quæ datio est tantum argumentum emptionis, nudo consensu emptio resolvitur, ac deinde arra repetitur condictione sine causa, *l. 2. C. quando licet ab empt. disc.* Idemque obtinet, ut in hac l. 3. Paulus ostendit, etiamsi emptor à venditore fidejussorem venditionis acceperit, vel etiamsi stipulatio ex utraque parte intervenerit, rei tradendæ scilicet, & retro solvendi pretii: nec enim ideo minus pacto, & consensu nudo emptio venditio, actiove empti venditi dissolvitur. Itemque dissolvitur stipulatio, & fidejussoris obligatio: sed hoc solum interest, ut eleganter hæc lex ostendit, quæ in hanc rem valde notanda est, quod obligatio empti venditi, quæ est bonæ fidei consensu nudo re integra, ut dixi, ipso jure dissolvitur, pacto nudo ipso jure dissolvitur, quia exceptiones pacti etiam non oppositæ bonæ fidei judiciis insunt, sicut & quælibet aliæ exceptiones, *l. hujusmodi, §. qui servum, de legat. 1. l. prædia, de actionib. empt. l. 1. §. si onerandæ, quar. rer. actio non det.* Obligatio autem fidejussoris, vel obligatio ex stipulatione interposita inter emptorem, & venditorem, quia est stricta, non bonæ fidei, pacto nudo non dissolvitur ipso jure: sed opposita exceptione tantum pacti, quia pactum venditoris, aut emptoris, etiam fidejussori prodest, *l. & heredi, l. ult. de pact.* Et ita accipiendum est, quod ait *lex Stichum, §. ult. de solut.* soluto contractu emptionis venditionis nuda voluntate, re nondum secuta, fidejussorem emptionis liberari, per exceptionem scilicet, non ipso jure, quia stricto judicio tenetur, & strictis judiciis pacti exceptiones non insunt, nec quicquam prosunt iis, qui pacti sunt, nisi opponantur, & allegentur, id est, non supplentur officio judicis addicto judicio stricto. Sic enim hoc distinguendum, & explicandum est. His etiam addamus, quod est in principio *legis 8. tit. seq. de per. & comm. rei vend.*

Ad L. VIII. de Peric. & comm. rei vend. *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cujus periculum sit. Nam perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet. Et si id, quod venierit, appareat quid, quale, quantum sit, sit & pretium, & pure venit: perfecta est emptio. Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio: sicuti nec stipulatio. Quod si extiterit, Proculus, & Octavianus, emptoris esse periculum ajunt. Idem Pomponius lib. 9. probat. Quod si pendente conditione emptor, vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in præteritum: Quod si pendente conditione res tradita sit: emptor non poterit eam usucapere pro emptore, & quod pretii solutum est, repetetur: & fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes, & legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta: potest dici, esse damnum emptoris.*

Ad §. Si ita *venierit*, est ille servus emptus, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, Julianus *putat statim perfectam*

sectam esse venditionem: quoniam certum sit, eam contractam.

Ad §. Cum usumfructum *mihi vendis: interest, utrum jus utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usumfructum mihi vendas. Nam priore casu, etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, si tu vivis. Posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit.*

INitio hujus legis proponitur regula juris notissima, perfecta emptione, periculum rei emptæ ad emptorem respicere, & commodum similiter, etiamsi nondum res ei tradita fuerit, modo si nec per venditorem steterit, quo minus traderetur, quia scilicet perempta re vendita, perinde venditio habetur, ac si res emptori tradita fuisset, utpote, quum venditor liberetur, sine cujus mora, aut culpa res perit, & emptor maneat obligatus pretii nomine, si nondum exsolverit, *l.5. §.ult.sup.t.prox.* Unde tractat Paulus hoc loco, quando emptio perfecta sit, ut ex eo sciamus, cujus sit periculum. Et ita distinguit Paulus: aut emptio est pura, aut conditionalis: si pura, statim atque convenerit de re certa, & de certo pretio, nudo consensu perfecta est emptio venditio, & periculum respicit emptorem: si conditionalis fuerit, cum extiterit conditio, perfecta est emptio, non ante, ut *l.7.de contrah. empt.* Et post conditionem demum impletam periculum rei pertinet ad emptorem: si defecerit conditio, nulla est emptio, sicut nulla stipulatio, *l.si quis fundum, de contrah.empt.* Et hæc transferenda sunt quæ hac de re diximus in *l.34. §. alia causa, de contr. empt.* Emptione autem facta sub conditione, ac postea existente conditione, conditio retrotrahitur, conditio retro recurrit, ut subjicit in hac lege, ut idem docet *l.1.§.1.qui pot.in pign. hab.* Videamus quomodo id intelligendum sit, si emptio facta sit sub conditione, & extiterit conditio, conditio retrotrahitur: in hoc scilicet, ut si interim pendente conditione mortuus sit venditor, vel emptor, postea existente conditione heres ejus obligetur ex empto vendito, perinde atque si ab initio pure emptio contracta fuisset. Conditionalis emptio transit in heredem, si post mortem emptoris, vel venditoris existat conditio, quæ retrotrahitur, Itemque in hoc dicimus conditionem retrotrahi, ut si interim res, quæ veniit, fiat deterior, non dico, si pereat, sed si fiat deterior, damnum illud respiciat emptorem, perinde atque si ab initio pure contracta emptio fuisset: sed non etiam in hoc, quod perpetua mente tenendum, quod si pendente conditione res omnino perierit, periisse intelligatur emptori: perit enim venditori potius, quia & ipsa emptio venditio omnino perimitur, quasi contracta sine re, sine merce, sicut stipulationes, & legata conditionalia perimuntur re perempta pendente conditione, *l.plerumque, §.si ante, de jure dot.* In Florentinis Pandectis hoc loco hæc verba desiderantur, quæ supersunt recte in aliis libris: *Sane si pendente conditione res perierit, perimitur emptio, sicut stipulationes, &c.* Quod autem dixi deteriore facta re vendita, damnum illud respicere ad emptorem, si conditio extiterit; id semper intelligendum est, vino vendito non procedere omnino, si ita venditum sit, ut degustaretur: nam etsi hæc venditio conditionalis esse intelligatur, puta si vinum degustaretur; tamen si ante degustationem vinum acidum, vel mucidum factum sit, hoc damnum non pertinet ad emptorem: aliud leve damnum, quod sine culpa venditoris contigerit salva re, possit ad emptorem pertinere, sed non etiam acor, aut mucor, ut diximus in *§.alia causa,* quia id actum intelligitur, ne hæc damna, quæ sunt graviora, si vino acciderint ante degustationem, sequerentur emptorem. Notandum est etiam ex hoc loco, re tradita pendente conditione intempestive, ante perfectam venditionem, nimirum pendente conditione, sub qua emptio facta est, non posse emptorem eam rem, si forte aliena, non venditoris fuerit, usucapere titulo pro emptore, quia nondum est vera venditio, *l. 4. de in diem addict. l. 2. §.si sub condit. pro empt.* Ac præterea, quod pendente conditione solverit emptor pretii nomine, id eadem ratione, quasi indebitum condicere posse, ut *l. sub conditione, de cond. ind.* Item, quod etiam Paulus ait, & hic aliquantulum hærendum, fructus medii temporis ad venditorem pertinere, id est, fructus perceptos pendente conditione ad venditorem pertinere. Quod non est usquequaque verum: sed ita demum, si res perierit pendente conditione, quem casum subjicit statim. Hoc enim casu, quia emptio omnino perimitur, omne periculum, & omne commodum igitur pertinet ad venditorem, si res interim perierit, ut dixi: nam si interim, id est, pendente conditione res deterior, aut minor facta fuerit, dicam, æquum esse, ut si ut damnum illud pertinet ad emptorem, ita & commodum fructuum medii temporis ad eum pertinere debere, ut *l.fructus, C. de act. emp.*

AD *§. Si ita.* In lege 8. *§. si ita res, de peric. & comm. rei vend.* proponitur unus casus, quo venditio conditionalis, quam jam ante definivit, tunc perfici, quum conditio impleta fuerit, perfecta esse intelligitur, etiamsi conditio nondum impleta fuerit: ut si ita servus venierit, esto servus ille emptus, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, conditionalis venditio est, sicut stipulatio ita facta, sicut legatum ita relictum, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit: sive illud factum fuerit, sive factum non fuerit, *l. hujusmodi, quando dies leg.ced.* eodem modo, ut dixi, conditionalis est venditio, quæ ita fit, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit: quia etsi certum est, alterutrum casum futurum, non ante debetur, quam alteruter casus extiterit, & tamen perfecta venditio esse intelligitur: ac proinde periculum rei venditæ statim pertinere ad emptorem: quia hunc, vel illum casum omnimodo extiturum etiam certum est. Quamobrem, & quod pretii interim solverit emptor, condicere non potest, *l.Julianus, de cond.indeb.* Ex quo Juliano, etiam in hac specie ait, perfectam esse venditionem, quoniam certum sit, eam contractam. Idem est contractam esse venditionem, & perfectam esse venditionem, ut in *§.cum autem, Instit.de empt.& vend.cum emptio venditio contracta sit,* id est, cum perfecta sit. Sequitur §. ult.

AD *§. ult.* In hoc §. ult. ostenditur, usufructuarius si vendat usumfructum, quem habet in re aliena, alio jure rem esse, quam si dominus in re sua usumfructum constituat, & vendat: proinde multum interesse, utrum usufructuarius usumfructum vendat, quem habet in corpore, in re aliena: an dominus in re sua nunc primum usumfructum constituat, & vendat. Fructuarius potest vendere usumfructum, quo genere facultas percipiendorum fructuum, facultas utendi fruendi transit in emptorem, heredemque ejus, quamdiu usufructuarius vivit, non etiam in emptorem transit servitus ipsa ususfructus. Hæc enim cohæret personæ venditoris, nec ab ea divelli potest, nisi cedatur domino proprietatis, eamque servitutem ipse, quamdiu vivit, uti & retinere videtur, quia pretio fruitur, *l.arborib. §. usufructuarius, l.non utitur, & l.seq. de usuf.* Morte autem venditoris, in cujus persona etiam post venditionem hæsit servitus ususfructus, morte, inquam, venditoris finitur ususfructus, nec fructuum emolumentum jam amplius pertinet ad emptorem, heredemve ejus. Dominus etiam potest rei suæ usumfructum alii vendere, & cedere, nudamque proprietatem sibi retinere. Verum hoc genere servitus ipsa utendi fruendi transit in emptorem: emptor fit usufructuarius, & quamdiu vivit, ei competit hæc servitus, etiamsi mortuus venditor fuerit. Ab emptore autem non transit in heredem ejus, sed cum anima emptoris ususfructus expirat. Denique si usufructuarius usumfructum mihi vendiderit, etiam heredi meo ipse usumfructum debet, id est commodum fructuum præstare debet. Heres tamen ipsius, neque mihi, neque heredi meo usumfructum debet. Sin vero dominus usumfructum mihi vendiderit, heredi meo ipse usumfructum non debet, quia finitur morte mea: heres tamen ipsius mihi usumfr. debet, quamdiu vivo. Itaque multum interest, utrum fructuarius, an dominus usumf. vendiderit. Morte fructuarii finitur usufr. non morte emptoris, qui emit fructuum emolumentum: non item morte venditoris, quia à se usumfructum abduxit, & abalienavit sejunctum à proprietate. Neque ab his (quæ

suot certissima) quicquam discrepat *l. 4. de novat.* quam objicit Accursius. Quæ lex, si eum, qui mihi debet, nondum cessit usumfructum fundi certi, delegavero creditori meo, ut ei ejus fundi usumfructum promitteret, & promiserit, acceslerit, ait, morte mea non finiri usumfructum: morte creditoris mei finiri: nimirum, quia creditor meus fuit fructuarius, ego nunquam fui fructuarius: neque enim is, cui debetur ususfruct. continuo fructuarius est, sed is tantum, cui cessus, cujusque in persona constitutus ususfructus est. Quod & Accursius intellexit, & notavit recte hoc loco. Et nihil est præterea in *h.l.8.*

Ad L. XXI. de action. empt. *Si sterilis ancilla sit, cujus partus venit, vel major annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor.*

Ad §. Si prædii *venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex empto. Quod si ignorans non prædixerit, quod forte hereditarium prædium erat, non tenetur.*

Ad §. Quamvis *supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse: Tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum: & si venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt.*

Ad §. Cum *per venditorem steteris, quo minus rem tradat: omnis utilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa ipsam rem consistit: Neque enim, si potuit ex vino (puta) negotiari, & lucrum facere, id æstimandum est: non magis, quam si triticum emerit, & ob eam rem, quod non sit traditum: familia ejus fame laboraverit. Nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Nec major fit obligatio, quod tardius agitur: quamvis crescat si vinum hodie pluris sit: merito: quia sive datum est, haberet emptor: sive non: quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.*

Ad §. Si tibi *fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est: quasi in partem pretii ea res sit.*

Ad §. Sed & si ita *fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum, quam mihi venderes: actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.*

Ad §. Qui *domum vendebat, excepit sibi habitationem, donec viveret: aut in singulos annos decem. Emptor primo anno maluit decem præstare, secundo anno habitationem præstare. Trebatius ait: mutandæ voluntatis potestatem eum habere, singulisque annis alterutrum præstare posse: & quamdiu paratus sit alterutrum præstare: petitionem non esse.*

SI quis ignorans emerit partum, qui ex ancilla, non dico prægnante, sed qui quandoque ex ancilla ederetur, si partum quandoque futurum ignorans emerit à venditore, qui sciebat eam ancillam esse sterilem. aut majorem quinquagenaria, quæ etiam existimatur esse sterilis; *ἄγονος τὸν τόκον.* Et lege Papia Popæa etiam major quinquagenaria nuptias contrahere prohibetur, quasi generare non possit, in *l. pen. C. de nupt.* In qua tamen caput illud legis Papiæ Justinianus abrogat, vetulæ cuicunque, cujuscunque ætatis permittens nuptias. Verum lege Papia major quinquagenaria non potuit nuptias contrahere, quæ tamen potuit esse in concubinatu, *l. 1. §. ult. de concub.* Plinius 7. naturalis historiæ, *mulierem post quinquagesimum annum non gignere.* Itemque Aristoteles 5. *de hist. animal. cap.* 14. plerumque scilicet, sive plurimum non gignere, perraro id evenire, ut pariat. Isto, inquam, casu, quem proposui, venditor, qui scivit mulierem esse sterilem, aut extra spem pariendi, tenetur emptori actione ex empto, sive in id, quod interest, vel, ut ait *l. Julianus, sup. h. t.* in detrimenta omnia, quæ ex ea emptione emptor traxit. Ignorans autem venditor duntaxat tenetur emptori, ut restituat pretium, quod numeravit, arg. *d. l. Julian.* Et ita, ut Paulus subjicit in *§. 1. h. l.* facta similiter differentia inter scientem, & ignorantem venditorem; si sciens venditor prædii, prædium debere tributum annuum, aut vectigal, nihil dixerit emptori ignoranti de tributo, quo prædium onustum erat, emptori tenetur actione ex vendito in id, quod interest quod scierit, & celaverit emptori dolo malo. Ignorans autem venditor, qui justam habuit ignorantiæ causam, utpote cum hereditarium esset prædium, cujus qualitas ei incognita erat, tunc non tenetur emptori ex empto in id, quod interest, sed tenetur tantum, quanto minoris emptor empturus esset, si scisset. Quod huic §. addendum est ex *l. si minor, C. eod. tit.* In qua satis nove, quod notandum, tributum prædii, capitatio prædii dicitur, ut etiam in *l. ult. C. Theodos. sine censu, vel reliquis fundum comparari non posse.* Salvianus item 5. de provid. Dei. *Cum possessio,* inquit, *ab his recesserit, capitatio non recedit:* capitatio scilicet possessionis sive prædii. Porro actione *quanto minoris ex empto*, quæ uno verbo interdum *æstimatoria* dicitur, indistincte tenetur sciens, & ignorans, sed ignorans hac sola, vel in hoc solum. Sciens autem hoc amplius conveniri potest, si hoc emptor elegerit, in omne, quod emptoris interest, non etiam ignorans. Iis addenda est, quæ mox proponitur in *§. seq. quamvis*, alia differentia inter scientem, & ignorantem venditorem.

AD *§. Quamvis.* Si sciens venditor cupresseas mensas (utitur hoc exemplo) vendiderit pro citreis, quæ longe sunt pretiosissimæ, tenetur emptori ignoranti, quanti ejus interest non esse deceptum. Et ut subjicit, ignorans etiam venditor tenetur, sed in quantum teneatur non dicit. Sane æquum non est, ut teneatur quanti emptoris interest. Igitur recte dicam ex *l. 45. de contr. empt.* ignorantem venditorem ipsius tantum rei venditæ nomine teneri, puta ut mensas citreas, quas vendidit, præstet: nam & hoc in ea l. 45. ostenditur esse servandum, quum *aurichalcum*, id est, æs, quod auri speciem habet, & colorem, pro auro quis vendidit ignorans: nam & hic rei tantum nomine tenetur, puta ut aurum quod vendidit, præstet. In hoc vero exemplo aurichalci venditi pro auro, & in exemplo proposito mensæ cupresseæ venditæ pro citrea, consentiunt quidem contrahentes in ipso corpore, quod venit, sed dissentiunt in qualitate corporis, sive rei venditæ in materia, in substantia, qui dissensus efficit, ut nulla sit venditio, ut est proditum in *l. 9. & 14. de contrab. empt.* Quamobrem rectius vulgo in hoc §. legitur: *Cum in corpore consentiamus, de qualitate dissentiamus, emptionem non esse*: sic vulgo. Rectius, ut dixi, quam in Florentinis: *emptionem esse*, ut quemadmodum Modestinus ait in *l. qui officii, §. 1. de contrab. empt. Quamvis emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem posse emptorem experiri, ut consequatur quod interfuit ejus, ne deciperetur.* Ita hoc loco aptissime dicit Paulus in hoc §. *Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem non esse: tamen venditor actione ex empto teneri debet quanti interest non esse deceptum.* Quamvis non sit societas, aut esse desierit, tamen licet experiri actione pro socio quibusdam casibus: Ita etiam hoc casu, quamvis non sit emptio, licet experiri actione ex empto ob id solum, quod quasi emptio contracta sit. Sequitur *§. cum per venditorem*, cujus §. est frequens usus in materia de eo quod interest, & in materia de mora, & ideo à nobis perspicue explicabitur.

AD *§. Cum per venditorem.* Loquitur hic §. de mora venditoris, qui scilicet fecit moram, qui traxit moram in tradenda re vendita: *per quem,* inquit, *stetit quo minus rem traderet,* quibus verbis semper significatur mora, & frustratoria dilatio tradendæ rei venditæ, soluto jam, vel oblato pretio. *Post moram factam in re tradenda,* ait, *venire omnem utilitatem,* ait, *omnem utilitatem emptori in æstimationem venire: quæ modo circa ipsam rem consistit*: omnem utilitatem, id est, omne id quod interest: id quod interest emptoris est utilitas, quæ ei abest propter moram venditoris. Tenetur ergo venditor emptori eo nomine actione ex empto in id omne, quo emptoris interest: non quidem quoquomodo interest, non quod extra rem venditam interest, sed quod *circa ipsam rem*, inquit, *ἐμφανικῶς*, circa rem ipsam, quæ venit, interest, quodque ipsi rei cohæret, ut puta in pretium, quod pro ea re emptor prænumeravit, & in quod emptionis gratia voluntate venditoris, vel coactus erogavit in proxenetam, ut dicebam nudiustertius, vel in fiscum, ut *l. 8. de hered. vend. l. debet, de ædil. ed.* vel si post moram venditoris crevit

pre-

pretium rei, quanto ea res hodie pluris est, id quoque in æstimationem venit, quoniam id haberet emptor, si res ei tradita fuisset, si moratus in re tradenda venditor non fuisset. Compendium autem negotiationis non æstimatur, non consideratur, quia versatur extra rem, ut puta, vino vędito, finge, potuit emptor ex eo vino negotiari, & uberrimum quæstum facere, quem non fecit, quia in eo vino tradendo venditor moram admisit, an intercepti hujusce lucri ratio habebitur in actione ex empto? minime: vel etiam tritico vendito, si ob id, quod moram debitor in eo tradendo fecit, familia emptoris fame sit enecta, hujus damni ratio non habetur, id est, pretium servorum amissorum, servorum fame peremptorum non consideratur, aut æstimatur, sed pretium tritici tantum, id est, id quod interest circa rem ipsam, quæ venit, quod quidem pretium tritici, si hodie pluris sit post moram venditoris, quam fuerit venditionis tempore, id emptori præstandum est: quoniam id haberet emptor, si moram venditor in tradendo tritico non fecisset: alioquin mora venditoris non auget obligationem, non auget supra pretium rei: *nec fit*, inquit, *major obligatio, qua venditor tenetur obstrictus*, *quod tardius agitur*, ex empto scilicet. Et maxime observandum est, de mora tantum venditoris Paulum loqui; plecti eam moram actione ex empto; in qua tamen non venit omne damnum, quod sustinuit emptor, omneve lucrum, quod non fecit emptor, sed id tantum, quod consistit circa rem ipsam. Idemque servatur in mora emptoris, ut ostendit *lex ult. de per. & comm. rei vend.* si emptor fecerit moram in solvendo pretio, actione ex vendito tenetur, ut præstet usuras duntaxat, non ut præstet omne omnino quod venditor mora non facta consequi potuisset: veluti si pretio soluto negotiatus ex eo fuisset, & ex mercibus plus tulisset, quam ex usuris; hujus lucri, quoniam extra rem est, ratio non habetur. Idemque servari in mora heredis rectissime Accursius sensit, ex hoc §. ut opinor, aut argumento hujus §. nunquam illum non adducat in *l. 26. de leg. 3.* Pro quo etiam facit *l. 22. §. ult. eod. tit.* Si heres in præstando fideicommisso moram fecerit, ex die moræ fideicommissariu debentur fructus. Præstandum etiam ei est omne damnum, quod passus est, præstanda omnis utilitas, quæ modo sit. versetur circa rem, ut si post moram res, quæ fideicommisso continetur, extincta, aut deterior facta sit, non etiam, inquit, scite Accursius, id quod damnum fideicommissarius passus sit in suis rebus. Hæc omnia dicuntur de mora: nam alia est ratio scientiæ, & doli mali venditoris, ut puta si sciens ancillam esse sterilem, partum ejus ignoranti vendiderit, vel si sciens de tributo venditi prædii, ignorantem emptorem celaverit, vel si sciens dolo malo pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendiderit. His enim casibus non tantum æstimatur utilitas emptoris, quæ circa rem ipsam versatur, sed etiam omnia detrimenta, quæ sunt extra rem, quæ scilicet emptor ex ea emptione traxit, ut si vitio tigni ædes emptoris perierint, quanti eæ fuerint, æstimatur, & præstatur emptori: præstatur damnum, quod in re sua passus est, nedum id, quod passus est in re vendita, vel etiam, quum sciens ignoranti vendidit pecus morbosum, si contagione pecoris empti cætera pecora emptoris perierint, quanti ea fuerint æstimatur, & præstatur emptori, quod palam, & aperte traditum est in *l. Julianus, hoc tit.* Alia igitur est causa moræ venditoris, quoniam ob hanc causam non æstimatur damnum, quod extrinsecus emptor passus est in suis rebus. Alia autem est caosa scientiæ, & doli mali, quoniam tunc omne damnum æstimatur, quod vel in reipsa, vel extra rem ipsam consistit. Et ita est explicandus hic §.

AD *§. Si tibi fundum.* In *§. pen. l. 21. de act. empt.* proponitur hæc species: vendidi tibi fundum ea lege, ut eum conductum haberem certa mercede, forte in quinquennium. Tu me ea conductione frui non pateris: contra legem venditionis à me dictam, quam tu secutus es, atque probasti, facis: Et ideo mihi teneris actione ex empto quasi in partem pretii, quia ea res, eave lex, sive pactio cessit in partem pretii, quandoquidem eo minoris res tibi à me vendita est, ut in *l. fundi, de contr. empt. l. 6. in fin. de serv. export.* teneris, inquam,

A mihi, ut sinas me conductione perfrui, aut quanti ob eam mea interest, præstes. Idemque est, si pepigero ut nulli alii, quam mihi eum fundum venderes, si quando eum vendere velles, quod pactum etiam superiori conjungitur in *l. qui fundum 75. de contrah. empt.* Eodemque modo, si legem dixero, si pepigero, ut nulli alii, quam mihi eum fundum quandoque venderes, si eum alii vendideris contra fidem placiti, mihi teneris actione ex vendito in id quanti ea res est, sive quanti mea interest, eum fundum mihi revenditum esse. Pactum venditioni ex continenti adjectum in ipso contractu inest, & format ipsam actionem, id est, actionem ex empto vendito, *l. jurisgentium, §. 1. de pact.* Pactum justum scilicet. Et hoc utique justum est, ut rem, quam tibi vendo, nulli alii, quam mihi revendas. Hoc pactum jure comprobatum est, ut vel hic locus ostendit, & *d. l. qui fundum*, quod tamen etiam male colligitur ex *l. qui Romæ, §. coheredes, de verb. oblig.* In dividenda hereditate coheredes inter se pacti sunt, ne eorum quisquam partem suam aliis quam coheredi, vel ejus successori venderet, subjecta stipulatione pœnali, si quis eorum aliter faceret. Et vero si quis eorum secus fecerit, pœna committitur, stipulatio pœnalis committitur; ex quo non sequitur pactionem illam valere. Nam & inutili, nullæve pactioni, conventioni subjecta stipulatio pœnalis efficax est. Quamvis conventio ipsa sit inefficax, ut si quis alteri stipuletur, vel paciscatur, inutilis stipulatio, inutilis pactio est, utilis tamen est stipulatio pœnalis ei subjecta, *l. stipulatio ista, §. alteri, eod. tit. de verb. oblig.* Eodem vero modo, si tibi domum vendidero certo pretio, & ea lege, ut aliam domum meam reficeres tuis sumptibus, quæ lex etiam videtur cedere in partem pretii, agam tecum ex vendito, ut reficias, *l. tenetur 6. §. 1. hoc tit.* vel agam *ad quantum interest*, ut loquitur *l. servum, de pign.* Sententia autem *§. ult.* hujus legis hæc est.

AD *§. ult.* In vendenda domo venditor sibi excepit habitationem donec viveret, aut quotannis aureos 10. quibus scilicet aliam sibi habitationem conduceret, & pararet. Denique sub disjunctione excepit sibi habitationem donec viveret, aut 10. aureos annuos. In disjunctivis obligationibus electio est emptoris, *l. plerumque, §. ult. de jure dot. l. 3. §. Scævola, de eo, quod certo loco.* Et ideo in electione est emptoris, vel præstare venditori habitationem, vel aureos decem quotannis, quæ electio ei datur singulis annis, adeo ut si primo anno præstiterit habitationem, secundo possit præstare 10. vel si contra, & ad eundem modum subinde mutare voluntatem, ut *l. cum qui certarum, §. ult. de verb. oblig.* quam in rem præcipue hic §. notandus est, ut qui singulis annis electionem habet præstandi alterutrum, possit variare, nec quod primo anno cœpit præstare, id compellatur, si nolit, præstare sequentibus: nec tamen ideo existimandum est hanc obligationem esse multiplicem: non ideo existimandum est, plures esse obligationes, quod præstationem mutare possit singulis annis suo arbitratu. Imo una est obligatio annua, & perpetua, *l. si Stichum, §. 1. eod. tit.* Quod & hic Fulgosius notavit rectissime contra Bartolum. Restat tantum *l. 5. de evict.*

Ad L. V. de Evict. *Servi venditor peculium accessurum dixit: si vicarius evictus sit, nihil præstaturum venditorem Labeo ait: Quia sive non fuit in peculio, non accesserit: sive fuerit, injuriam à judice emptor passus est, aliter atque si nominatim servum accedere dixisset. Tunc enim præstare deberet, in peculio eum esse.*

IN qua lege ostenditur, multum interesse, utrum in venditione servi venditor dixerit nominatim, alium servum accessurum, puta Stichum quasi peculiarem, sive vicarium servum venditi servi ordinarii: quo casu evicto Sticho, quem nominatim accessurum dixit, venditor omnimodo tenetur, quatenus emptori in id, quod interest indemnitas servetur, quia quod dixit, nempe Stichum esse in peculio servi venditi, & Stichum accessurum tanquam peculiarem, id proculdubio præstare debet. Interest vero, an simpliciter dixerit *peculium accessu-*

rum : hoc enim casu ; evicto servo vicario, quem non nominavit, venditor non tenetur, quia sive non fuit in peculio, non accessit venditioni : sive fuit in peculio, injuria judicis evictus est, & injuria, quam judex facit emptori, non debet venditorem contingere, non debet in venditorem competere, *l.51. hoc tit. l.8. C. eod. l.1. de rer. permut.* Perperam Accursius hoc loco, & aliis plerisque desiderat, ut injuriæ judicis accedat culpa emptoris, ut scilicet partim culpa sua, partim injuria judicis emptor condemnetur : perperam desiderat concursum utriusque causæ, quoniam alterutra causa sufficit, injuria judicis, vel culpa emptoris, ne venditor teneatur de evictione, ut supradictæ leges docent, *l.3. de evict. & l.1. C. de rer. perm. & in l. exceptione, de fidejuss.* hæc adjectio, quæ est in extremo legis, scilicet, *Si culpa tua injustæ damnationis causam præbuisti*, inepti cujusdam interpretis est, quoniam etiamsi culpa tua absit, injuria judicis non debet alterum contingere, *l. si sine, §. cum ante, rem rat. hab.* Porro ex his apparet venditorem peculii evictionem non præstare in singulis rebus peculiaribus, nisi nominatim eas designaverit : tunc enim præstare debebit in peculio eas esse: Sicut nec venditor hereditatis in singulis rebus hereditariis evictionem præstat, nisi in iis, quæ forte dixerit nominatim ex hereditate esse, *l.1. C. de evict.* Ac præterea sicut vendita hereditate nihil refert quanta hereditas sit, nisi de quantitate ejus venditor adfirmaverit, *l.14. in fine, & l.15. de hered. vend.* ita vendito peculio, aut vendito servo cum peculio, nihil refert quantum peculium sit : satis est si vel minima hereditas sit, si vel minimum peculium sit, *l. si quid in fine, de ædil. edict.* ut hereditatis, ita peculii nomen, nomen est juris, non corporis nomen est, quo jus significatur, non res.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.I. Locat. *Locatio, & conductio, cum naturalis sit, & omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur : sicut emptio, & venditio.*

HIC totus liber fuit de contractu locationis, & conductionis, & initio Paulus idem tradit in *l.1. loc.* quæ est ex hoc libro 34. quod & superiori de emptione, & venditione in *l.1. in fine, de contrab. empt.* locationem, conductionem, quæ similiter adsimilatur emptioni venditioni, esse jurisgentium, naturalem, inquit, & omnium gentium, id est, esse jurisgentium: & ideo non verbis solemnibus contrahi, & perfici, veluti stipulatione, quæ est juris civilis : sed nudo consensu, nuda voluntate, simul atque de certa re, quæ fruenda, vel habitanda daretur ad tempus certum, & de certa mercede convenerit. Hoc tantum est summum discrimen inter hunc, & illum contractum, quod in emptione venditione id agitur, etiamsi venditor non sit dominus, ut dominium rei transeat ad emptorem in perpetuum: in locatione conductione, ut conductori rei frui liceat certo pretio ad certum tempus, *l. cum manu, §. ult. de contr. empt.* Reddenda autem est huic libro 34. lex 7. ejusdem titul. locati, quæ falso adscribitur 32. Sententia ejus simul atque legis sequentis, quæ satis obscura est, mihi videtur esse hujusmodi.

Ad L.VII. eod. *Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, & Titius à domino prohibitus fuerit habitare: agentem te ex conducto, sexaginta consequi debere placet, quia ipse Titio tenearis in sexaginta.*

SIcut venditio rei alienæ valet, & inde nascitur obligatio inter emptorem, & venditorem mutua, *l. rem alienam, de contrab. empt.* ita & locatio rei alienæ potest fieri bona fide, cum venditio, & locatio rei alienæ bona fide fit : fac igitur, me tibi locasse domum alienam bona fide quinquaginta, & mox te eandem domum Titio ablocasse sexaginta, & Titium prohiberi à domino habitare evincente domum : ego tibi teneor actione ex conducto, ut Paulus ait in hac *l.7.* ut præstem non quinquaginta, sed sexaginta, quia in sexaginta Titio teneris, quem dominus in ea domo habitare non patitur, quæ sententia Pauli statim notatur in *l. seq.*

Ad L.VIII. eod. *Nos videamus, ne non sexaginta præstanda, nec quinquaginta sint, sed quanti interest perfrui conductione: tantundemque consequatur medius, quantum præstare debeat ei, qui à se conduxit : quoniam emolumentum conductionis ad comparationem uberioris mercedis computatum, majorem efficit condemnationem : & tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quæ ab illo perciperet, si dominus insulæ habitare novissimum conductorem non vetuisset. Quo jure utimur.*

VErius esse ait, usuque receptum, quod æquum est, neque quinquaginta me tibi, neque sexaginta præstare debere, sed quanti tua interest conductione perfrui : tanti autem tua interest, quanti Titio damnatus es, aut futurum est, ut damneris ob id, quod conductione ei frui non liceat prohibente domino : quinquaginta, de quibus convenit inter me, & te, ut mihi quotannis præberentur mercedis loco, ea ego tibi reputabo, pro rata ejus temporis, quo tibi domo frui licuit, conductorive tuo, id est, Titio: & id tantum restituam tibi, si tu mihi mercedem prorogasti, vel id tantum remittam tibi ex mercede conventa, quod in id tempus excurrit, quo tibi, conductorive tuo frui domo non licuit per dominum. Quod autem tu plus eo nomine præstiteris conductori tuo, quod ei conductione frui non licuerit, id ego tibi ex mercede, de qua inter me, & te convenit, aut reddam, aut remittam : majorem obligationem meam facit conductio tua, cujus merces uberior est, quam fuerit mea. Et ita est explicanda *l.8.*

Regressus ad L.VIII.

QUæ dixi nudius tertius ad *l.8. locati*, non satis eam explicant: itaque diligentiore retractatione opus est: nec enim mihi satisfaciunt. Ego tibi alienam insulam locavi quinquaginta, tuque eandem Titio locasti sexaginta, & dominus Titium à conductione expellit, Titium prohibet habitare, atque adeo etiam te prohibet conductione frui. Paulus dicebat in l.7. te actione ex conducto à me non quinquaginta quanti ego locassem, sed sexaginta quanti tu locasses, consequi posse, quoniam in sexaginta Titio teneris: nempe Titio teneris reddere sexaginta, si ea tibi prorogaverit, ut plerunque fit, vel remittere, si non prorogaverit ; quia neque ei, neque tibi habitatione frui per dominum licet. Contra Tryphoninus in l.8. ait, neque quinquaginta, neque sexaginta me tibi præstare debere, sed quanti interest conductione perfrui, ut in *l. qui insulam, infra, hoc tit.* illis verbis, *quanti conductoris interesset habitatores ne migrarent* : quæ verba opponit illis, *quanti dominus prædiorum locasset*. Quod autem interest conductoris conductione perfrui in hac specie, reapse redigitur ad decem tantum, id est, quod tua interest redigitur ad decem tantum, quia si tibi conductione frui licuisset, supra mercedem, quam mihi præbes, id est, supra quinquaginta, ex posteriori conductione decem lucrifecisses. In actione autem ex conducto, lucri, quod ex conductione conductor facturus erat, utique ratio habetur semper, *l.13. l.24. §. colonus, l.33. hoc t.* Lucri, inquam, quod hic Tryphoninus vocat, *Emolumentum conductionis*. In æstimationem igitur veniunt decem, quæ nunc ultra quinquaginta Titio conductori tuo reddere, aut remittere debes : nam etsi sexaginta, quæ Titio præstare debes, ad summam æquum sit, ut à me consequaris ; tamen ego tibi reputare possum *je vous puis preconter*, quinquaginta, quæ à te percepissem

pen-

pensionis nomine, quæ ideo nunc non percipio, quod tibi conductione frui non liceat. Ita si horum quinquaginta habita reputatione, ut non bis quinquaginta consequaris, sed semel tantum ob id, quod tibi frui non liceat: & hoc amplius decem nomine ejus, quod interest ob id, quod conductori tuo frui non liceat, cui ultra quinquaginta præstare decem debes. Uberior, cariorve locatio tua auget obligationem meam. Et ita perspicue mihi videtur explicari posse lex 8. Nunc transeamus ad l. 20. ejusdem tituli.

Ad L. XX. eod. *Sicut emptio, ita & locatio sub conditione fieri potest.*

Ad §. Sed donationis *causa contrahi non potest.*

Ad §. Interdum *locator non obligatur, conductor obligatur. Veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat.*

Ad L. XXII. eod. *Item si pretio non soluto, inempta res facta sit: tunc ex locato erit actio.*

Ad §. Quotiens *autem faciendum aliquid datur, locatio est.*

Ad §. Cum insulam *ædificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat: proprietatem quidem eorum ad me transfert, & tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem.*

Ad §. Quemadmodum *in emendo, & vendendo, naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere: & ita in locationibus quoque, & conductionibus juris est.*

SIcut emptio venditio sub conditione fieri potest, *§. pen. Instit. de empt. vendit.* Ita & locatio, quod proponitur initio legis 20. ad differentiam, ut arbitror, mancipationis, quæ fiebat per æs, & libram, nec conditionem recipiebat, *l. actus, de reg. jur.* Item, ut subjicit: sicut emptio donationis causa fieri non potest, ita ut sit emptio, utque nascatur obligatio empti venditi, actiove ex empto vendito, *l. 36. & 38. de contrah. empt.* ut si pretium venditor faciat, ponat, quod non sit exacturus, quæ res non substantiam, sed colorem tantum, & titulum venditionis habet, qui quæritur sæpe in fraudem legum, quæ quibusdam casibus donationes inhibent, ut quibus casibus non possunt donare, vendant, non exacturi pretium, id est, donationis causa, *l. 5. §. circa, l. 8. §. si uxori, l. 49. de donat. int. vir. & uxor. l. ult. C. Theodos. de Apostat. l. 58. Cod. Theod. de hæret.* Ita vero locatio donationis causa fieri non potest, ut ait in hac *l. 20. & l. 49. inf. h. tit.* Quod etiam dicitur ad differentiam emancipationis, quæ & donationis causa facta valebat, *l. ult. C. de donat.*

AD §. *Interdum.* Sequitur in §. 1. aliquando claudere locationem, & conductionem, puta locatorem non obligari, conductorem solum obligari: ut si quis emerit fundum, vel servum certo pretio, & pretium caverit se soluturum intra diem certum addita lege commissoria, pacto commissorio, ut si ad diem non solveret pretium, res esset inempta; & præterea addiderit etiam hanc legem, ut interim donec pretium solveret, eam rem, eum fundum, eumve servum conductum haberet certa mercede, ut in *l. seq.* & in *l. servi, sup. de peric. & comm. rei vend.* Hoc casu, si pretio non soluto ad diem, res fiat inempta secundum legem commissoriam, conductor locatori tenetur actione ex locato, ut præteriti temporis mercedem solvat, *l. seq.* locator autem non tenetur ex conducto, ut frui liceat, quia finita simul locatio, & emptio est, ad diem pretio non soluto. Et ita finis hujus legis 20. est connectendus cum initio legis 22. sive continuandus, cum sit ex eodem libro Pauli: In eoque initio pro *Item*, quæ menda est frequentissima in his libris, legendum, *id est*, alioquin manca, & imperfecta, & nullius sensus congrui est oratio, & extremo hujus l. 20. & initio legis 22. Ideoque ita uno tenore est legendum continuata oratione. *Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti quum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat, id est, si pretio non soluto inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio:* suppleat: *non etiam retro erit actio ex conducto.* Atque ita obligatio locati conducti claudicabit. Idem vero, ut claudeat obligatio locati conducti, evenit

A in specie legis *qui fundum inf. hoc tit.* Si fundum colono locatum, alii legavero in testamento, heredi meo colonus non tenetur ex locato, ut fundum colat, quia nihil heredis mei interest, cum fundus alii legatus sit: heres tamen colono tenetur ex conducto, ut frui præstet legatario prohibente colonum, atque ita ex uno tantum latere locati conducti obligatio consistit. Post additur in §. 1. non tantum locationem esse, si quid fruendum detur, quo casu conductor est, qui quid faciendum accipit, & hic conductor, qui fruendum accipit, mercedem dat, locator autem, qui fruendum dat, mercedem accipit: sed etiam locationem esse, si quid faciendum detur, ut si domus ædificanda, si aliud quodcunque opus faciendum sit, vestis sarcienda, aut polienda, si puer instituendus detur, quibus casibus conductor quidquid faciendum accipit, mercedem

B accipit: locator vero, quidquid faciendum dat, mercedem etiam dat. Et hoc præmisso subjicit Paulus in §. *cum insulam*, quum domus inædificanda locatur ea lege, ut conductor, id est, faber omnia sua impensa faciat, ut cæmenta, ut tigna, ut materiam omnem fabricæ necessariam de suo præbeat, etiam tum locationem esse. Quamvis quod videbatur obstare, ejus materiæ dominium, quamvis materiæ suæ dominium transferat in locatorem, ut *l. redemptores, de rei vind.* Ratione civili, & naturali, quia superficies cedit solo: quia superficies sequitur jus soli: non solet quidem locatio dominium mutare: sicut emptio venditio dominium mutare potest, locatio conductio dominium non solet mutare, *l. 42. h. t.* Sed si quando lege locationis id agetur, ut dominium mutetur, non ideo initium, & causa contractus, quæ utique semper potissimum spectanda est,

C immutatur, ut *l. in nave, inf. hoc tit.* Idemque esse ex diverso Paulus significat hoc loco, tametsi præcise admodum suo more, *si faber, sive artifex*, ut ait, *non domum faciendam à locatore conduxerit, locatore inuente contractum, sed ultro ipse locaverit operam suam ad domum ædificandam in solo alieno suis sumptibus, & conduxerit æque operam ejus dominus soli certo pretio:* nam & hoc casu non venditio, sed locatio contracta intelligitur, ut ostendit etiam *l. 20. de cont. empt.* quia faber locat suam operam ultro, inrogatus, id est, faciendæ insulæ necessitatem. Corpus autem, in quo faciat, proficiscitur à conductore, qui soli dominus est. Denique non in una eademque specie fabrum, & conductorem, & locatorem vocat, quod esset absurdissimum, & sine exemplo, sed in alia specie conductorem vocat, quum quis scilicet fabro domum ædificandam dedit, cum quis

D fabrum adivit, eique domum ædificandam dedit constituta certa mercede. In alia autem specie fabrum locatorem vocat, videlicet, quum faber ipse ultro operam suam detulit domino soli, si in eo ædificium poni vellet. Et breviter res sic se habet, quod & demonstrabit *lex 2. ad leg. Rhod.* quæ est etiam ex hoc libro. Res sic se habet breviter. Locator est, qui init, inchoat contractum, dans se utendum, exhibensve operas suas, vel dans rem aliquam fruendam, vel dans opus aliquod faciendum: Conductor autem est, qui subsequitur, & locatoris conditionem accipit, gratamve, & ratam habet. Hæc est certa, & perpetua definitio locatoris, & conductoris, quam nosse magni interest, propterea quod locatori datur actio ex locato: conductori actio ex conducto, nec possis scire cui quæque actio detur, nisi sciar quis proprie sit locator, quis con-

E ductor. Restat §. ult.

AD §. *Ult.* In hoc §. ostenditur, locationem conductionem in hoc etiam esse proximam, & similem emptioni venditioni, quod in utroque contractu liceat contrahentibus se circumscribere invicem, & circumvenire. Idque naturaliter inquam, id est, ex natura ipsius contractus, ex substantia, ut ait l. 8. *C. de resc. vend. l. 17. §. pen. de minor.* In emendo igitur, & vendendo, item in locando, & conducendo naturaliter, id est, ex natura contractus utriusque, vel *ἐμπορικῶς*, ut ait *Nov. 97. comme il se fait entre marchands*, licet contrahentibus se invicem circumscribere, quod non est dolo malo se circumscribere, quæ res longe abesse debet à contractu bonæ fidei, *l. seq.* sed se circumscribere, est reipsa gra-

gravare se invicem, puta, quod pluris est, emendo, aut con- A ducendo minoris, aut quod minoris est, vendendo, vel locando pluris: quod satagit etiam uterque semper in utroque negotio, & ea fraus toleratur, modo non sit fraus immodica, quæ scilicet excedat modum ita jure definitum ut ne venditor, aut locator fraudetur supra dimidiam justi pretii, justæve mercedis, id est, ne pretii, mercedisve nomine saltem minus dimidio ferat: denique si res digna sit 20. ne minus ferat quam 10. nam si 8. vel 9. duntaxat ferat ex conventione, rescindi venditio potest, juxta *l. 2. C. de rescind. vend.* quod & ante eam legem obtinuisse sup. quodam loco ostendi: non tantum dolus, sed etiam fraus immodica, & intolerabilis à contractu bonæ fidei abesse debet, *l. 3. in fi. pro soc.* Si dolus absit, si fraus immodica absit, ob quamlibet aliam fraudem, in quam venditor, aut locator inciderit, in- B dicando pretio, ponendo pretio, locatio venditiove rescindi non potest: certe nec ob fraudem immodicam, quam supra definivi, si quis amens, si quis stultus impenso, & immenso pretio emerit: nam hoc beneficium ob immodicam fraudem rescindendæ venditionis omnes leges, omnes constitutiones dant venditori tantum, non stulto emptori: quod plenius docet observatio 16. cap. 18. & summus senatus aliquando probavit, potestque huic rei aptari, quod est apud Plautum in Mostellaria: *Si ædes male emptæ essent,* inquit, *nobis has haud redhibere liceret*. Male emere, est magno, & immenso pretio emere. Et inde illud Plinii in Epistolis: *Malam emptionem semper ingratam esse, eo maxime quod exprobare stultitiam domino videatur*. His addamus, quod ita Seneca scripsit 5. Controversiarum: *non possum domum habere, nisi hanc emero nulla alia venalis est. Et hanc occasionem*, inquit, *videt venditor, & premit, non tamen hanc emptionem rescindens, alioquin*, inquit, *in infinitum calumnia excedet*. Quod congruit etiam optime cum eo, C quod Paulus ait in hoc *§. ult.* in emendo vendendo naturaliter esse concessum, quod pluris sit, minoris emere, & quod minoris sit, pluris vendere, & invicem se circumscribere, id est, gravare, ut *l. 6. C. sol. matrim.* sine dolo malo tamen, ut *l. seq. & l. si quis adfirmavit, de dolo malo*: nam si ego persuasi tibi domum esse bene materiatam, vel quam aliam commoditatem in ea domo esse, quam tu magni facias, si hoc tibi persuadeam, atque inducam, ut magno emas, rescissioni plane locus est, non etiam, si dolus malus absit, etiamsi fraus adsit, modo non sit immodica ex parte venditoris. Et eodem modo *lex 8. de rescind. vend.* hoc animo, votoque ad emptionem venditionem emptorem accedere, D ut viliore pretio emat, ut bene rem suam gerat: venditorem, ut cariore vendat, & tandem post multam cunctationem, ubi paulatim venditor detraxerit de pretio, quod fecit, emptor vero adjecerit, ut conveniant in certum pretium. Cæterum id omni opera agit quisque, ut bene emat, vel ut bene vendat, idque natura contractus exigit, cum in emptione venditione, tum in locatione conductione.

Ad L. XXIV. eod. *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur: perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset: idemque servatur si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato* E *agi possit.*

Ad §. Si colonus *locaverit fundum: res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.*

Ad §. Si domus, *vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit: potest dominus, si deseruerit habitationem, vel fundi culturam colonus, vel inquilinus, cum eis statim agere.*

Ad §. Sed & de his, *quæ præsenti die præstare debuerunt, velut opus aliquod efficerent, propagationes facerent, agere similiter potest.*

Ad §. Colonus, *si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget: etsi reliquis annis dominum fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus, eo quod secundo, vel* A *tertio anno patietur fundo frui: nam et qui expulsus à conductione, in aliam se coloniam contulit, non sufflecturus duabus, neque ipse pensionum nomine obligatus erit, & quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur. Sera est enim patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus non potest: quod si paucis diebus prohibuit, deinde pœnitentiam agit, omniaque colono in integro sunt: nihil ex obligatione, paucorum dierum mora minuit. Item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non præstantur quæ convenerant, sive prohibeatur frui à domino, vel ab extraneo, quem dominus prohibere potest.*

Ad §. Qui in *plures annos fundum locaverat, testamento supdamnavit heredem, ut conductorem liberaret. Si non patiatur heres eum reliquo tempore frui: est ex conducto actio. Quod* B *si patiatur, nec mercedes remittat: ex testamento tenetur.*

Restat ex hoc libro 34. ut exponamus *l. 24. loc. cond.* cujus explicabo tres quæstiones, & primam potissimum, quæ (quod possim liquido affirmare) male accepta est ab interpretibus. Quidam locavit tibi opus faciendum, & diem præstituit intra quem faceres, adjecta lege, sive pactione, ut opus, quod fecisses, arbitratu suo approbaretur, & cum approbatum esset, tum demum, ut tibi certa merces solveretur. Quod in locationibus publicorum operum, vel tacite semper observatur. Denique ut opus publicum Coss. vel censores, vel Ædiles, vel Prætores, cum effectum inspicerent, ut probarent, opus scil. quod faciundum locassent, ubi id perfectum esset. Et inde caput legis Juliæ repetundarum, nimirum, ut proponitur in *l. 7. §. illud, ad l.* C *Juliam repetund. ne in acceptum ferant opus faciendum probandum, frumentum publice dandum, præbendum, sarta tecta tuenda, antequam perfecta, probata, præstita lege essent*. Sic illo loco perspicue esse legendum jam pridem ostendi. Aliter Budæus legerat, & quidem perperam: qui & illo loco quod miror, etiam perperam, probare opus, ait, esse conductoris, sive redemptoris, qui opus faciendum suscepit non locatoris. Refragatur hæc lex, & *l. 51. §. ult. hoc tit. & l. 77. pro soc.* quæ aperte ostendunt, lege vulgari locationis probationem operis pertinere ad locatorem, qui opus faciundum locavit. Et quod Titus Livius lib. 4. *Censores*, inquit, *villam publicam in campo Martio probaverunt*, quam scil. faciendam locaverant. Et aperte M. Tull. in prætura urbana alloquens prætorem: *Probatio operis*, inquit, *futura est tua, qui locas*. Et antiquæ etiam inscriptiones, in quibus D sæpe legitur, *censores, aut consules, aut duo viri juri dicundo faciundum curaverunt*, procuraverunt, *eidemque*, id est, idemque, *probaverunt*. Hæc autem lex locationis, quæ in hac lege proponitur, ut opus probetur, ubi factum erit arbitratu domini, id est, locatoris, non est accipienda de arbitrio suo, de arbitrio pleno, & soluto ipsius locatoris, sed de arbitrio boni viri, ut Paulus ait, non est accipienda de profuso arbitrio, sed de arbitrio æquo. Sic Livius vocat arbitrium boni viri, arbitrium æquum, quod viro bono convenit, idque bona fides exigit, quæ in hoc contractu consideratur. Eademque ratione idem obtinet, id est, hæc interpretatio arbitrii valet semper in omnibus contractibus bonæ fidei, imo & in legatis, & fideicommissis, *l. 22. de reg. jur. l. 7. de contrah. empt. l. 1. de leg. 2. l. 43. de leg. 3. l. 5. de alim. leg.* Et addit Paulus hoc loco, idem servari, eandemve interpretationem adhiberi, si in lege lo- E cationis non domini, sed extranei cujuslibet arbitrium comprehensum sit, puta, *ut arbitrio Lucii Titii opus probaretur*. Namque & hoc modo probatio operis collata videtur in arbitrium boni viri, non in quodcunque arbitrium Lucii Titii. Et de hac specie, id est, de probatione operis collata in arbitrium extranei, quæ sequuntur omnia in hac lege accipienda sunt, non de ea, quæ confertur in domini, sive locatoris arbitrium. Quod si Accursius, & alii omnes interpretes animadvertissent, statim sensum hujus legis assecuti fuissent: sed, quæ sequuntur omnia, etiam repugnante ratione accommodant ad arbitrium probandi operis, collatum in dominum, sive locatorem. Posset dominus diem, quam dixit, diem præstitutam operi faciundo, ut posui initio, prorogare. Quidni? Prorogare mancipi, conductori, fa-

bro

bro operis, vel fabro ædium, ut eleganter Gellius dixit *fabros ædium*, pro *οἰκοδόμους*. Dominus igitur proculdubio diem, quam dixit operi faciundo, prorogare potest: extraneus autem, cujus arbitrio, ut opus approbaretur lege locationis dictum est, diem prorogare non potest, nisi id ipsum lege locationis nominatim comprehensum sit, ut *l. 113. de verb. oblig.* nam illa sola verba, *ut opus approbetur arbitrio L. Titii*, ad qualitatem tantum operis, veluti bonitatem, aut diuturnitatem probandam, vel improbandam pertinent, non etiam dant facultatem L. Titio prorogandi diem præstitutam operi faciundo. Et ita hæc pars tantum accommodari potest ad arbitrium operis probandi, collatum in personam extranei: Itemque pars, quæ sequitur. Domini probatio, si nihil læderet conductorem, non esset irrita, etiamsi forte opus esset vitiosum, unusquisque juri suo potest renuntiare. At extranei probatio irrita est, si eam non fecerit ex fide bona, ut virum bonum decet in rem utrinsque contrahentis, sed eam probationem fecerit iniquam, & pravam, forte dolo malo conductoria corruptus, & inductus, atque persuasus, ut faceret pravam. Itaque huic probationi extranei, quam fecit dolo conductoris, locator non stabit, sed salva nihilominus ei erit actio ex locato adversus conductorem, ut opus omni ex parte integrum tradat, nec cogetur, si pravum L. Titii fuerit arbitrium, opus vitiosum, quod conductor fecit in acceptum referre: nam ut ex prætura urbana Ciceronis intelligitur, ubi opera perfecta, & probata erant, in acceptum referebantur. Conductor scilicet liberabatur per acceptilationem. Et ita prima pars hujus legis accipienda est. Sequitur §. s.

AD §. *Si Colonus*. Colonus, qui à domino fundum colendum, & fruendum conduxerat certa mercede, eundem fundum alii locavit: nemo prohibetur quod conduxit alii locare, *l. nemo, C. de loc.* quoniam conductori frui licet: & frui videtur qui alii locat. Hoc autem casu invecta, illata, importata in fundum à domino locatum, à priori, vel à posteriori conductore, domino mercedis, pensionis nomine pignori obligata non sunt, nisi id expressum sit nominatim. At fructus, id est, fundi locati tacito jure pignoris, pro pensionibus domino tenentur. Et hoc est quod ait, *Res posterioris conductoris domino non obligari*, res posterioris conductoris, quas scilicet intulit in fundum domino non obligari, sicut nec, ut in extremo ait, res prioris: sed fructus in causam pignoris manent, quod confirmatur etiam *l. 53. hoc tit. & l. in prædiis, inf. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. cont. & l. 3. §. s. de admin. rer. ad civit. pert.* Et observandum, hoc tantum dici de colono, qui conduxit prædium rusticum: Nam in inquilino, qui conduxit prædium urbanum, aliud servatur, quandoquidem, quæ inquilinus intulit, invexit in domum conductam, tacite sunt obligata pro mercede domus, quia hujus prædii nulli sunt fructus, quia prædium urbanum nullos fert fructus, qui possint esse pignori. Itaque necesse est, ut invecta, illata pignori sint, etiamsi id non convenerit nominatim. In prædio rustico satis abundeque est locatori, si in eo prædio nata, si fructus ibi nati pro mercedibus tacito jure pignori ei obligata censeantur, ut *l. 4. in princ. de pact. l. solutum, §. solutam, de pignor. act. §. item Serviana, Instit. de actionib.* Et hæc differentia inter colonum, & inquilinum, quod ad variam causam taciti pignoris est certissima, & notissima omnibus.

AD §. *Si domus*. Locata domo in *quinquennium*, vel fundo locato similiter *in quinquennium*, si inquilinus deserat habitationem, vel si colonus *culturam* deserat, *Coloniam*, ut loquuntur, *deserat ante quinquennium*, dominus cum eo statim agere potest ex locato de pensionibus totius quinquennii, de pensionibus omnium annorum, ut eæ sibi præstentur, non expectato fine quinquennii. Et hoc, si sine justa, & probabili causa, vel inquilinus habitationem, vel colonus coloniam deseruerit, *l. 55. §. ult. inf. h. t.* Et è contrario quoque, si colono frui non liceat, si inquilino habitare non liceat per locatorem, totius quinquennii nomine statim colonus, vel inquilinus cum locatore agere potest, ut in §. seq. ostenditur, nisi (eadem est est addenda exceptio) locator habuerit justam causam eum expellendi à conductione, quales recensentur quædam in *l. 3. C. de loc.* Verum huic sententiæ Accursius objicit *legem 1. §. si pensio, de migr.* ubi ostenditur, colonum, aut inquilinum, si migrare velit, id est, deserere habitationem, & alio se conferre, interdicto de migrando hoc consequi, ut sibi auferre liceat, quæ in domum conductam intulit, invexit, importavit, oblata locatori mercede, quam debet, an mercede totius temporis, in quod conduxit domum? Non, inquit: non est necesse, ut sua habeat, vel auferat, quæ intulit in domum conductam, ut offerat pensionem totius temporis, sed ejus tantum temporis, quo habitatione fruitus est, nisi, inquit, specialis conventio facta fuerit inter locatorem, & conductorem, ne ante tempus recederet, quoniam hoc casu totius temporis mercedes debet, si emigrat ante tempus: ergo mercedum totius temporis nomine invecta, & illata pignoris jure à locatore retineri possunt. Hic §. non exigit specialem conventionem. Et sane videtur tantum specialis conventio necessaria esse, ne interdicto de migrando auferat quæ intulit, si migrare velit ante tempus, sed non etiam, ut liberetur pro rata temporis, quo non habitat in domo conducta. Denique, ut nisi specialis conventio interveniat, ut pignus tacitum solvatur commigrante ante tempus, sed fortis obligatio, ut non solvatur. Proinde, ut etiamsi specialiter non convenerit, ne recederet ante tempus, ut mercedem debeat totius temporis, & præteriti, & futuri. Præterea additur in hoc §. colono, vel inquilino migrante ante tempus conductionis, dominum etiam posse agere de iis, quæ præstare debuit colonus, aut inquilinus præsenti die, non futura die; futuri temporis pensionem debet, sed quæ præstare tantum debuit præsenti die, ea tantum præstare debet: veluti si lege locationis cautum fuerit, ut aliquid reficeret, si id reficere debuerit eo die, quo migravit, agi cum eo potest ex locato ut reficiat, vel etiam si lege locationis cautum fuerit, ut propagationes faceret vitium, vel arborum, quod nemo non intelligit, Accursius non intellexit, propagationes, id est, plantationes, inquit. Si igitur lege locationis cautum fuerit, ut colonus propagationes faceret vitium, vel arborum, vel ut rumpos traduceret, sic vocantur traduces vitium, vel arborum, qui à summo pendent. Rumpi traducuntur à summo: propagationes fiunt in imo: hoc quoque si facere debuit eo die, quo migrat, vel ante eum diem, de eo locator cum eo experiri potest actione ex locato.

AD §. *Colonus*. Sequitur ut exponamus §. *colonus*. Jam didicimus ex superiore §. quod & nunc repetere necesse habemus, ut id connectamua cum hoc §. Si colonus locato fundo, vel locatis ædibus in quinquennium, ut fieri solebat, deseruerit, dereliquerit coloniam, vel habitationem, sine justa, & probabili causa, cum eo statim de mercedibus totius quinquennii ex locato agi potest: statim, inquit, ergo non expectato fine quinquennii, si justa colono, vel inquilino fuerit recedendi causa, præteriti tantum temporis, quo inhabitaverit, mercedem debet, non reliqui temporis. Et justa utique inquilino est recedendi, sive migrandi causa, justus metus ruinæ, forte quod post locationem ædes in vitium inciderint. Justa etiam est causa, si vicino ædificante, lumina ædium conductarum obscurentur, vel si ostia, fenestrasve nimium corruptas locator non restituat, quæ omnia ostenduntur in *l. 27. §. ult. l. 55. §. ult. hoc tit. l. inquilino, & l. seq. de damno infecto*, & in *l. proxim. §. si vicino, hoc tit.* Ubi igitur justa est causa derelinquendæ habitationis, conductor præteriti tantum temporis, quo fruitus fuerit re conducta, pensionem debet. Dices, quod & supra objiciebam: imo etsi sine justa causa intra tempus conductionis inquilinus migraverit, videtur non aliter sequentis temporis, non aliter totius temporis pensionem debere, quam si specialiter convenerit, ne intra tempus conductionis emigrare liceret, qualis conventio proponitur etiam in *l. 54. §. inter, hoc tit.* Et hanc specialem conventionem exigit diserte *lex 1. §. si pensio, de migrando*. Verum quod etiam sup. ostendi, nunc dicam explicatius, in illa *l. 1. §. si pensio*,

agi

agitur tantum de pignoribus, puta de invectis, & illatis, introductis, importatis in ædea conductas, de pignoribus abducendis interdicto de migrando, cum emigrat inquilinus, ne vis ei fiat quo minus eas res abducat, quamvis fint obligatæ pensionis nomine, quas etiam locator retinere non potest ob pensiones sequentis temporis, *nisi*, ut ait, *specialis illa conventio facta fuerit de non migrando intra tempus locationis*. Nos autem hic agimus non de pignoribus, quæ pensionum nomine nexa sunt, sed de sorte ipsa pensionum totius temporis, quæ petitur actione ex locato, & jure exigitur, etiamsi specialis illa conventio non intervenerit, videlicet, quum inquilinus fine justa, & probabili causa migrat ante tempus expletum; facilius tollitur pignus tacitum, quam obligatio principalis, quæ ex contrahentium voluntate expressa ducit originem. At prætérea obiter notandum est in *d. §. si pensio*, cum eo, quod Labeo dixerat, si pensio nondum debeatur, interdictum de migrando cessare, nisi inquilinus paratus sit eam pensionem solvere: cum, inquam, ex eo ille paragrapho infert statim, *proinde*, inquit, *si semestrem solvit, semestris debeatur, nisi solverit, & sequentis semestris*. Illo loco plusquam manifestum est ex propositione, quæ præcedit, illatio enim omnis est accipienda secundum propositionem præcedentem: illo, inquam, loco legendum esse, *proinde si semestrem solverit, & semestris nondum debeatur*. Et iis cognitis nunc notandum est ex hoc *§. colonus*, ex contrario quoque fundo locato in quinquennium, si colonum frui dominus non patiatur, totius quinquennii nomine statim, hoc etiam loco ait, *statim*, cum domino ex conducto quanti interest conductione perfrui, agi posse: videamus, an in solidum, an quod Accursius notat hoc loco, deducto commodo, quod jam ex conductione colonus deduxit? ita, ut dixi, censet Accursius. Verum mala fides locatoris, qui contra conventionem non patitur colonum frui, non admittit hanc deductionem. Et lex etiam ait, plane locatorem teneri totius quinquennii nomine, nec quicquam deducendum esse ait. Ac ita præterea *lex si constante, §. quotiens, sol. matrim.* qua nititur Accursius, contra Accursium potius facit: namque ait, maritum, qui inops fieri periclitatur, si non satisdet mulieri, se dotem sua die redditurum, puta annua, bima, trima die, eum potest satisdare: si, inquam, mala fide, si maligne cum potest satisdare de dote reddenda sua die, nolit satisdare, ob eam rem ait, maritum statim damnari in solidum, non deducto commodo medii temporis, ut statim repræsentet dotem. Sic etiam dicam, quum agitur ex conducto in locatorem, quod mala fide contra conventionem colonum frui prohibeat, eum debere damnari in solidum fine ulla deductione. Verum addenda est eadem exceptio, quæ addita est in specie superioris *§.* nisi dominus, sive locator habuerit justam causam prohibendi, aut expellendi colonum. Justa causa est, si biennio colonus pensionibus non paruerit, & fundum, ut oportet non coluerit, *l.54. §. pen. inf. hoc tit.* vel si fundum deteriorem fecerit, quæ justa est etiam causa expellendi coloni, inquilini, *l.3. C. eod.tit.* si colonus deteriorem fundum fecerit, hæc est satis idonea causa expellendi eum, *d. l. 3.* Et in Epistolis Symmachi: *Si*, inquit, *horreis conductis, ita abusus fuerit, ut iisdem labem consulto intulisse dicatur*. Alioquin, dominus, qui colonum frui prohibet, quive colonum expellit fine justa causa, statim colono tenetur in id, quod interest, etiamsi sequenti tempore eum frui patiatur, id est, si offerat se passurum. Quid enim, si res non sit integra, quum id offert? Quid si expulsus, aut prohibitus semel colonus jam se in aliam coloniam contulerit, nec possit sufficere duabus? id est, non possit duos fundos colere? Hoc igitur casu statim totius temporis nomine cum locatore colonus agere potest ex conducto, etiamsi locator offerat, se deinceps passurum, ut colonus fruatur: statim, inquam, totius quinquennii nomine cum domino agere potest ex conducto, quanti interest, puta, ut si pensiones colonus totius temporis prorogaverit, eæ reddantur, vel pro portione temporis; quod ab eo die fluxerit, quo frui prohibitus est, vel si pensiones non prorogaverit, ut remittantur. Ac præterea, quantum per singulos annos ex conductione lucri facturus erat, ut ei præstetur: Nam & lucri ratio habenda est, ut *l.8. 18. & 33. hoc tit.* Et ut eleganter ait Paulus, fera est patientia locatoris, quam offert eo tempore, quo colonus alii coloniæ se addixit, quo sensu *colonia* sæpe accipitur in his libris. Et apud Senecam in præfatione declamationum: *Intra coloniam*, inquit, *meam me continui*, id est, intra rus meum. At si paucis tantum diebus locator colonum frui prohibeat, & mox pœnitentia actus eum patiatur frui, omni jure adhuc colono integro, illæso, immutato, id est, si coloni nihil propter eam moram intersit, ut *l.135. §. Seja, in fine, de verb.oblig.* tunc mora illa paucorum dierum non nocebit locatori, nec quidquam deminuet de mercedibus, de quibus inter eum & colonum convenit: mora, inquam, quod notandum, mea, quæ adversario meo non nocet, mihi etiam non nocet. Hoc valde notandum. Quod autem dictum est in superiori *§.* recte locatorem agere ex locato intra tempus conductionis, discedente conductore, de iis, quæ præsenti die, quo discessit, præstare debuit: ut si opus aliquod efficere debuit ex conventione, ex lege locationis, si propagationes vitium, vel pomorum locare debuit ex lege locationis: Ita in hoc *§.* subjicit Paulus, recte etiam colonum, qui frui prohibetur, agere ex conducto de iis, quæ secundum conductionem locator præstare debuit, ut in *l.15. in princ. hoc tit.* Et postremo ait, nihil interesse, dominus colonum frui prohibeat (hæc omnia, quæ dico sunt in usu hodie) an extraneus, quem dominus prohibere, ne id faciat, possit: quoniam utroque casu dominus colono tenetur, quanti ejus interfuerit frui, ut *l.33. inf.* Et huic loco conjungenda est omnino *lex 189. lex facere, de verb.sig.* quæ est ex eodem Pauli libro.

Ad L.CXIC. de Verb.sign. *Facere oportere, & hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret: & curaret ne fiat.*

Quum agitur facere oportere adversus locatorem, *ajo te mihi facere oportere*, vel quod semper conjungebatur, etiamsi facere tantum, non dare quicquam locator deberet, *ajo te mihi dare facere oportere*: nam intelligitur disjunctio *dare, vel facere oportere*, ut in actione, ope consilio tuo furtum factum esse ajo, subintelligitur etiam disjunctio. Quum ergo conductor agit adversus locatorem, facere *oportere*, sunt verba formulæ, vel actione, ex conducto scilicet, vel actione ex stipulatione *frui licere*, non in hoc solum agi, ut abstineat locator ab eo facto, quod contra conventionem ipse facit, sed etiam ut curet, ne alius faciat, ita ut his verbis non abnutivum tantum significetur, quod Ulpianus dixit de stipulatione habere licere inter emptorem, & venditorem, quæ est similis stipulationi frui licere inter locatorem, & conductorem in *l.inter stipulantem, §.1. de verb. oblig.* sed etiam his verbis significetur adnutivum, id est, ut curet ne quis alius, ne procurator, ne emptor, cui forte fundum locatum intra tempora locationis vendiderit: ne, inquam, procurator suus, ne emptor colonum frui prohibeat, ut in *l.seq.25.§.1.* Restat tantum, quod est in *§.ult.* hujus leg.

Ad *§.ult.* Legis XXIV. Locat. Ponit *§. ult.* hujus legis, locatorem fundum locasse in plures annos, id est, in plures quam quinque: nam privati solebant prædia sua locare in quinquennium, in lustra, & sunt hujus rei innumera exempla in his libris. Idque faciebant exemplo Censorum, & Consulum, qui etiam publica locabant in quinquennium. Unde illud Ovidii de Ponto:

Nunc longi reditus hastæ supponere lustri
Cernat: & exacta cuncta locare fide.

In plures igitur annos hoc loco, ut & lege 32. *l.60. in pr. hoc tit.* id est, in plures quam quinque, ut & hoc loco Siculi Flacci de limitibus agrorum: *alii*, inquit, *per singula lustra locare solent, alii in plures annos*. Nunc finge: locator, qui fundum locaverat in plures annos, damnavit heredem suum, ut colonum liberaret conductione: heres tenetur actione ex testamento, ut colono pensiones futuri temporis,

ris, atque etiam reliqua pensionum præteritarum, plenius A accepta testatoris voluntate, quemadmodum dicitur in *l. in testamentis, de reg. juris*, plenius esse interpretandas testantium voluntates, ut inquam, ea omnia remittat colono: hoc ut dixi, consequitur actione ex testamento jure legati. Actione autem ex conducto jure conductionis colonus consequitur, quia obligatio sequitur heredem locatoris, si heres colonum frui prohibeat, vel alius, quem heres cohibere possit, consequitur ut colono præstet quanti interest, *l. si ei cui fundum, cum duobus seqq. de liberat. leg.* Atque ita sit hoc casu, ut claudat obligatio locati, & conducti: Namque conductor non tenetur actione ex locato: heres locatoris tenetur actione ex conducto duplici actione, ut dixi, actione ex testamento, & actione ex conducto. Idemque servatur, si locator colono usumfructum fundi legaverit, *l. 30. §. 1. de usuf. leg.* Quo casu actione ex testamento colonus B usumfructum vindicat sibi legatum: actione autem ex conducto consequitur, ut sibi pensiones remittantur: consequitur etiam impensas, quas in culturam fundi fecit, *l. quotiens, §. si colono, de usufr.* In culturam, inquam, fundi, ut si pastina instituit in fundo, quæ impensa utilissima est, & consequitur actione ex conducto, ut ea sibi impensa restituatur, quæ ut dixi, facta est in culturam fundi: nam aliud dicendum est de impensa facta fructuum quærendorum, colligendorum, percipiendorum causa: hæc enim impensa compensatur cum fructibus, *l. 3. de impens. in res dot. fact.*

Ad L. II. ad Leg. Rhod. de jactu. *Si laborante nave, jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is* C *deinde cum reliquis, quorum merces salvæ sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut cæterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni præstent. Imo, etsi retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: Quid enim, si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non totam navem conduxerit, ex conducto aget: sicut vectores, qui loca inanem conduxerunt: Æquissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sint, ut merces suas salvas haberent.*

Ad §. Si conservatis *mercibus deterior facta sit navis, aut si quid exarmaverit: nulla facienda est collatio: quia dissimilis earum rerum causa sit, quæ navis gratia parentur, & earum,* D *pro quibus mercedem aliquis acceperit: Nam & si faber incudem, aut malleum fregerit: non imputaretur ei, qui locaverit opus, sed si voluntate vectorum, vel propter aliquem metum, id detrimentum factum sit: hoc ipsum sarciri oportet.*

Ad §. Cum in eadem *nave varia mercium genera complures mercatores coegissent, prætereaque multi vectores servi, liberique in ea navigarent, tempestate gravi orta necessario jactura facta erat. Quæsita deinde sunt hæc, an omnes jacturam præstare oporteat, & si qui tales merces imposuissent, quibus navis non oneraretur, velut gemmas, margaritas, & quæ portio præstanda est: & an etiam pro liberis capitibus dari oporteat: & qua actione ea res expediri possit. Placuit, omnes, quorum interfuisset jacturam fieri, conferre oporteret quia id tributum observatæ res deberent. Itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse. Jacturæ summam pro* E *rerum pretio distribui oportet. Corporum liberorum æstimationem nullam fieri posse. Ex conducto dominos rerum amissarum, cum nauta, id est, cum magistro, acturos. Itidem agitatum est, an etiam vestimentorum cujusque, & annulorum æstimationem fieri oporteat. Et omnino visum est, nisi si qua consumendi causa imposita forent: quo in numero essent cibaria, eo magis, quod si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret.*

Ad §. Si navis à piratis redempta sit: *Servius, Ofilius, Labeo, omnes conferre debere, ajunt. Quod vero prædones abstulerint: eum perdere, cujus fuerint, nec conferendum ei, qui suas merces redemerit.*

Ad §. Portio *autem pro æstimatione rerum, quæ salvæ sunt, & A earum, quæ amissæ sunt, præstari solet. Nec ad rem pertinet, si hæ, quæ amissæ sunt, pluris veniri poterant: quoniam detrimenti, non lucri fit præstatio; sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, æstimatio debeat haberi, non quanti emptæ sint, sed quanti venire possunt.*

Ad §. Servorum quoque, *qui in mare perierunt, non magis æstimatio facienda est, quam si qui ægri in nave decesserint, aut aliqui se præcipitaverint.*

Ad §. Si quis *ex vectoribus solvendo non sit: hoc detrimentum magistri navis non erit: Nec enim fortunas cujusque nauta excutere debet.*

Ad §. Si res, *quæ jactæ sunt apparuerint: exoneratur collatio. Quod si jam contributio facta sit, tunc hi, qui solverint, agent ex locato cum magistro, ut is ex conducto experiatur, & quod exegerit reddat.*

B Ad §. Res autem *jacta domini manet, nec fit adprehendentis: quia pro derelicto non habetur.*

EX lib. 34. ad edictum restat una lex tantum, sed prolixa satis. Ea est lex 2. ad l. Rhodiam de jactu. Nemo est, qui nesciat in initio constituendæ Reip. populum Romanum leges petiisse à Græcis civitatibus, veluti, Atheniensium, Lacedæmoniorum, Thuriorum, qui erant in magna Græcia, & aliis: repetiisse scilicet, non accepisse quasi datas sibi dictasve à Græcis, nempe quibus uteretur in cæteris omnibus negotiis, præterquam nauticis, quæ populus Roman. nondum exercebat, disceptandis, & dijudicandis. Postea vero quam rei nauticæ operam dare cœpit, quod contigit primo bello Punico, ut Polybius scribit libro 1. etiam de rebus controversiisque nauticis leges petiit à ci- C vitate Rhodiensi, cujus εὐνομία, ut Strabo ait, καὶ ἡ ἐπιμέλεια πρός τε τὴν ἄλλην πολιτείαν καὶ πρὸς τὰ ναυτικά, vetustissima, & nominatissima erat, & secundum eas quoque Rhodiensium leges, ut est *in l. 9. hoc tit.* Augustus censuit de rebus, de negotiis nauticis controversias finiendas, & dirimendas esse, ubi deficient leges populi Rom. sicut nostri principes censent, controversias jure civili populi Romani dirimendas esse, ubi deficit jus proprium civile. Exstant autem leges Rhodiæ de negotiis nauticis complures *lib. 53. βασιλικῶν tit. 8.* Verum non illæ vetustissimæ, sed novissimæ quædam. Ex vetustissimis habemus tantum illam, quam retulit M. Tullius ad Herenn. nisi forte ficticia est, ut moris est Rethoribus pleraque fingere, ut si qua rostrata navis, quæ est navis militaris, in portu deprehensa sit, publicetur: & illam, de qua potissimum agitur in hoc D titulo: ut si orta gravi tempestate, ventorumve, & imbrium procella onustæ navis levandæ, servandæ, communisque periculi amovendi causa, quarundam mercium jactura facta sit, ut damnum illud dominis jacturam mercium omnium contributione, & collatione farciatur pro rata, quorum res sive merces beneficio jacturæ salvæ sunt. Qua de re, id est, de contributione illa facienda, nullam quidem domini projectarum mercium cum reliquis vectoribus, quorum merces salvæ sunt, nullam cum illis actionem habent, quia nullum cum eis negotium contraxerunt: nullam, inquam, eo nomine, ut sibi damnum farciatur pro rata, cum reliquis vectoribus actionem habent, nisi scilicet reliqui vectores sine justa causa, justo metu, aut nisi dolo malo eorum merces projecerunt suarum servandarum causa: eo enim casu haberent actionem in factum, E aut de dolo, ut *l. 14. in princip. de præscript. verbis*, sed habent actionem cum magistro navis, ex obligatione locati, & conducti. Et cum eo igitur, ut contributionem fieri curet, agere debet ex ea obligatione. Quo argumento satis patet, nullam dominos amissarum mercium in reliquos vectores actionem habere: si quam enim haberent, frustra magistrum navis compellerent cum reliquis vectoribus experiri, quod eum facere compellunt, ut Paulus ait in hac lege. Et inepte igitur Accursius, qui & cætera omnia legis non intellexit, dat dominis jactarum mercium adversus reliquos actionem negotiorum gestorum, quia nec ipsi ultro projecerunt merces suas, ut alias servarent, sed de communi consilio, & decreto omnium, ut est in legis Rhodiæ novellæ cap. nono. Jacturam illam magister,

aut cæteri, & omnes faciunt, aut si domini ipsi faciant de sententia omnium, mandati potius videntur habere actionem adversus cæteros, quam negotiorum gestorum, qua tamen nec agere possunt, quia nec mandati contrahendi animus fuit. Verum quamvis domini amissarum mercium nullam actionem habeant adversus cæteros vectores, ex obligatione tamen locati, & conducti habent actionem adversus magistrum navis. At quam actionem? Hæc est quæstio legis, utrum actionem ex locato, an actionem ex conducto. Hæc datur conductori, illa locatori. Et ideo Paulus distinguit hoc loco in hunc modum: aut domini jactarum mercium merces suas vehendas dederunt, locaverunt: locare significat dare: conducere significat accipere: aut, inquam, domini jactarum mercium merces suas vehendas locaverunt, aut navem conduxerunt, id est, acceperunt fruendam, partemve navis, aut locum certum navis. Dicamus de priore casu. Hoc casu, quia domini jactarum mercium locatores sunt, habent actionem ex locato adversus magistrum navis, qui merces vehendas conduxit in hoc, ut ex conducto agat cum cæteris vectoribus, qui etiam ei sarcinas, aut merces suas vehendas locaverunt, condemnetque eos pro rata sarcire damnum jacturæ dominis jactarum mercium, ita ut damnum fiat commune, cujus & ipsi domini mercium jactarum pro rata partem sentiant. Alioquin non esset damnum commune. Denique domini jactarum mercium agunt ex locato cum magistro navis, ut is agat ex conducto cum cæteris conductoribus vectoribus, qui sarcinas, aut merces suas vehendas locaverunt, compellatque eos portionem damni præstare, quod & alias sæpe fit, nimirum, ut actor reum cum alio agere cogat, & in hoc tantum cum reo agat, ut reus cum alio agat, hac formula, *facere oportere*, ut *l. Julianus, §. pen. de act. empt. l. cum in plures, §. messem, loc. l. 6. in fine, de opt. leg. l. si sic legatum, §. ult. de legat. 1.* Igitur magister navis compellentibus dominis jacturam mercium sarcire, agere debet ex conducto cum cæteris vectoribus, qui & ipsi merces, aut sarcinas vehendas locaverunt. Ita est: sed qua actione agere debet cum cæteris vectoribus qui nullas merces, nullas sarcinas vehendas locaverunt, qui nullas merces habent, aut sarcinas, sed habent tantum gemmas, aut vestes pretiosas, aut margaritas, aut annulos, quæ res non sunt sarcinæ: non sunt merces, quia non onerant navem: & earum tamen rerum nomine ii vectores in damni contributionem venire debent, in συμβολῇ, *§. cum in eadem*, in hac lege. Et ideo domini jactarum mercium agentes ex locato, sicut diximus, compellent magistrum navis, ut & ipse cum hisce vectoribus, qui nullas sarcinas habent, aut merces, agat. Qua actione? non ex conducto, ut cum vectoribus, qui merces, aut sarcinas habent: sed ex locato: quoniam ii, non merces, aut sarcinas, quas nullas habent, vehendas locaverunt: magister etiam non conduxit vehendas, sed iis magister locavit certum locum navis, ipsi conduxerunt: Et ideo magistro tenentur, qui locator est, non conductor, non ex conducto, sed ex locato, ut portionem damni agnoscant, & præstent, ut dent symbolam. Denique cum iis, qui merces, aut sarcinas vehendas locaverunt, magister, qui vehendas, & perferendas eas conduxit, de symbola, de collatione, contributione agit ex conducto: cum iis autem, qui nihil vehendum locaverunt, sed quibus conducentibus magister navis loca quædam locavit, eadem de re agit ex locato, quasi locator cum conductoribus. Et hos quidem vectores hac sola via, id est, per actionem ex locato compellere potest ad contributionem damni. Illos autem vectores, qui merces, aut sarcinas vehendas locaverunt, duplici via ad id compellere potest, per actionem ex conducto, ut diximus: atque etiam, ut Servius respondit, quod hic Paulus refert, per retentionem sarcinarum, aut mercium. Itaque domini jactarum mercium cum magistro agunt ex locato, vel ut magister agat cum cæteris vectoribus, qui merces habent, actione ex conducto, vel ut eorum merces retineat, & cum cæteris, qui merces non habent, agat ex locato. Ubi autem & retentioni locus est, ut hic admonet Paulus, quod notandum maxime, commodius est sane retentione uti,

A quam actione experiri: quoniam, ut est in regula juris, favorabiliores sunt rei, quam actores. Adjice & aliam regulam juris, quia plus cautionis in re est, quam in persona. Unde generaliter Doctores statuunt recte, ubi ad creditorem quædam res debitoris pervenerunt, commodius creditorem ad jus suum perventurum, si eas retinuerit, quam si adversus debitorem egerit actione in personam. Unde liquet posse creditorem retentione rerum debitoris uti, ut suum consequatur, & servet sibi. Quidni? At quid dicemus de vectoribus, de quibus nondum quicquam diximus, quorum merces gratis vehendas magister suscepit, non contracta locatione conductione: vel quid de iis, qui nullas merces habent, quos magister vexit gratis? Et primum quidem manifestum est eos, qui merces habent, per earum retentionem ad contributionem compelli posse. B At quid fiet iis, qui merces, aut sarcinas non habent, sed margaritas habent, gemmas, annulos, quorum servatorum ratione, & eos quoque conferre æquum est? Et ut meum judicium est, ii compelli possunt ad contributionem, actione in factum prætoria, quæ omnium actionum est extrema: ubi æquum est actionem dari, hæc nunquam non suppetit. Hactenus de priore casu, de priore parte distinctionis, videlicet quum domini jactarum mercium merces vehendas locaverunt. Nunc dicamus de posteriore casu, id est, quum domini jactarum mercium locante magistro navem conduxerunt. Ubi rursus ita distinguendum est: aut totam navem conduxerunt fruendam: & tunc non possumus dicere id quod diximus supra cum magistro agi posse, ut cum cæteris agat ex locato, vel ex conducto, vel ut cæterorum merces retineat, quia cum nullis aliis magister contraxit, C quandoquidem illis totam navem locavit, qui tamen si alios admiserint in navem, quorum merces vehendas conduxerint, vel quibus loca in nave locaverint, jactis suis mercibus, & illorum mercibus salvis, proculdubio cum iis experiri possunt, ut conferant pro rata, actione ex locato, vel ex conducto, vel si nulla merces intervenerit, in factum, ut dixi: Aut (hæc est altera pars hujus subdistinctionis) non totam navem domini jactarum mercium, sed certa loca in navi conduxerunt, in quibus merces suas collocarent, quas postea in mare jactare coacti fuerint navis levandæ gratia: & tunc sane ex conducto cum magistro agunt, ut is agat cum cæteris ex conducto, vel ex locato, prout negotium cum cæteris gesserit, vel eorum merces retineat. Et hoc est quod ait in hac lege: *At si non totam navem*, ut Florentiæ legitur recte, *conduxerint, ex conducto* D *agent*: legendum pluraliter, domini scilicet jactarum mercium. *Sicut vectores, qui loca in navi conduxerunt*, qui scilicet, hoc est supplendum, si jacturam fecerint, *ex conducto agunt*, non ex locato, quia loca illa conduxerunt. Priore casu quum merces vehendas locaverunt, agunt ex locato: hoc posteriore casu, agunt ex conducto, quia multum interest domini mercium merces vehendas locaverint, an navem, aut locum navis conduxerint, *l. 1. de præscript. verb. l. 1. §. 1. nautæ, caup. stab.* Quod si dubium sit, & incertum, hoc, an illo modo negotium gesserint, id est, merces vehendas locaverint, an navem conduxerint, si nesciatur quemadmodum contraxerint cum magistro navis, tum ea de re, id est, de contributione procuranda cum magistro navis agunt actione præscriptis verbis, quia non liquet de forma negotii contracti, quod ostendit eleganter *d. l. 1. de* E *præscript. verb.* Et iis expositis Paulus in hac lege subjicit rationem communicandi detrimenti, & faciendæ contributionis ex lege Rhodia: quia æquissimum est, inquit, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum, consequuti sunt, ut merces suas salvas haberent. Hæc est ratio legis Rhodiæ de jactu. Qua ratione freti Doctores nostri etiam dicunt, nimis generaliter tamen, incendii arcendi causa, si justo metu perculsi vicini vicinas ædes interciderint, ne ignis evagaretur, & ad se perveniret, inter eos pro portione communicare debere detrimentum intercisarum ædium cum eo, cujus erant ædes. Quod ego uno tantum casu invenio jus nostrum admittere: uno tantum casu, non generaliter, videlicet, si ignis eo usque non pervenerit, puta si extinctus sit, priusquam

quam

quam in eas ædes, quæ demolitæ sunt pervenerit, tenentur vicini interdicto, quod vi, aut clam in simplum ei, cujus ædes demolitæ sunt: alioquin si ignis eo usque pervenerit, ac proinde, si ex eventu apparuerit æque perituras ædes fuisse, nullam omnino actionem adversus vicinos habet is, cujus ædes dirutæ sunt: sicut nec ii, quorum merces in tempestate jactæ sunt, ut diximus, ullam actionem habent adversus cæteros vectores, qui justa ex causa, justoque metu perterriti, merces eorum projecere, quas æquius erat projicere, quam suas, quod forte magis onerarent navem. Et hoc quod diximus de incendio ostenditur in *l. 7. §. est & alia, quod vi, aut clam, l. si quis fumo, §. 1. ad leg. Aquil. l. 3. §. quod ait, de incend. rui. & naufr.* magistratus autem arcendi incendii causa ædes alienas indistincte dissipare possunt, & dissipant impune, etiamsi ignis eo usque non pervenerit; quod etiam ostendit *d. §. est & alia*. Quamobrem & in *l. 3. §. ult. de offic. præf. vig.* jubetur præfectus vigilum urbem noctu coerrare cum hamis, & dolabris, nempe quibus, si forte exoriatur incendium, disturbet ædes, quas occupavit incendium, aut etiam vicinas ædes incendii coercendi causa. Nam & *hamæ*, ut ex Harmenopulo liquet *libro 2. epitomarum*, sunt machinæ grandes disturbandorum ædificiorum causa comparatæ, quas & legiones habuisse in eam rem inter instrumenta bellica Vegetius refert. Didicimus ex principio *l. 2. ad l. Rhod.* qua actione contributio, quam jacturæ farciendæ causa fieri oportet ex l. Rhodia, expediri debeat, nunc de eadem contributione aliæ inspectiones, & quæstiones proponuntur *in §. si conservatis, & in §. cum in eadem*, qui nunc explicabuntur.

AD *§. Si conservatis, & seq.* Sciendum est, multum differre merces, quas mercatores vehendas locaverunt, magister navis vehendas conduxit, à navi ipsa, & armamentis navis, quæ equidem armamenta, sive instrumenta omnia navis in novis legibus Rhodiis uno nomine *τῆς ἐξαρτίας* significantur: nos ea omnia armamenta in idiotismo vocamus, *la fartie*, hoc nomine proculdubio ex illo deficto. Differentia autem hæc est, si merces aspargine, ut loquitur lex 4. *hoc tit. aspersione*, ut Polemo interpretatur, propter jactum deteriores factæ sint, quia magister navis non est dominus mercium, nec earum mercium detrimentum pertinet ad magistrum, sed omnium contributione farcitur: Nam ut ait *d. l. 4. §. ult.* nihil interest, *jactatas res meas amiserim, an nudatas deteriores habere cœperim. Nudatas* Florentini, & similiter Basilica, *γυμνωθέντα χρήματα*, ut paulo supra, *propter jacta nudatis rebus*, recte, *non inundatis*: quanquam his verbis *aspargo* significetur: Verum ut subjicit in *d. §. ult.* sicut ei, qui jacturam fecit, subvenitur facta contributione: ita & ei subveniri oportet, qui propter jactum deteriores res suas habere cœperit. Denique utrumque damnum, & jacturæ, & asparginis in contributionem venit. Et hoc de mercibus. At si navis navigando deterior facta sit, vel si quid exarmaverit, ut ait, salvis, & sanis mercibus, periculum est solius magistri, nec hujus detrimenti farciendi causa quicquam vectores conferre debent, qui merces vehendas locaverunt, sicut nec qui fabro opus faciendum locavit, quicquam conferre debet, si faber incudem, aut marculum, sive marculum fregerit: vel etiam si vinitor, cujus operas locavi ad repastinandam vineam, in ea repastinanda ligonem fregerit. Et hoc quoque damnum mihi non imputatur, *quia*, ut Paulus ait in hoc *§. si conservatis, similis* (sic est legendum, duo notabuntur vitia in hoc §.) non *dissimilis, quia*, inquam, *similis earum rerum est causa, quæ navis causa parantur*, id est, similis est causa armamentorum navis, & causa earum rerum, pro quibus aliquis alius artifex mercedem accipit. Nam etsi faber, ut mox subjicit, incudem, aut malleum fregerit, pro quibus mercedem accipere videtur, hoc non imputatur ei, qui locavit opus faciendum. Et simili modo, non dissimili, si nauta in navigatione armamenta fregerit, detriverit, perdiderit, forte ictu fulminis, ut in *l. 8. inf.* hoc non imputatur vectoribus, qui merces vehendas locaverunt. Est igitur plane eadem causa armamentorum navis, & instrumentorum fabri cujuslibet, pro quibus mercedem accipere videtur, quoniam omnium eorum instrumentorum periculum pertinet ad nautam, vel fabrum. Nihil est certius: excipitur tamen in hoc §. unus casus: *Si voluntate vectorum, vel propter aliquem metum, &c.* Hic etiam subest vitium; nam legendum est, ut etiam Odofredus legit sine disjunctione: *Si voluntate propter aliquem metum*: propter aliquem metum, naufragii scilicet, quem in mari variæ causæ concitant, si, inquam, voluntate, consensu, decreto vectorum communi propter aliquem naufragii metum aliquo instrumento exarmata fuerit navis, communis removendi periculi causa, veluti arbore, sive malo dejecto, aut cæso, ut *l. 3. l. 5. in fin. hoc tit.* Quæ res sæpenumero magno periculo navem liberat, juxta illud Lucani lib. 9.

Arboribus cæsis † fluctum effudere frementem,
† alias flatum.

Cæduntur arbores sive mali facilius, quam eruuntur. Hoc vero casu, quum propter aliquem metum voluntate vectorum exarmata est navis, contributionis æquitas locum habet, vel ut ait *lex 3. contributio debetur.* Debetur scilicet nautæ, sive magistro ab iis, quorum res, sive merces illo remedio adhibito servatæ sunt: hoc casu excepto, si quid exarmaverit navem citra necessitatem, & citra voluntatem vectorum, vel si quid magister impenderit instruendæ navis, armandæ navis magis, quam mercium servandarum gratia, id in contributionem non venit, ut *l. 6. inf. hoc tit.* Et hæc est sententia hujus §. Huic addamus & aliam differentiam inter merces, & navem ipsam. Damnum jactarum mercium salva nave, & salvis mercibus rebusque cæterorum beneficio jacturæ, tam ipsius magistri, quam cæterorum vectorum contributione farcitur, ut jam diximus sæpe, quam quidem contributionem lex Rhodia vocat *συμβολὴν*: jacturam autem vocat *ἀποβολὴν* modo: modo *ἐκβολὴν*, *ἀποβολῆς γινομένης, ὁ ἔμπορος πρῶτος ῥιπτέτω*, quo capite jubet, ut quum facienda est jactura, primus mercator ipse, cujus sunt merces, quo jactandæ sunt, jacturam aggrediatur. Quod & audio hodie servari inter nautas. Eadem voce usus est Nemesius libro de natura hominum: *ἀποβολαὶ τῶν φορτίων, αἱ ποιοῦνται χειμαζόμενοι περισπώμενοι*. Hæc sunt ejus verba, *Jactus mercium*, inquit, *quos nautæ faciunt, qui vehementi tempestate quadam afflictantur.* Et in actis quoque Apostolorum cap. 27. de navigatione Pauli *ἐκβολὴν ἐποιοῦντο*. Verum ad rem. Damnum jactarum mercium, ut dixi, omnium contributione farcitur, si navis fuerit salva, atque superstes: navi autem prorsus amissa, neque magistro, neque alii cuiquam, qui merces, resve suas perdiderit, farcitur damnum: nulli, inquam, farcitur damnum, per eos, qui merces suas ex naufragio liberaverunt, quive eas per urinatores extraxerunt, *l. 5. hoc tit.* Denique, ut Paulus ait 2. Sentent. tit. 7. *Collatio contributionis ob jactum salva nave fieri debet:* nave igitur amissa, nulla fit collatio. Et similiter *l. 4. §. 1. hoc tit.* jactum in tributum nave salva venire, id est, intributione omnium farciri, & refici, reparari: *nave salva*, inquit, non igitur nave amissa. Unde si, ut ibi proponitur, in vehementi tempestate navis levandæ causa unius mercatoris merces transiectæ sint in scapham, eaque scapha submersa sit salva nave, salvisque mercibus aliorum mercatorum, perinde atque si jactura mercium illius mercatoris facta fuisset, cujus merces in scapham transiectæ sunt, ac postea submersæ cum scapha ipsa, cæteros pro rata conferre oportet. Eadem igitur est ratio jacturæ, & transiectionis mercium in scapham, si scapha perierit. Verum è contrario, si scapha illa salva, in quam unius mercatoris merces transiectæ sunt, navis exonerandæ causa, navis perierit, nihil is, cujus merces in scapham transiectæ salvæ remanserunt, conferre debet iis, qui in nave merces suas amiserunt, quia navi amissa contributioni locus non est. Et hoc ita Paulus eodem libro Sentent. breviter adstringit: *Levandæ*, inquit, *navis gratia merces in scapham transiectas, atque ideo amissas, intributione earum, quæ in navi salvæ sunt, refici convenit: nave autem perdita* (*perdita*, inquit, absolvit differentiam) *conservatæ cum mercibus scaphæ ratio non habetur.* Et hujus rei aliud etiam exemplum proponitur in *d. l. 4. §. sed si navis*, cu-

cujus §. explicatio est satis difficilis. Sententia hæc est. Navis cum laboraret, jactu mercium unius mercatoris levata, & servata est: paulo post alio loco eadem navis vi cogente majoris tempestatis submersa est, & aliquorum mercatorum merces per urinatores data pecunia, data mercede extractæ sunt: per urinatores, qui solent se mergere in aquam, id enim est urinare, qui & columbi, & columbarii dicuntur etiam à Latinis, & *σπογγοθῆραι* & *σπογγοκολυμβηταὶ*, Spongiatores, quia per eos etiam spongiæ eruuntur, & avelluntur saxis, sicut & ostrea, & margarita. Quæritur autem in hac specie, an ii, qui post naufragium merces suas per urinatores servaverunt, conferre debeant iis, quorum paulo ante merces navis levandæ causa jacta sunt, qua re tunc temporis consultum fuerit & navi, & cæteris? Et ait, conferre debere, quia rum jactus ille servavit navem, & cæterorum merces. Periit quidem postea navis: sed tunc beneficio jacturæ servata est navis. Et hoc etiam eodem libro Paulus expressit his verbis, *jactu*, inquit, *navis levata si perierit*, id est, si perierit postea, extractis aliorum per urinatores mercibus, ejus quoque rationem haberi placuit, qui merces salva nave jactavit. At rursus videamus, an sicut ii, qui navi submersa merces suas per urinatores servaverunt, rationem habere debent ejus, cujus merces ante navi salva jactatæ sunt ei conferendo pro rata, ut dictum est supra? Ita etiam è contrario, an is, cujus merces navi salva jactatæ sunt, si quasdam ex mercibus jactatis mox per urinatores servaverit, an is, qui navi submersa, & submersis, jactisve mercibus, mox eas, ita ut dictum est, id est, data pecunia per urinatores servaverit, an, inquam, is conferre debeat? Quod negatur in posteriore parte dicti §. *sed si navis*, illo loco, *eorum vero, qui ita servaverunt*, id est, qui pecunia data ex naufragio amissas merces servaverunt, invicem rationem haberi non debere ab eo, qui in navigatione jactum fecit, si quædam ex iis mercibus jactis, scilicet per urinatores extractæ sunt. Et rationem subjicit, quia navi submersa, sive naufragio facto, collationi locus non est. Quia, inquit, eorum merces non possunt videri jactæ, vel amissæ navis servandæ causa, quæ perit: & collatio fit tantum, quum jactura facta est navis servandæ causa, & vero servata est navis, quum jactura profuit. Nunc transeamus ad §. *cum in eadem nave*, qui est facilior.

AD §. *Cum in eadem*. In hoc §. ostenditur, jactura facta, ad collationem vocari eos, qui beneficio jacturæ merces, & sarcinas suas salvas habent, etiamsi sint merces quædam navi impositæ, quæ non sint sarcinæ, id est, quæ navi non sint oneri, ut si sint gemmæ, vel margaritæ: quoniam & horum mercatorum interfuit jacturas fieri, ne perderent gemmas, aut margaritas. Et, ut eleganter ait, *id tributum*, id est, eam collationem, sive intributionem *observatæ res deberent*: servatæ res debent, res, non personæ liberæ, contributio onus est rerum servatarum, non hominum servatorum. Res, inquam, contributionem debent, in quibus & servi servati numerantur, non homines liberi, ut dixi, in quibus etiam numeratur navis servata uti armata est. Itaq; & dominus servorum, & dominus navis pro portione conferre debent, ut jacturam expleant domino jactarum mercium, pro rata scilicet pretii præsentis temporis rerum servatarum cujusque, ut *l.4. §. cum autem. h.t.* pro pretio, inquam, præsenti rerum servatarum, quanti scilicet nunc venire possunt. Res autem projectæ æstimantur, quanti emptæ sunt, non quanti venire potuerunt, quia damni, non lucri æstimatio fit, damnum reficitur, non lucrum. §. *portio*, *in h.l.* Secundum quem §. accipienda sunt hæc verba hujus §. *jacturæ summam*, id est, jactarum mercium æstimationem, pro rerum servatarum pretio distribui oportere, ita scilicet ut ad reficiendas, & reparandas merces jactas plus conferat is, cujus merces, quæ salvæ manserunt, pluris sunt: minus is, cujus merces minoris sunt: Pro præsenti igitur rerum servatarum pretio *ἀναλόγως* collatio fit: rerum, inquam, non etiam liberorum hominum, non liberorum capitum, quia liberi homines pretio æstimari non possunt, liberi homines inæstimabiles, impretiabiles sunt, aut sine pretio pretiosi. Atque ita paucis in hoc §. Paulus explicat multa. Primum,

A an omnes vectores jacturam præstare oporteat, an omnes mercatores, etiam hi, quorum merces non onerant navem: deinde explicat, quæ portio præstanda sit, quæ sit *ἀναλογία* servanda in facienda contributione, & an etiam pro liberis capitibus aliquid conferre oporteat, de quibus omnibus quæsierat initio hujus §. ac præterea, quod etiam initio hujus §. quæsivit, qua actione contributio expediri possit: Quod tamen latius explicaverat initio hujus legis, id hoc loco brevius adstringit, nempe his verbis, *Ex conducto dominos rerum amissarum* (qui scilicet res vehi locaverunt) id est, ex *locato conducto*, ut in *l.uls.h.t.* ad quem scripsimus 3. Observ. cap. 2. & docui sæpissime in jure nostro actionem ex conducto accipi pro actione ex locato conducto, vel ex conducto locato, ita ut intelligatur tantum actio ex locato. Et è contrario, actio ex locato conducto, pro

B actione ex conducto, ita ut intelligatur actio ex conducto tantum: nam plena oratio est, sive vis dicere actionem ex locato, ut dicas, actionem ex locato conducto, vel si vis dicere actionem ex conducto locato. Ex conducto igitur dominos rerum amissarum, id est, ex locato conducto, qui scilicet merces vehendas locaverunt cum nauta, id est, cum magistro, acturos, ut ipse magister agat cum cæteris vectoribus, quorum merces salvæ sunt, compellatque eos ad contributionem. Agunt cum magistro, ut magister agat cum cæteris vectoribus, quia ipsi cum cæteris vectoribus agere non possunt, quia domini mercium amissarum, sive jactarum nullam actionem habent adversus cæteros vectores, dominosque servatarum mercium, magister tantum habet adversus illos actionem. Postremo quæritur, *an etiam servatorum vestimentorum cujusque, & annulorum*

C *æstimationem fieri oporteat?* Corporum liberorum æstimatio non fit, ut dictum est, sed tantum vestimentorum, vel annulorum liberorum hominum æstimationem fieri oportet, ut pro eorum pretio fiat collatio. Et, ait, horum quoque nomine collationem faciendam: denique omnium rerum nomine, quas vectores beneficio jacturæ sibi conservaverunt, non corporum suorum, si sint liberi homines, non etiam cibariorum nomine, ut ait, quæ quis abutendi causa intulit in navem: cibariorum nomine nulla facienda collatio est, quæ quisque pro sua parte in navem intulit, ut iis vesceretur, toleraretque vitam suam, & tueretur, quia & cibariis navigatione deficientibus, cibaria omnia, quæ quisque intulit in commune conferenda sunt, qui locus est singularis, nec duplici igitur collatione cibaria onerari debent. Denique ut uno verbo scribunt Græci *τὴν ἐπαρχίαν*

D annonæ scilicet, vel cibariorum nulla æstimatio fit, vel collatio. Addamus ad §. *cum in eadem nave*, illum locum, *ex conducto dominos rerum amissarum cum magistro acturos*, sic potius nos, & simplicius quidem expeditiosque interpretari debere, ut domini mercium amissarum, sive jactarum, si loca in navi conduxerint, quibus merces suas ponerent, ut eliciant contributionem damni à cæteris vectoribus, actione ex conducto acturos cum magistro navis, ut is ea de re agat cum cæteris vectoribus, & supplere, vel agere ex locato, si merces vehendas locaverint, secundum distinctionem positam in principio hujus legis. Et ita res erit perspicua, nec ulla vis adhibebitur verbis. Nunc transeamus ad §. *si navis*.

AD §. *Si navis*. Jam diximus, contributionem esse faciendam dominis, qui vel jactura facta navis levandæ, &

E servandæ causa merces suas amiserunt, vel transjectis mercibus in scapham, quæ perierit, quorumvè merces aspergine deteriores factæ sunt propter jactum. Iis ex hoc §. nunc addi oportet, etiam contributionem esse faciendam tum cum navis oneraria erat onerata mercibus. Quod ut hoc obiter dicam, est *φορτίζειν*, in legibus Rhodiis: onerare navem est *φορτίζειν*. Unde etiam nostri nautæ maritimi dicunt, *freter pour charger le navire*; nave, inquam, onerata mercibus, expugnata à piratis, & redempta ab uno ex vectoribus, sive mercatoribus, ei cæteros conferre debere pro rata: *à piratis*, inquit. Sed addere licet ex legibus Rhodiis cap. 9. *Expugnata à piratis, vel ab hostibus, vel à classe publica, ερευνητικα αυτῆ*, redemptionem navis esse faciendam ære collato. Et

hanc

hanc quidem redemptionem sane esse faciendam ab omnibus pro rata, nullo excepto, quia redemptio servavit omnium merces. Redemptionem navis dicimus cum suo onere, scilicet cum sua *enthece*, ut etiam leges Rhodiæ loquuntur. Redemptionem navis cum mercibus vectorum, & mercatorum omnium: Nam, si ex iis aliquis suas tantum merces à piratis, vel ab hostibus redemerit, suas tantum merces, non omnium ἐκθῆκην omne onus, huic cæteri nihil conferre debent, quia rem suam tantum egit, non communem. Et simili modo, si nave non expugnata piratæ merces tantum unius abstulerint, nihil ei cæteri conferre debent, quod ei soli abstulerunt piratæ, id eum perdere, domino suo quamque rem perire. Et piratæ in hoc §. etiam dicuntur prædones, ut apud Plautum, & Sallustium sæpe. Unde & navis prædatoria pro piratica, pro myoparone, *μυοπάρωνι*, sic appellatur navis piratica. Quod sequitur, *Portio autem pro æstimatione rerum, &c.* pertinet ad id, quod dixi in *§. cum in eadem*, jacturæ summam pro rerum servatarum pretio distribui oportere. Id enim Paulus sic explicat hoc loco, *æstimari debere tam merces jactas, quam merces salvas*: & merces quidem jactas, quanti emptæ sunt, non quanti venire, non quanti vendi potuerunt, quia damnum tantum sarciri dominis jactarum mercium oportet, non etiam lucrum præstari, quod ex mercibus, si jactæ non fuissent, facturi erant, ut id tantum damni fecerunt, quod eas res sibi emerant. Merces autem æstimatas tanti æstimari, quanti hodie (spectatur enim præsens pretium) venire possunt. Cur tam variæ? Cur aliter æstimantur merces salvæ, aliter amissæ? Rationem reddit Harmenopulus II. *Epitom. rerum t. ult.* *ἵνα καὶ ἡ ζημία ἐπ' ὀλίγον συσταθῇ, καὶ τὸ κέρδος ἐπὶ πλεῖον ἐκτιμηθῇ* id est, *ut damnum ex parte domini jactarum mercium, quam minimum æstimetur, lucrum vero ex parte cæterorum, quam maxime fieri potest, æstimetur*: sic enim fit, ut qui beneficio jacturæ merces suas salvas habent, nimium non onerentur, cum ad exiguum redigatur æstimatio mercium amissarum; & contra, ut qui merces amiserunt, qui jacturam fecerunt, plus consequantur mercibus servatis, æstimatis quanti hodie venire possunt, etiamsi vilioris emptæ sint. Sic enim inita æstimatione utrisque consulitur. Pro pretio autem, vel *pro æstimatione*, ut ait, rerum servatarum, in quibus numeratur etiam servata navis, ut dictum est in *§. cum in eadem*, & pro pretio rerum amissarum conferri oportet dominis, qui eas res amiserunt. Ita ut quemadmodum dixit supra in *§. cum in eadem*, jacturæ summa, id est, æstimatio, & ita summa, pro æstimatione, summa pignoris, *l. creditori, de furt. l. 5. de jure dot.* ut, inquam, jacturæ summa pro æstimatione rerum servatarum distribuatur. Utar exemplo, quod Gemma Phrisius posuit Arithmeticæ suæ parte 3. Fac tres mercatores in eadem nave merces suas coegisse, primum, secundum, tertium, & primi merces jactas communi periculi propulsandi gratia, quæ emptæ erant centum, secundi autem merces hodie venire posse quadringentis, tertii merces hodie venire posse quingentis, navem autem venire posse trecentis: primi merces, quæ jactæ sunt, refici debent, & reparari secundo, cujus merces salvæ in navi remanserunt, quæ vendi possunt quadringentis, secundo, inquam, conferente 33. & trientem, ut ille dominus recte supputavit, tertio autem, cujus merces vendi possunt quingentis, conferente quadraginta, & unum & bessem, & domino navis conferente 25. quæ summæ consummatæ efficiunt 100. quæ primus amisit. Et secundum hanc rationem igitur, quæ vera est, videtur primo jactura esse reficienda in solidum, ita ut ipse nihil damni sentiat, quod tametsi Accursio non probatur in *l. 1. hujus tit.* nec ulli Doctori, quod scio, nec probaverim etiam ipse, cum id initio hujus legis non diligentius excussissem, tamen perquam æquum id, & probabile est, quia earum tantum rerum nomine collatio fieri debet, ut ait hic §. quæ servatæ sunt, quæ salvæ, & sanæ sunt. Proinde hoc onus incumbit dominis rerum servatarum pro portione, id est, *ἀναλόγως*, non dominis rerum amissarum ulla ex particula, si totum quod habuerunt in navi, amiserunt. Alioquin si partem tantum mercium suarum jactaverint, & ipsi pro portione alterius partis conservatæ conferre debent cum cæteris:

A Sed si omnes merces suas projecerint, navis & mercium, quæ ad alios pertinent, servandarum causa, quas & servaverint, non est æquum, ut quicquam damni sentiant. Et recte ait in *§. cum in eadem*, tributum hoc, res tantum servatas debere. Nec obstat, quo dicitur in principio hujus legis, detrimentum pro portione communicari, quoniam id ita accipiendum est, ut detrimentum pro portione communicetur inter eos tantum, qui beneficio jacturæ merces suas salvas, & incolumes habent: Sicut etiam paulo post initio hujus legis dicitur, *commune detrimentum fieri*: quorum? *eorum*, inquit, *qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent: eorum*, inquit, *qui merces suas salvas haberent*, non eorum, atque etiam illius, qui merces suas salvas non habuerit. Et similiter nihil obstat *l. 4. in pr. hoc tit.* quam in eam rem adducit Accursius in *l. 1.*
B quoniam ea lex confirmat potius magis atque magis hanc posteriorem sententiam nostram, dum ait, *inter eos, qui merces salvas habent rationem haberi cum iis, qui merces perdiderunt*. Quod nihil aliud est, quam quod in eadem l. ait *§. sed si navis*, ab iis, qui merces salvas habent: rationem haberi ejus, qui jacturam fecit, id est, ei jacturam præstari, damnum sarciri, vel ut Paulus loquitur 2. Sentent. *Iustributione servatarum rerum jactas refici, reparari, recreari*. Ac præterea lex 1. hujus tituli non simpliciter dicit: *jacturam sarciri omnium contributione*, non dicit simpliciter *omnium*, sed omnium, pro quibus damnum datum factumve est. Non obstat etiam *lex cum duobus, §. quidam, pro soc.* quam DD. adducunt. Cujus §. breviter sententia hæc est: Si duo sint socii cujusdam negotiationis, & unus ad merces comparandas profectus, comparatas merces naufragio amiserit,
C ambos damnum sentire, utrumque socium damnum agnoscere pro portione: hoc argumento dicunt, jactura facta, damnum illud sentire pro sua parte etiam eum, qui jacturam fecit: vitiosum est argumentum: nam ut addunt, illud *etsi vectores socii non fuerint*, tamen hic casus jacturæ, hæc jacturæ necessitas ad societatem damni eos compellit. Verum, ut respondeam, illa species *§. quidam*, valde ab specie, de qua in hoc tit. agitur, dissita, aut dissimilis est. In illa specie *§. quidam*, unus ex sociis merces communes amisit: & merito igitur damnum est commune, sicut & lucrum commune foret. In specie autem proposita unus ex vectoribus merces suas proprias amisit. Rursus in illa specie, propter merces naufragio amissas, aliæ merces sociorum servatæ non sunt, quæ per se salvæ manserunt, non beneficio naufragii. In specie autem nostra, jactura & amissio mercium unius vectoris cæterorum merces servavit. Et prætorea
D rea in illa specie naufragio perdita est navis. In specie nostra jactura servata est navis; alioquin si jactura non servasset navem, sane commune esset detrimentum; si jactura nihil profecisset, sane commune esset damnum nemine excepto: nec, si qui ex vectoribus res suas servassent, post naufragium forte per urinatores, ii quicquam reliquis conferrent, *l. 5. hoc tit.* Itaque perquam infirmum est argumentum, quod ex illo *§. quidam* DD. ducunt. Pergamus ad reliqua, quæ sunt in hac lege: *Servorum quoque* inquit, &c. Hic locus respicit ad id, quod ante dixerat in *§. cum in eadem*, omnium rerum, quæ in navi fuerunt, præterquam liberorum capitum, & cibariorum æstimationem fieri, ut pro æstimatione singularum rerum fiat collatio: ergo, & pro æstimatione servorum, servatorum scilicet, non
E etiam, ut hoc loco docet, pro æstimatione servorum, qui in navi perierunt, antequam collationis ratio iniretur: non dicit, *qui in mari jactura perierunt*. Quanquam & de servis jactus nonnunquam fiat, ut ex illo loco Ciceronis intelligitur *3. officiorum*, quo quærit, si in mari jactura facienda sit, equine pretiosi potius jactura facienda sit, an servi vilis, inquit: sed, qui in mari perierunt alio quocunque casu, vel qui ægri in navi mortem obierunt, vel qui sese præcipitaverunt, horum æstimatio non fit, quia præsentem æstimationem fieri oportet, *l. 4. §. cum autem*. Præsens pretium poni oportet, & hominis mortui præsens pretium nullum est.

AD *§. Si quis.* Si quis ex vectoribus, quorum merces servatæ sunt, propter inopiam conferre non possit. Quid? estne

A eſtne inops, qui merces habet ſalvas? Quidni? fac eum plus debere quam habeat in mercibus, ſicut egenum, & inopem Theophilus definit in *§.1. Inſtit.qui, & quibus ex cauſ.man. non poſſ.* Si igitur ob inopiam aliquis ex vectoribus conferre non poſſit, hoc non imputari magiſtro navis, quia fortunas cujuſque excutere neceſſe non habet. Et additur in *§.penult.*

AD *§.penult.* Si res jactæ apparuerint, inquit, veluti fluctibus ad littus expulſæ, vel extractæ per urinatores, collationem exonerari, aut ſi ea jam facta ſit, eos, qui contulerunt, qui ſolverunt domino jactarum mercium, agere cum magiſtro navis ex locato, ſi merces vehendas locaverunt, ut ipſe ex conducto agat cum domino jactarum mercium, ut quod plus exegerit, reddat cæteris; agunt cæteri cum magiſtro ut agat, ſicut in principio hujus legis. Quo B argumento etiam liquet, nullam inter ſe vectores eo nomine rectam actionem habere, quando res omnis ultro citroque expeditur actionibus inſtitutis adverſus magiſtrum. Ex eo vero, quod ita proponitur in *§.pen.* recte ſequitur, quod & mox ſubjicitur in *§.ult.*

AD *§.ult.* Res jactas dominorum permanere: nec ſi in mari apparuerint extranei apprehendentis fieri, quia pro derelicto habitæ non ſunt: non deſperat de ſuis rebus recuperandis utique ſemper, qui eas jactat in mare neceſſitate compulſus, ut *l.8.hoc tit.* Quapropter, ſi quis alius eas ſorte natantes in mari apprehenderit lucrandi animo, furtum committit, *l.falſus, §.ſi jactum, de furt. l.9. §.ult. de adquir.rer.dom.* Eademque ratio eſt rerum naufragio amiſſarum: nam & eæ ejuſdem permanent, cujus ante naufra- C gium erant, nec ſunt in derelicto, ſed in deperdito. Derelicta non recuperamus, ſi ab alio apprehenſa ſint: deperdita recuperamus, etiamſi ab alio apprehenſa ſint, *l.interdum, §.1. de adqu.poſſ. l.7. hoc tit. l.Pomponius, §.ult. & l.quæcunque, de adquir.rer.dom.* Itaque neque res jactæ, neque res naufragio amiſſæ ab ullo, qui eas apprehenderit, extraneo pro derelicto uſucapi poſſunt, quia non ſunt in derelicto, ut dixi, *l.pen. pro derel. d.l.interdum, §.1.* Non fiunt etiam fiſci, quæ naufragio deperditæ ſunt, quod tamen non ſemper obtinet, ut ſubindicat *l.9.hoc tit.* in qua proponitur poſtulatio, id eſt *ἀξίωσις* Eudemonis Nicomedienſis, quem naufragio facto in Italia diripuerant, δημόσιοι, id eſt, publicani Cycladum inſularum, quaſi ſcilicet res naufragio amiſſæ ad fiſcum pertinerent, ad quam poſtulationem Antoninus reſpondit, ea de re judicandum eſſe ſe- D cundum leges Rhodias, ſi deficerent leges populi Rom. forte leges Rhodiæ idem ſtatuebant, quod nos de hac re ante conſtituimus, nec probabant illud Juvenalis:

Res fiſci eſt ubicumque natat.

Sed licebat unicuique naufragium ſuum impune colligere, quod & apertius Antoninus reſcripſit in *l.ult. de incend. ruin. & naufrag. & l.1. C.de naufrag. lib.11.* ne ex aliena calamitate, ex alieno infortunio fiſcus lucrum faciat. Explicit liber 34.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXV. PAULI AD EDICTUM.

E

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.II. de Ritu nuptiar. *Nuptiæ conſiſtere non poſſunt, niſi conſentiant omnes, id eſt, qui coeunt, quorumque in poteſtate ſunt.*

Ad L.X. eod.

TOTUS hic liber eſt de ſponſalibus, nuptiis, & dotibus, quæ omnia negotia ſimul commeant, aut ſeſe conſequuntur. Incipiam à *l.2. de ritu nupt.* Nuptiæ conſiſtere non poſſunt, niſi conſentiant qui contrahunt, nihil eſt certius. Nuptias conſenſus facit. Et niſi etiam conſentiant ii, in quorum poteſtate ſunt, qui nuptias contrahunt, puta pater, vel avus, vel proavus, in cujus poteſtate eſt, qui quæve nuptias contrahit: eæ nuptiæ conſiſtere non poſſunt, id eſt, jure conſiſtere non poſſunt, ſive juſtæ nuptiæ eſſe non poſſunt, & conſequenter, nec qui ex ea conjunctione, quæ coita eſt ſine voluntate, & auctoritate parentum, naſcuntur liberi, juſti ſunt liberi: ex non juſtis nuptiis non poſſunt naſci juſti liberi, & legitimi, *l.11.de ſtatu hom.* Et ſimiliter poſt divortium renovatæ, & reconciliatæ nuptiæ ſine conſenſu parentum, in quorum poteſtate ſunt, qui rurſus coeunt, juſtæ non ſunt, *l.18. hoc tit. l.7. de nupt.* Nuptiarum poteſtas omnis in patre eſt, qui eum, eamve in poteſtate habet, ut Donatus ait in illum locum: *Nonne prius communicatum oportuit?* Tertullianus item 2. ad uxorem, *Nec in* B *terris*, inquit, *filii ſine conſenſu parentum, rite, & jure nubunt.* Apulejus 6.Mileſia: *nuptiæ*, inquit, *patre non conſentiente factæ, legitimæ non poſſunt videri.* Ac proinde ſpurii ſunt, qui naſcuntur, non juſti liberi ſcilicet. Denique juſtæ nuptiæ non ſunt ſine conſenſu parentum, in quorum poteſtate ſunt, qui quæve nuptias contrahunt. Idque ut juſtæ non ſint, exigit non tantum civilis ratio, id eſt, patria poteſtas, ſed etiam naturalis, ut eſt in *Inſtit.* id eſt, honor, & reverentia, quæ parentibus debetur. Sed hæc ſola ratio, quæ naturalis eſt, non ſufficit. Alioquin adhibenda etiam eſſet auctoritas matrum, vel patrum, qui emancipaſſent liberos, quæ tamen adhibenda non eſt. Concurrat igitur utraque ratio oportet, naturalis, & civilis, ut non eſſe juſtæ nuptiæ exiſtimentur, quæ coitæ ſunt ſine patris voluntate. Contractæ tamen ita ſine voluntate parentum, in quorum po- C teſtate ſunt, qui coeunt, invitis iis, qui hanc ſocietatem coierunt, non diſſociantur, non diſſolvuntur. Juſtæ non ſunt nuptiæ, fateor: ſed non diſſolvuntur tamen invitis maritis, quia ut eleganter Paulus ait 2. Sentent. *contemplatio publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.* Privatorum commoda vocat, commoda patrum, quæ fiunt deteriora contractis per filiosfam. nuptiis, ſine illorum voluntate: privatis commodis præfertur, inquit, publica utilitas, quia publice intereſt non temere diſſolvi conjugia. Idque etiam hac in re jus pontificium, non quidem vetuſtiſſimum, ſed noviſſimum ſequitur. Nuptias non judicat eſſe juſtas, quarum auctor non eſt pater, in cujus poteſtate mariti ſunt, non tamen eas vult diſſolvi, *cap.veniam, extra de ſponſalibus, cap.cum cauſa, extra de raptorib.* Et neceſſaria quidem eſt patris auctoritas, in cujus poteſtate eſt, cui uxorem du- D cit, quæve nubit, ſi pater præſens ſit, non ſi pater abſit peregre, ita ut ignoretur ubi ſit, & an ſuperſtes ſit, ut ex hoc ipſo libro Pauli traditum eſt in *l.10. hoc tit.* & intra triennium non revertatur, nam hoc caſu liberi utriuſque ſexus non prohibentur, inquit, matrimonium, vel nuptias contrahere. Quod & patre capto ab hoſtibus oſtenditur in *l.præced.& ſeq.* ut ſi pater captus ab hoſtibus non revertatur intra triennium, non redeat poſtliminio intra triennium, liceat filiis utriuſque ſexus matrimonium contrahere, ubi urſerint vota, & convenerint. Et ait Paulus, *matrimonium, vel nuptias legitimas contrahere*, ut & lex, quæ ſequitur, *matrimonium, vel nuptias contrahi*, & Juſtinianus in definitione nuptiarum: *nuptiæ, ſive matrimonium eſt viri, & mulieris conjunctio, &c.* Et in *§.penult. de nuptiis: ſi adverſus leges*, inquit, *aliqui coierint, nec nuptiæ, nec matrimonium intelligi-* E *tur*, nimirum, quia eſt aliqua differentia inter nuptias, & matrimonium: nuptiæ ſine matrimonio eſſe non poſſunt, matrimonium ſine nuptiis eſſe poteſt, ut quod contractum eſt ſine conſenſu patris, in cujus poteſtate mariti ſunt, matrimonium eſt, nuptiæ non ſunt. Et ſimile exemplum ſuppeditat Papinianus 15. reſponſ. apud Licinium Ruffinum, dum ait, civem Rom. qui duxit peregrinam, quæ etiam juſtæ nuptiæ non ſunt, civem, inquam, Romanum ſine connubio, quod nihil eſt aliud, quam ſine nuptiis, peregrinam in matrimonium habere. Matrimonium eſt naturale nomen, quod à matre trahitur, quæ ſola natura eſt certa: nuptiæ autem, & connubium ſunt civilia nomina. Eſt autem illius triennii præſcriptio, de qua agitur in hac *l.10. & in l.præced. & ſeq.* ex conſtitut. aut lege aliqua veteri. Neque enim

poteſt

A poteſt. Juriſconſultus ſine lege, aut conſtit. negotii tempora præfinire. Et obtinuit quidem primum illa præſcriptio in patre capto ab hoſtibus, deinde obtinuit in abſente patre ex conſtitutione, ut arbitror Juſtiniani. Nam hæc verba leg. 10. Et ſi *triennium effluxerit, poſteaquam apertiſſime fuerit pater ignotus: ignotus* nove admodum, pro ignoratus, *ubi degit, & an ſuperſtes ſit; non prohibentur liberi ejus utriuſque ſexus matrimonium, vel nuptias legitimas contrahere:* hæc, inquam, verba ſubolent Triboniani ſermonem, à quo & in l. ſeq. inſerta hæc videntur, *vel abeſt*, &, *vel abſentiæ*: eo quod Julianus in *l. ſeq.* ſcripſerat de patre capto ab hoſtibus à Triboniano porrecto etiam ad patrem abſentem, cui an vita ſpiret incertum eſt. Iis addamus legem 7. tit. ſup. *de ſponſal.* quæ eſt etiam ex eodem libro Pauli, & docet.

Ad L. VII. de Sponſalib. *In ſponſalibus nihil intereſt, utrum teſtatio interponatur, an aliquis ſine ſcriptura ſpondeat: in ſponſalibus etiam conſenſus eorum exigendus eſt, quorum in nuptiis deſideratur. Intelligi tamen ſemper filiæ patrem conſentire, niſi evidenter diſſentiat*, Julianus *ſcribit.*

NOn tantum in nuptiis, ſed in ſponſalibus conſenſum eorum exigi, quorum in poteſtate ſunt, qui ſponſalia contrahunt. Et adjicit taciturnitatem patris hac in re conſenſum imitari, dum ait, *patrem filiæ conſentire videri*, qui evidenter non diſſentit: ſicut filiofam. danti ſe in adoptionem pater conſentire videtur, ſi non diſſentiat, ſi non contradicat, ſi ſciat, & taceat, *l. 5. de adopt.* Quod & in nuptiis ſufficere, id eſt, taciturnitatem patris ſufficere probat *l. 5. & l. ſi furioſi, C. de nupt.* C Addamus etiam ſufficere conſenſum patris, ſi poſt matrimonium contractum conſentiat, ut juſtæ nuptiæ eſſe cenſeantur. Quod docet aperte *lex ſi uxor, §. ſi quis uxorem, ad leg. Juliam de adult.* Quid ergo ſatis eſt, ſi ſubſequatur conſenſus? Et tamen Inſtitutiones dicunt, præcedere debere conſenſum, ſive juſſum patris: ſic eſt: ut ſcilicet ſtatim ab initio juſtæ nuptiæ eſſe cenſeantur, quæ ab initio juſtæ non cenſentur fuiſſe, ſi ſubſequatur conſenſus patris: ſed ab eo tantum tempore, quo filiæ, aut filii conjunctioni conſenſit pater: quod & Baſilius probat in *epiſt. ad Amphilochium cap. 4. &* 42. Et valde notandum hoc eſt: nam ita fit hoc caſu, ut ratihabitio patris non retrotrahatur, ſubſequens voluntas patris, ut non retroducatur, quod & alias evenit, *l. quid ergo, de iis, qui notant. inf.* non ſemper ratihabitio retrotrahitur, D non ſemper conſenſui, ſive mandato, aut juſſo comparatur. Porro ſecundum hæc Paulus in hac l. 7. docet, nihil differre hac in re ſponſalia à nuptiis. In utriſque conſenſum parentum exigi, qui tamen initio ejuſdem legis 7. dixerat, ſponſalia fieri poſſe ſine teſtatione, atque ſcriptura ulla, ſicut ſtipulationem, ad differentiam ſcilicet nuptiarum, in quibus teſtatio deſideratur, *l. 4. ut* & in concubinatu, qui & nuptias imitatur, *l. 3. de concubin.* Nec enim concubinatus, aut turpe, aut illegitimum nomen, concubina imitatur uxorem juſtam, quod & alias ſæpe fuſius oſtendimus.

Ad L. XVI. de Ritu nupt. *Oratione Divi Marci cavetur, ut ſi ſenatoris filia libertino nupſiſſet, nec nuptiæ eſſent, quam & Senatuſconſultum ſecutum eſt.*

E Ad §. Nepote *uxorem ducente, & filius conſentire debet. Neptis vero ſi nubat, voluntas & auctoritas avi ſufficeret.*

Ad §. Furor *contrahi matrimonium non ſinit: quia conſenſu opus eſt, ſed recte contractum non impedit.*

NUnc veniamus ad *leg. 16. de ritu nupt.* cujus legis §. 1. etiam ad hanc quæſtionem pertinet, de non contrahendis nuptiis ſine conſenſu parentum, in quorum poteſtate ſunt, qui coeunt: namque ait: Vivo avo, in cujus poteſtate eſt filius, & nepos ex filio, nepote uxorem ducente, non tantum avum, in cujus poteſtate eſt, ſed etiam patrem, in cujus poteſtate non eſt, conſentire debere, & tamen nepte ex filio nubente ſufficere conſenſum, & auctoritatem avi. Hanc facit differentiam inter nepotem, & neptem, cujus ratio, quam non percepit Accurſius, hæc eſt, quia fieri poteſt, ut moriente avo, nondum emancipato filio, nepos recidat in filii, *id* eſt, in patris ſui poteſtatem. Quo caſu, ſi jure uxorem duxiſſet, conſentiente ſolo avo, non etiam patre, & liberos ſuſcepiſſet, eveniret, ut ii liberi patri invito, cum nuptiis non conſenſerit, ſui heredes quandoque futuri agnaſcerentur; quod jus non patitur, ut cuiquam ſcilicet invito ſuus heres, aut ſucceſſor agnaſcatur: nec alia ratione (quod & hoc libro, & huic, ut opinor, loco, proxime ſive conjunctim Paulus ſcripſit in *l. 6. de adopt.* quæ huic loco accommodanda eſt) Non alia ratione, inquam, cum quis nepotem adoptat, quaſi ex filio natum, conſenſus filii exigitur, ut illa lex ait, quam ut ne invito filio ſuus heres agnaſcatur, *§. ſed & ſi quis, Inſtit. eod. tit.* Unde ſi non conſenſerit filius adoptioni extranei in lo-
B cum nepotis, ac ſi ex ſe natus eſſet, mortuo avo non recidit ille nepos in poteſtatem filii, *l. 11. eod. tit.* Hæc autem ratio ceſſat in nepte ex filio nata, quæ nubit volente ſolo avo, auctore ſolo avo, quia liberi, qui ex ea naſcuntur, ſequuntur familiam patris ſui, non familiam avi materni: neque igitur unquam avo materno ſui heredes futuri ſunt. Itaque non eſt, quod in nuptiis neptis patris conſenſum deſideremus, quia patris nihil intereſt: cum qui ex filia naſcuntur non ſint futuri in ejus poteſtate, & familia. Sufficit ergo conſenſus avi. Eadem ratio differentiæ olim obtinuit inter filiumfam. & filiamfam. furioſi: nam furor patris non ſolvit patriam poteſtatem. Inter filium igitur, qui in poteſtate furioſi, & filiam, quæ in furioſi poteſtate eſt, *§. 1. Inſtit. de nupt. l. ſi furioſi, C. eod. tit.* Vix enim licebat filio furioſi uxorem ducere ſine venia Principis, ne ſcilicet
C nati liberi furioſi, qui pro non conſentiente ſemper habetur, familiam augerent, ne invito furioſo nati liberi ex filio accreſcerent familiæ furioſi. Et licebat tamen filiæ nubere ſine controverſia, quia filia non auget familiam patris ſui, quandoquidem liberi ejus familiam mariti ſequuntur, non familiam avi materni, *l. pen. de liber. agnoſ. §. ult. Inſtit. de patria poteſtate, §. pen. in fine, de grad. cognat. vel de ſervili cogn.* ut vulgo. Qua de cauſa Solon dixit, filiam eſſe *ἀλλότριον κτῆμα, alienam poſſeſſionem*, quia in alienam familiam tranſgreditur, alienæque familiæ liberos parit. Verum quod ait in hac *l. 16. nepote uxorem ducente, & filium conſentire debere, nedum avum*, pugnare videtur cum l. 3. hujus tituli, quæ ſolo avo auctore, ſolo avo conſentiente ait, *nepotem ex filio poſſe ducere neptem ex altero filio*, quoniam hoc jure inter conſobrinos permiſſæ erant nuptiæ. Et con-
D trahi poſſunt, ut ait, ſolo *avo auctore*: non ergo requiritur conſenſus filii. Ratio hæc eſt ſingularis, quia non extra familiam, de quo caſu eſt accipienda lex 16. §. 1. ſed in eadem ipſa familia, in qua & filii, & nepos ex uno filio, & neptis ex altero filio ſunt. In eadem familia, in qua omnes ſunt, nuptiæ contrahuntur. Et ſufficere videtur hoc caſu auctoritas avi, in cujus familia omnes ſunt, nec ægre ferre debet filius, ſi forte ex eadem familia quandoque ſua familia augeatur. Ac præterea debetur hoc ſummæ affectioni avi, ut *l. pen. §. 1. hoc tit.* ut qui princeps eſt familiæ, is etiam ſolus ſit arbiter nuptiarum faciendarum in eadem familia, ſed non etiam extra familiam. Et hoc quoque Accurſius intellexit: ſed non explicuit rationem: quiquidem Accurſius etiam huic legi 16. §. 1. objicit *§. ſed ſi quis, Inſtit. de adopt.* ubi ait, *avum poſſe dare nepotem ex filio in adoptionem, etiam*
E *non conſentiente filio*: nam aliud plane dicendum eſt in adoptione. Adoptione nepotis ex filio non auget familiam filii. Nihil eſt apertius: in hac l. Paulus ponit differentiam inter nepotem, & neptem, quam anteverti exponere in §. 1. ejuſdem l. initio autem legis Paulus docet, juſtas nuptias non eſſe, ſi ſenatoris filia, adde vel neptis, vel proneptis ex *l. 42. hoc tit.* libertino nupſerit, ut *l. 3. §. 1. de donat. inter vir. & uxor.* Quod eſſe ait ex oratione Divi Marci, quam & Senatuſconſult. ſequutum eſt. Oratio Principis recitabatur in ſenatu, qua princeps complectebatur, quod de re aliqua novi juris conſtitui è re publ. eſſe cenſebat: quod ſi probabat Senatus, ſtatim ſequebatur SC. orationi conſentaneum, ut hic locus perſpicue oſtendit. Et inde ſæpiſſime in jure, quod fieri dicitur oratione Principis uno

loco,

Digitized by Google

loco id alio fieri dicitur SC. Principem autem, & Senatum hac in re movit inopasitas generis, & dignitas stirpis senatoriæ. Et ideo merito excipitur in *l.47. hoc tit.* Senatoris filia, quæ corpore quæstum, artemve ludicram fecit, quæve publico judicio damnata, & notata est, quoniam hæc gentis, & familiæ suæ dignitatem amisit, nec jam existimatur esse senatoris filia, quæ gentem suam tanta fœditate contaminavit, conspurcavit. Male autem Accursius hoc loco notat, hoc Senatusconsultum esse sublatum Novella Justiniani, quæ est 117. quoniam ea Novella non hoc Senatusconsultum, haneve orationem Marci abrogat, qua Senatoris filia libertino nubere prohibetur, sed illud caput legis Juliæ, & Papiæ de maritandis ordinibus, quo Senator prohibetur ducere libertinam, *l.23. & 44. hoc tit.* Justinianus, qui plus concessit mari, quam fœminæ, permisit Senatori ducere libertinam, non etiam clarissimæ fœminæ, id est, Senatoriæ stirpis fœminæ nubere libertino, quia fœmina impari turpius se applicat, quam vir, & vir genere nobilitat fœminam, ut ait *l. mulieres, C. de dignit.* non etiam fœmina genere nobilitat virum, cui se adjungit. Ac præterea in *§. ult.* hujus legis Paulus docet.

AD *§. ult.* Furorem esse impedimento nuptiis, quo minus contrahantur, quia consensu contrahentium opus est: & furiosum consentire, vel tacite consentire, nemo sanus dixerit, *l.14. loc. l.8. §.1. de opt. leg.* quia nec utique dissentire, *l. si furiosi, C. de nupt.* Post nuptias vero jure contractas furorem supervenientem utrique, vel alterutri non dissolvere nuptias, ut *l. patre, de iis, qui sunt sui, vel alieni juris:* sicut nec testamentum recte factum, nec ullum aliud negotium rite gestum ante furorem, *§. furiosi, Instit. quibus non est permiss. facere test.* Et ita auctore Tertulliano *2. ad uxorem,* dominua magis ratum habet matrimonium cum pagano non contractu, quam contractum ante conversionem omnino disjungi. Quod declaratur etiam in *cap. ult. extr. qui filii sunt legitimi, & cap. pen. & ult. ext. de divortiis.* Nunc transeamus ad leg. 14.

Ad L.XIV. eod. *Adoptivus filius, si emancipetur, eam, quæ patris adoptivi uxor fuit, ducere non potest, quia novercæ locum habet.*

Ad §. Item si quis *filium adoptaverit, uxorem ejusdem, quæ nurus loco est, ne quidem post emancipationem filii ducere poterit: quoniam aliquando nurus ei fuit.*

Ad §. Serviles *quoque cognationes in hoc jure observandæ sunt. Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem. Tantumdem juris est & in sorore, & sororis filia. Idem è contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint: & si dubitetur patrem eum esse. Unde nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniā in contrahendis matrimoniis naturale jus, & pudor inspiciendus est: contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere.*

Ad §. Idem tamen, *quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti, ut eam, quæ in contubernio patris fuerit, quasi novercam non possim ducere. Et contra eam, quæ in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere. Æque nec matrem ejus, quam quis in servitutem uxorem habuit, quasi socrum. Cum enim cognatio servilis intelligitur, quare non & adfinitas intelligatur? Sed in re dubia certius, & modestius est, hujusmodi nuptiis abstinere.*

Ad §. Nunc videamus, *quomodo noverca, & privigna, & socrus, & nurus intelligantur, ut sciamus quas non liceat ducere. Quidam novercam per se patris uxorem, & nurum fil. uxorem, & privignam uxoris ex alio marito filiam intelligunt. Sed quod ad hanc causam, verius est, nec avi uxorem, nec proavi duci posse. Duas ergo, vel plures novercas ducere non poterit. Non nurum: Nam & is, qui adoptivus est, nec naturalis patris, nec adoptivi uxorem ducere potest. Sed & si plures uxores pater habuerit, nullam earum ducere possum. Itaque socrus appellatione non tantum uxoris meæ mater, sed & avia, & proavia intelligitur, ut nullam earum ducere possim. Nurus quoque appellatione non tantum filii uxor, sed & nepotis, & pronepotis continetur, licet quidam has pronurus appellant. Privigna quoque non solum ea mihi intelligitur, quæ uxoris meæ filia est, sed & neptis, & proneptis, ut nullam earum ducere possim. Item ejus matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere, Augustus interpretatus est: fuisse enim eam socrum.*

Ad L.XXIII. de Adopt. *Qui in adoptionem datur, his, quibus agnascitur, & cognatus fit: quibus vero non adgnascitur, nec cognatus fit. Adoptio enim non jus sanguinis, sed jus adgnationis adfert. Et ideo si filium adoptaverim, uxor mea illi matris loco non est: neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognata ejus fit. Item nec mater aviæ loco illi est: quoniam his, qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur. Sed filiæ meæ is, quem adoptavi, frater fit: quoniam in familia mea est filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis.*

INitium *legis 14.* statim est conjungendum cum extremo *legis 23. de adopt.* Ideoque & ab illa *l.23.* potius incipiemus. Et in primis sciendum est, hoc distare cognationem ab agnatione: quod cognatio sit nomen generale, quo continetur etiam agnatio, & cognatio quædam specialis ἀνώνυμος: agnatio autem sit nomen speciale. Nam cognati dicuntur tam qui per matrem, quam qui per patrem nobis conjuncti sunt, à Græca voce συγγενεῖς, ut ait *l. Jurisconsultus, §.1. de grad. & affi.* non à Græca voce νῶτοι, qua tamen etiam cognati significantur: nam & Latinis noti accipiuntur pro cognatis.

.... Omnes noti me, atque amici deserunt.

Terentius: qui alio loco, *Habeo heic neminem, neq; amicum, neque cognatum.* Agnati autem dicuntur ii tantum, qui per patrem nobis conjuncti, ejusdemque familiæ, & nominis sunt, easdemque imagines, eademque insignia, sive δείγματα, ut Vegetius vocat, habent, eadem scuta. Quamobrem, qui nobis sunt agnati, & cognati sunt, quia cognatorum nomen, nomen est generis, ut dixi, non contra, omnes, cui cognati sunt, utique & agnati sunt, non certe qui, quæve per fœminas conjunguntur: fœminæ quidem nobis agnatæ simul & cognatæ esse possunt, veluti soror ex eodem patre, soror consanguinea, & amita, id est, soror patris, sed non etiam, qui quæve per matrem, sive per fœminas nobis conjunguntur, & diversæ familiæ, diversique nominis sunt, qui nobis tantum sunt cognati, non agnati. Et mater quoque ipsa, per quam aliis conjungitur, cognata nobis est, non agnata. Ergo & alii, qui per matrem nobis conjunguntur, cognati tantum nobis sunt, non agnati: ut frater, aut soror matris, id est, avunculus, aut matertera, aut soror nostra uterina. At pater agnatus nobis est, *l.4. §. pen. de grad. & affin.* cum sit initium agnationis. Et si pater nobis agnatus est, & cognatus igitur. At retro nos quoque patri sumus agnati, & per consequentiam cognati, *l. filium, de suis, & legit. hered. & d. l. JC. §.1.* Omnis enim cognatio reciprocatur: cæteri quoque, qui per patrem nobis conjunguntur, agnati nobis sunt, & cognati, ut fratres ex eodem patre nati, agnati sibi sunt, & cognati: fratres, inquam, ex eodem patre nati, qui & germani, & cōsanguinei vocantur, & semper in jure consanguinei, id est, fratres ex eodem patre nati. Et quod ait *l.1. §. pen. de suis, & legit. hered.* consanguineos esse eos, qui sanguine inter se conjuncti sunt, connexi sunt, sic accipiendum est sanguine, id est, semine eodem. Arnobius 2. *Germanitatis,* inquit, quod est fraternitatis, *jure sociati sunt:* utpote ex uno sanguine, unoque semine procreati. Denique consanguinei nusquam in jure dicuntur generaliter pro cognatis quibuscunque; sed pro fratribus germanis tantum, non pro fratribus uterinis: Ii fratres consanguinei agnati nobis sunt, & per hoc etiam cognati, itemque eorum fratrum filii, nepotesve ex eis: eodem numero sunt fratres patrueles, qui ex duobus fratribus progniti sunt. Eodem loco, & numero est frater, vel soror patris, id est, patruus, vel amita, agnatus scilicet est filio fratris, qui ut in idiotismo, etiam latinis nonnunquam *nepos* dicitur: non est igitur nepos tantum ex filio, sed etiam ex fratre, vel sorore, ut illo loco Ovidii:

Cæsar ab Ænea, qui tibi fratre nepos.

Et apud Eutropium, quo loco Octavianum Cæsaris nepotem vocat, Octavius Cæsaris nepos, & interpretatur etiam Pæanius, qui est metaphrastes Eutropii, qui à Suida tamen

aliter

aliter nominatur, nempe *Capito Lycius*: sed is μεταφραστὴς Eutropii, quem habeo, habet præscriptum Pæanii nomen, non Capitonis, & ille illo loco, ne quis dubitet, nepotem interpretatur ἀδελφιδοῦν, id est, sororis filium. Est & alia differentia inter agnationem, & cognationem: agnatio minima capitis deminutione perimitur, id est, amissione famil. mutatione familiæ, mutatione nominis: ergo agnatio emancipatione, & datione in adoptionem perimitur, sed non etiam cognatio, *l.4. §.pen. de grad. & affin. §.ult. Instit. de leg. agnat. tut. §.minus, Instit. de heredit. quæ ab intest. defer.* Si igitur me pater naturalis emancipaverit, aut alii dederit in adoptionem, & patri, & patris agnatis agnatus esse desino, sed non desino esse cognatus: cognatio, quæ inest agnationi, naturalis est, agnatio est civilis, & legitimæ agnationis nomen civile est, cognationis naturale, *d.l.Jurisc. §.1.* Et civili ratione veluti emancipatione, aut datione in adoptionem civilis quidem cognatio, id est, agnatio tolli, & aboleri potest, non etiam naturalis, *l.8. de reg. juris*. At si pater adoptivus me emancipaverit, hoc casu & agnatio tollitur, & cognatio simul, quæ in adoptivis, non naturæ consistit, sed per consequentiam tantum agnationis adlumitur, *l.3. unde cogn. l.4. si tab. testam. nullæ exstab.* Et hic notandum ex *l.23. de adopt.* quam dixi conjungendam initio legis 14. & utramque simul explicandam: notandum, inquam, est, eum, quem per adoptionem, vel per adrogationem sumimus filium, vel nepotem, vel pronepotem, agnatum fieri agnatis nostris, non etiam cognatum cognatis nostris, vel ut Paulus ait in *l.23.* adoptionem non adferre nobis jus sanguinis, id est, jus cognationis, quod naturale est: sed jus agnationis tantum, quod civile est, vel ut Ulpianus in *l.12. §.ult. de ritu nupt.* eam demum cognationem in adoptione contrahi, quæ est legitima, id est, quæ agnatorum jus habet, non igitur eam, quæ naturalis tantum est, quæ in *l.23.* appellatur jus sanguinis, ut in *d.l.8.* Nec igitur idem est jus sanguinis, & jus consanguinitatis: nam jus consanguinitatis versatur tantum inter fratres consanguineos, sive germanos, id est, inter fratres ex eodem patre natos: consanguinitas est species agnationis, *§.vulgo, Instit. de success. cogn.* Consanguinitas est agnatio, quæ versatur inter fratres germanos. Verum ad rem. Secundum ea, quæ diximus, civilis ratio commento, sive figmento adoptionis sibi quærendi filii, civilem tantum cognationem adfert, id est, agnationem, & per hanc cognationem quoque, quatenus cognatio nomen est generis, non cognationem illam, quæ est ἀνώνυμος secundum Aristotel. quia generis nomine denotatur, non certo, & proprio nomine, ut primo Rhet. τῶν σημείων aliud appellari τεκμήριον, aliud esse ἀνώνυμον, quia nonnisi σημεῖον appellatur nomine generis, vacat proprio. Ea vero cognatio ἀνώνυμος est, quæ ex fœminis ducitur, & venit: hæc per adoptionem non contrahitur, ut puta per adoptionem nemo fit nobis avunculus, aut matertera, *l.12. §.ult. hoc tit. de ritu nupt.* fit tamen per adoptionem nobis patruus, & amita, sive *patertera*, ut veteres loquebantur. Item per adoptionem nemo fit nobis frater cognatus, fit tamen frater germanus, sive consanguineus: Quibus autem is, qui adoptatur beneficio adoptionis agnatus fit: iis etiam, ut dixi, cognatus fit, & cognatus manet, quamdiu manet agnatio, id est, quamdiu manet adoptio: soluta adoptione, & cognatus, & agnatus esse desinit: solvitur per emancipationem. Et huc pertinet *lex 1. §.cognationem, unde cogn. & l.patrir, de in jus voc.* Iterum dico, quibus is, qui adoptatur agnatus fit, & iis etiam cognatus fit, & iis tantummodo: exempli gratia patri adoptivo filius fit, ergo agnatus, & cognatus. Item filio, ac filiæ naturali patris adoptivi, qui, quæve in ejusdem potestate, & familia est, fit frater consanguineus, ergo agnatus, & cognatus. Et similiter filio fratris adoptivi fit patruus: vel si fuerit mulier adoptata in locum filiæ, filiofam. patris adoptivi fit soror, & filio fratris adoptivi fit amita. Iis vero, quibus qui adoptatur, beneficio adoptionis agnatus non fit, non fit etiam cognatus, ut puta uxori adoptatoris, quæ in manum non convenit: sic accipienda *l.23.* secundum jus vetus: uxori, inquam, adoptatoris, quæ in manum ejus non convenit, is, qui adoptatur, non fit filius, aut frater, quia

A uxor, quæ in manum non convenit, non est in familia mariti, nec igitur ipsa mariti filio adoptivo est soror, aut mater: proinde nec marito ipsa, nec filio ejus adoptivo agnata est: & si non agnata, ergo nec cognata, ergo nec mater: eadem etiam non est filio mariti adoptivo adfinis, sive noverca, quia per adoptionem non contrahitur adfinitas. Hoc est certissimum, *l.4. §.pen. de grad. & affin.* Item mater patris adoptivi, quæ cognata ei, non agnata est, ut supra diximus, adoptati avia, & invicem adoptatus illius nepos non fit, quia cujus agnatus non fit, nec cognatus esse potest. Et tamen, ut Paulus ait in extremo legis 23. cui omnino coaptari debet initium legis 14. quamvis uxor adoptatoris adoptato non sit mater, non sit cognata, vel adfinis, & quamvis mater adoptatoris adoptato etiam non sit avia, non sit cognata, quia est extra familiam adoptatoris, non B sit etiam adfinis: denique, quamvis sit extranea, tamen etiam eorum, inquit, nuptiæ prohibitæ sunt, ut recte legitur Florentiæ, & recte legit Accursius, dum ait, hoc *tamen*, inquit Accurs. id est, hæc particula *tamen*, refertur ad matrem, & uxorem adoptatoris, quæ sunt extraneæ adoptato: Nuptiis tamen eorum, id est, earum personarum etiam prohibitis, inquit, id est, non sororis tantum adoptivæ, id est, naturalis adoptivæ patris, quæ in ejusdem potestate est, nuptiæ sunt prohibitæ, quia est soror consanguinea: sed etiam uxoris patris adoptivi, uxoris, quæ puta ab eo diverterit, uxoris repudiatæ ab eo: itemque matris patris adoptivi nuptiæ prohibitæ sunt, quamvis extraneæ sint filio adoptivo, & uxoris quidem, vel matris patris adoptivi nuptiæ perpetuo prohibitæ sunt, etiamsi adoptio per emancipationem dissoluta fuerit, ut recte Accursius sentit in C *l.23. in ultima glossa.* Sororis autem adoptivæ nuptiæ prohibitæ sunt, tamdiu dumtaxat, quandiu adoptio durat, & quandiu ipsa manet in familia, & potestate patris, *l.17. de ritu nupt. l.9. in fine, de lib. & postumis*. Videamus quæ sit ratio differentiæ: cum matre, & uxore adoptatoris, quamvis sit extranea, est perpetua prohibitio: cum sorore tamen adoptiva, quæ est agnata, non est perpetua prohibitio. Ratio differentiæ hæc est, quia etsi uxor adoptivi patris, neque cognata sit adoptivo filio, neque adfinis, sive noverca, tamen novercæ locum habet, ut Paulus bis notat in *h.l.14. in princip. & in §.nunc videamus*: novercæ locum habet, id est, quasi noverca est, & quasi mater igitur. Denique imaginem, & speciem quandam matris habet. Ideoque pudor, & honestas, quæ in nuptiis contrahendis potissimum inspicitur, *l.14.§.1.* non patitur, ut eam filius adoD ptivus, etiam si emancipatus sit, uxorem ducat, nimirum, quia pridem ei quasi noverca, quasi mater fuit. Nec huic loco legis 14. obstat *l.12. in princ. eod. tit.* quia ut breve faciam, ibi uxor, quam repudiavi non intelligitur quasi noverca fuisse secundi mariti sui, quem ego postea adoptavi. Melius tamen esset, ne enim mihi adoptare permitteretur, arg. *legis pen. §.sed si videamus, eod. tit.* quia adoptio secundi mariti rem deducit in eum casum, à quo incipere non poterat, nempe efficit, ut quasi noverca quasi privigno nupsisse videatur, quod pudor non fert, id est, ut uxor, quæ quondam fuit adoptivi patris, filio adoptivo nupsisse videatur. Eadem autem ratio, quæ valet in uxore patris adoptivi, valet etiam in matre ejusdem, quia etsi filio adoptivo neque adfinis, neque cognata, neque avia sit, *l.23.* tamen quasi avia est. Et ideo nec dissoluta adoptione, si emanE cipatus filius adoptivus fuerit, eam uxorem ducere potest. Itaque non video, ut defendi possit quod legitur in *l.55. §. ult. hoc tit. patris adoptivi mei matrem* (notanda sunt verba) *aut materteram, aut neptem ex filio uxorem ducere non possum*: scilicet si in familia ejus sim, si duret adoptio, *alioquin* (sequitur) *si emancipatus fuero ab eo, sine dubio nihil impedit nuptias.* Quid igitur, an potero ducere uxorem eam, quæ mater est patris adoptivi, si pater adoptivus me emancipaverit? Hoc pudor non patitur. Et sane videtur illo loco aliis legentibus *matrem*, aliis legentibus *materteram*, utraque lectio remansisse, sed retinenda tantum ea, quæ habet *materteram*, ut sit, *patris adoptivi mei materteram*, hoc sensu, ut patris adoptivi materteram, aut ejusdem neptem ex filio fratre suo adoptivo, quandiu in familia manet, ducere

non liceat: post emancipationem liceat, sicut sororem adoptivam, A si vel ipse, vel ipsa emancipatus sit, ei ducere permittitur, ut dixi ante. Majore (& hic est finis) scilicet reverentia, majore religione, & cultu nobis colenda est memoria earum mulierum, quæ quasi novercæ, & quasi matres, aut quæ quasi aviæ nobis fuerunt, licet proprie tales non fuerint, vel etiam quæ quasi nurus, ac proinde quasi filiæ aliquando nobis fuerunt, licet proprie tales non fuerint, ut *l.12.§.1. sup. l.15.inf.* Nam ut Paulus etiam docet initio legis 14. uxorem quoque filii adoptivi, quam duxerat prius quam adoptaretur, postea repudiatam pater adoptivus uxorem ducere non potest: nec si per emancipationem soluta fuerit adoptio, quia etsi nurus ei proprie non fuerit, propterea quod per adoptionem non quæritur adfinitas, fuit tamen quasi nurus, & per hoc etiam quasi filia. Et sanctissima sunt nomina non patrum tantum, vel matrum, aut B filiorum filiarumve, sed etiam quasi patrum, quasi matrum, quasi filiorum filiarumve: usque adeo sanctum est nomen patris, vel matris, aut filiæ, aut quasi patris, aut quasi matris, vel quasi filiæ, ut sit nobis verecundum, aut percolendum nomen, quoniam, inquit, de nuru, aliquando nurus ei fuit, id est, quasi nurus. *Il faut interpreter ainsi.* Denique majore reverentia, & religione colo memoriam ejus, quæ quasi mater, aut quasi filia mihi fuit, quam memoriam ejus, quæ mihi fuit soror adoptiva, quoniam uxorem eam ducere possum, si vel ego emancipatus, vel ipsa emancipata fuerit: majori item religione, quam materteram patris adoptivi, quoniam si ab eo emancipatus fuerim, eam uxorem ducere possum, majore religione, quam filiam fratris adoptivi, quam etiam emancipatus uxorem ducere possum, *d. l.23.* Filiam autem sororis adoptivæ, id est, adoptatoris neptem C ex filia, omni tempore, etiam durante adoptione, uxorem ducere possum, quia avunculus ei non sum, nec imaginem ullam gero patris, aut filii. Sororem quoque uterinam patris adoptivi mei uxorem ducere possum, quia matertera mihi non est. Quod proponitur in *l.12. §.ult. hoc tit.* Denique plus mihi pudoris adferre debet nomen materteræ patris adoptivi, quæ ei matris loco est, quam nomen sororis cognatæ ejusdem cognatæ, non consanguineæ, aut nomen filiæ sororis adoptivæ. Denique totum hac in re facit pudor, ac honestas, quæ in nuptiis semper inspicienda, non jus ipsum, quæque efficit, ut & extraneas quasdam mulieres ducere non possimus.

AD *§. Serviles quoque.* Initium legis 14. docet, non ducendam eam, quæ uxor fuerit patris adoptivi: neque D patri adoptivo eam ducendam, quæ filii adoptivi uxor fuerit. Sequitur *§. serviles.* Jure civili nulla est cognatio inter serviles personas, *l.1.§.1. unde cog. l.* I C. *de grad. & Inst. de servili cogn.* vel potius *de grad. cognat.* (quoniam ille titulus de servili cognatione delendus est) nec matrimonium, quia & in omni jure civili, atque etiam prætorio tam ordinario, quam extraordinario servi pro nullis habentur, aut pro mortuis, *l. nullo, ad leg. Cornel. de falsis,* l.1. *sup. de jure delib.* Itaque ancilla partus sui non est mater civilis, nec postea efficitur, si forte manumittatur. Paulus 4. Sentent. tit. 10. *neque servi,* inquit, *neque liberti matrem civilem habere intelliguntur.* Imo & mater civilis si in servitutem redigatur, mater civilis esse desinit, & ego si in servitutem redigar, mater mea mihi mater esse desinit, & cæteri cognati mihi cognati esse desinunt, nec rursus fiunt mihi cognati, si re- E cuperem pristinam libertatem, *l.7. unde cogn. l.1. §. filio,* l.7. *§.1. ad Senatus. Tertull.* Denique servi matrem, aut patrem civilem, aut filium, aut fratrem, vel alios cognatos non habent, *l. hos accusare, §. pen. de accusat.* Unde Plautus *in Captivis,* cum quidam servus suum patrem nominaret: *Quem patrem,* inquit ridens, *qui servus es.* At ut Paulus ait in hoc §. in hoc jure, quod scilicet est de nuptiis contrahendis, in hoc jure, non in jure legitimarum successionum, non jure testamentorum, non in aliis partibus juris: sed in hoc jure, in hac parte juris, quæ est de nuptiis, etiam serviles cognationes, id est, in servitute naturaliter contractæ observandæ, & reverendæ sunt. Et ideo filius ex servitute manumissus suam matrem æque manumissam non ducet uxorem, si manumissi sint. Item frater non ducet sororem, si manumissi sint. Et hoc est, quod ait *l.8. hoc t.* libertinus libertinam matrem, aut sororem ducere non potest. Et addit rationem, quia hoc jus, moribus non legibus introductum est, hoc scilicet jus, quo vetitæ sunt nuptiæ inter personas certas, moribus introductum est, quia invaluerunt, inveteraverunt, & irroboraverunt apud omnes gentes, atque ita moribus, id est, jure naturali, non legibus introductum est: si legibus introductum esset, non essent nobis curæ serviles cognationes, quia legibus servi incogniti sunt, servi sunt extra Rempublicam, extra jus civile computantur. Sed quia hoc jus introductum est jure naturali, quo jure omnes homines æquales sunt, ut ait *l.32. de regul. jur.* commune est liberorum, & servorum, & quas liberi ducere non possunt, nec servi possunt, post manumissionem scilicet. Itaque neque matrem filius ducere potest, neque frater sororem, neque etiam avunculus sororis filiam, ut ait, postquam manumissi omnes erunt. Hoc semper subintelligendum est. Nam si adhuc sint in servitute, alia ratione prohibentur, quia inter servos, aut conservos nuptiæ justæ non sunt, sed est inter eos, quod dicitur contubernium sæpissime in jure nostro. Et ipsi etiam servi, qui inter se quasi matrimonio juncti sunt, contubernales appellantur. Serva nubere, aut servus uxorem ducere non potest, *l. si ancillæ, de cond. & demonst.* Quidam legavit ancillæ sub conditione hac, *quum nupserit,* an valet legatum: Videtur non valere, quia ancilla nubere non potest: valet tamen, quia, inquit, quandoque manumissa nubere potest. Loquitur autem hoc loco Paulus de sororis filia, non de fratris filia, quia hoc jure cum fratris filia justæ nuptiæ erant, ut docet observatio 13. cap. 16. hoc tamen jure novissimo merito abrogatum est. Et illa differentia hoc jure inter fratris filiam, & sororis filiam originem etiam duxerat ex fœdiore, & liberiore luxuria Claudii Imperatoris, ut Cornelius Tacitus scribit, quæ tamen usque adeo observatur in Digestis, ut nusquam legatur patruum incestas nuptias contrahere cum filia fratris. Et incestæ tantum nuptiæ esse dicuntur inter avunculum, & filiam sororis semper, non inter patruum, & filiam fratris. Qua de re fusius in illa observat. Sequitur in hoc §. patrem etiam non posse filiam ducere, si ex servitute ambo manumissi sint: quamvis, inquit, dubitetur, quod notandum, patrem eum esse: nec dubius pater potest filiam ducere, qui forte non est pater, sed putatur esse. Igitur nec filiam, nec quasi filiam, ut diximus, superius, veluti eam, quæ fuit uxor filii adoptivi, nec dubiam filiam ducere licet. Sacrum est patris, matrisq; nomen, sacra sunt omnia parentum, liberorumque nomina in infinitum, l.1. *Cod. Theodos. de maternis bonis. Placuit,* inquit, *salva reverentia, & pietate sacris nominibus debita, &c.* Quod usque adeo verum est, ut & veteres patres Θεοὺς appellarint teste Simplicio in Epicteto. Unde deductum Θείων nomen, id est, patruorum, etiam hodie remansit. Denique adeo sanctum est patris nomen, ut nec quasi pater, ut initio ejus legis diximus, nec dubius pater filiam ducere possit: dubius est pater, si filia sit vulgo quæsita, si *volgivaga Venere concepta,* ut Lucretius loquitur. Dubius, inquam, vel putatitius νομιζόμενος γονεὺς apud Dionys. 1. vel ὡς ὀνόματι γονεύς. Et addit Paulus rationem elegantissimam, quæ in hoc jure, vel hujus juris certissima regula est: *Quia,* inquit, *in contrahendis nuptiis jus naturale, & pudor inspiciendus est:* jus naturale, quo jure omnes scilicet homines æquales sunt, non alii servi, alii liberi, & pudor inspiciendus est. Græci vertunt hoc loco τὸ εὐπρεπὲς καὶ τὸ σεμνὸν, sic pudorem interpretantur, ut & Theophil. in *§. uxor, Inst. de nuptiis,* διὰ τὸ εὐπρεπὲς prohiberi nuptias inter me, & filiam ejus, quæ uxor mea fuit, quam post divortium suscepit ex alio marito, quamquis proprie nunquam mihi privigna fuerit. Et ita in *leg. semper, inf. hoc tit.* quæ est sententia etiam hujus rationis, semper in conjunctionibus, in nuptiis non tam quid liceat, quam quid honestum est, spectandum esse. Observandum esse pudorem, observandam modestiam, ut ait infra, ut non sint reprehendendi ullo modo, qui inter cognatos, quam maxime fieri potest, vetant contrahi nuptias, vel tertii, vel quarti, vel quinti gradus, ubi scilicet id vetat pudor,

Digitized by Google

pudor, & modestia, morumque honestas in tanta copia aliarum mulierum suadere videtur: *In nuptiis*, inquit, *contrahendis jus natarale, & pudor inspiciendus est*. Contra pudorem autem est patrem, qualiscunque sit, etiamsi non sit certus pater, sed putetur esse, filiam suam, id est, quæ putatur esse sua, ducere uxorem, oportet abstinere etiam à filia putatitia. Subjicitur in hoc etiam jure, quod est de nuptiis, non tantum servilem cognationem observari, ut dictum est, sed etiam servilem adfinitatem, id est, eam necessitudinem, quæ intercedit inter virum, & uxoris cognatam. Et retro, ut in illa lege quarta, quæ huc pertinet, *§. libertini, de grad. & adfin.* dicitur: *Libertinos, & libertinas*, ex servitute manumissos scilicet, *inter se adfines esse posse*. Et ideo manumissum non posse eam, quæ in patris contubernio quondam fuit, æque manumissam uxorem ducere, quia novercæ loco ei fuit, & matris igitur loco, *§. adfinitatis, Instit. de nupt.* Et inde Græcis cognata sunt nomina μητρυὸς, & μητρυιὰς, & nostratibus *mere & merastre:* novercæ respondet privigna. Item eam, quæ in contubernio filii fuit, manumissam pater uxorem ducere non potest, quia nurus loco ei fuit, & filiæ loco igitur: dico fuit: nam si sit adhuc ei nurus, aut nurus loco, alia ratione nuptiæ prohibentur, quia mulier duobus nupta esse non potest: nurui respondet socer, qui etiam patris dicitur locum obtinere. Item manumissus matrem ejus, quam in contubernio habuit, uxorem ducere non potest, quia fuit socrus loco, & vicissim ipse ei fuit generi loco: nam & libertini, libertinæque, quod ad hoc jus attinet, adfines esse intelliguntur. Sed quid fiet, si dubitetur de his personis, quas ante commemoravi, si dubium sit, an quis sit pater, an mater ejus, quam in contubernio habuit? Et ait rectissime, *in re dubia certius*, id est, *tutius, & modestius esse hujusmodi nuptiis abstinere*. In re dubia, quod congruit omnino cum eo, quod dixit supra, *Patrem filiam in servitute quæsitam non posse ducere, etiamsi dubitetur an sit pater:* mox docet Paulus in hoc jure, vel ut ait, *quod ad hanc causam prohibitarum nuptiarum attinet, novercæ, socrus, & nurus nomen accipi latissime*, puta, *novercam*, non tantum significare eam, quæ patris uxor fuit, sed etiam eam, quæ fuit uxor avi, vel proavi, quia & has ducere non possumus. Denique si plures sint, quæ mihi novercæ fuerint, nullam earum ducere possum. Et repetit, quod initio dixerat, nec eam, quæ quasi noverca, non proprie noverca fuit, veluti eam, easve, quæ in matrimonio patris adoptivi fuerunt, uxores duci posse, sicut nec si pater naturalis plures habuerit uxores secundas diversis temporibus. *Il le faut entendre ainsi*, nullam earum filius ex prima uxore natus ducere potest, quia omnes sunt novercarum loco. Et sic eam, quæ mihi fuit socrus, id est, matrem uxoris quondam meæ, imo nec aviam, aut proaviam uxoris quondam meæ, id est, prosocrum, vel obsocrum uxorem ducere possum, sed neque eas, quæ mihi nurus, vel pronurus, vel abnurus fuerunt, puta, quæ filii, aut nepotis, aut pronepotis quondam uxores fuerunt. *Privignæ* etiam, quam ducere prohibentur, nomen patet latissime, & complectitur uxoris meæ ex alio marito filiam, quæ proprie est privigna, & neptem privignæ filiam, *l. 40. inf.* & proneptem, id est, privignæ neptem, ut & hanc ducere non possim, quia eæ omnes mihi sunt liberorum loco. Et in extremo hujus legis addit Paulus, quod maxime notandum est, ut ex eo præcipue observemus, quam voluerit pudorem servari in contrahendis nuptiis, etiam matrem ejus, quam sponsam habui, licet nuptiæ secutæ non fuerint, puta sponsæ nuntio remisso, & sponsalibus dissolutis, me uxorem ducere non posse: fuit mea sponsa, nunquam fuit mea uxor, non possum tamen quin mihi pudorem inferam, matrem ejus uxorem ducendo. Idque ait, ita interpretatum Divum Augustum, in lege, ut opinor, cujus ipse auctor fuit, Julia, & Papia de maritandis ordinibus, hac ratione, quia socrus mea fuisse intelligitur, id est, pene fuit socrus mea. Itaque non tantum ex nuptiis, sed etiam ex sponsalibus, quod ad hanc partem juris attinet. Divus Augustus interpretatus est contrahi adfinitatem. Quod ostendit etiam *l. 6. 7. & 8. de grad. & adf. & l. 12. §. 1. hoc tit.* quum ait, sponsam me patris, quamvis repudiata sit, ducere non posse, quia pene noverca mihi fuit, & vice versa sponsam meam, quamvis nuptiæ secutæ non sint, patri meo nubere non posse, quia pene nurus ei fuit. Ex sponsalibus igitur etiam adfinitates in hoc jure de nuptiis contrahi intelliguntur: contrahitur ergo, & conjungitur adfinitas ex nuptiis primum, deinde ex sponsalibus, deinde ex contubernio etiam, ut diximus etiam supra. Addere licet & ex concubinatu, qui matrimonium imitatur: nam & eam, quæ fuit concubina patris mei uxorem ducere non possum sine rubore, nec possum jure igitur, *l. 1. §. ult. de concubinis*, *l. 4. C. de nuptiis*. Quæso addamus id tantum, quod est in principio *legis 41. tit. seq. de jure dotium*.

Ad L. XLI. de Jure dot. *Promittendo dotem omnes obligantur, cujuscunque sexus, conditionisque sint.*

Ad §. Sed si *nuptiæ secutæ non fuerint, ex stipulatu agi non potest. Magis enim res, quam verba intuenda sunt.*

Ad §. Accepti *quoque latione dos constituitur, cum debitori marito acceptum feratur dotis constituendæ causa.*

Ad §. Si à debitore *mulieris sub conditione dos promittatur, & postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit: magis periculum ad mulierem pertinere, placet. Nec enim videri mariti nomen secutum eo tempore, quo exigere non poterit. Quod si jam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse: quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.*

Ad §. Si debitor *mulieris dotem promiserit, & mulierem heredem reliquerit: Labeo perinde habendum ait, ac si mulier ipsa dotem promisisset. Cujus sententiam Julianus quoque probat. Nec enim æquum esse ait, ut ei damnetur ejus pecuniæ nomine, quam ipsa debeat: & satis esse acceptilatione eam liberari.*

PRomittendo, ait, dotem stipulanti viro omnes obligari, cujuscunque sexus, conditionisque sint, & ex stipulatu conveniri posse secutis nuptiis, non etiam nuptiis non secutis: eleganti ratione, quia res magis, quam verba intuenda sunt: res, id est, id quod agitur inter contrahentes, aut sententia, & mens contrahentium, denique etiamsi pure stipulanti viro pro muliere promittam dotem, huic stipulationi intelligitur inesse tacita conditio: hæc stipulatio semper intelligitur esse conditionalis, si nuptiæ sequantur, ut *l. 4. §. 1. de pact. l. 21. hoc tit. de jure dot.* Et ait, *promittendo omnes obligari cujuscunque sexus, conditionisque sint*, quod ait, πρὸς ἀντιδιαστολὴν, ad differentiam dictionis *dotis*, quæ fiebat non ut stipulatio uno interrogante, altero respondente, sed fiebat ultro, non interroganti viro his verbis. Dabimus formulam dictionis dotis ex hoc tit. quam pauci animadverterunt: his verbis dicitur dos, *decem tibi doti erunt: fundus Sempronianus tibi doti erit*, *l. 25. 44. §. 1. 46. §. pen. 57. hoc tit.* Et inde comœdia, *Dos est Pamphilæ decem talenta*. Dictio est dotis, non ut Donatus notat, datio dotis. Hoc autem genere, id est, per dictionem nudam dotis omnes non obligantur, hoc genere obligatur tantum mulier, quæ nuptura est, si dicat, *mille doti tibi erunt*, & debitor mulieris si dotem dicat, jubente muliere, quia ipsamet dicere dotem videtur, quum dotem dicit ejus debitor jussu ejus. Et præterea parens mulieris, non parens cujuscunque sexus, non parens cujuscunque cognationis, sed parens masculus & agnatus, parens virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, veluti pater, aut avus paternus, avus maternus dotem dicendo non obligatur, quod aperte Ulpianus scribit *lib. singul. reg. tit. 6.* Regulariter enim dictio nuda obligationem non parit, sicut nec pactio nuda. Et si pactio nuda, quæ est duorum pluriumve, non parit obligationem, & dictio nuda multo minus, quæ est unius tantum. Verum ut pactio legitima parit actionem, ita & dotis dictio legitima, quam scilicet illæ tres personæ dicunt.

AD *§. Accepti*. Exposui initium *l. 41. de jur. dot.* sequitur in *§. 2. accepti quoque latione dos constituitur, cum debitori marito acceptum feratur dotis constituendæ causa:* non tantum per stipulationem, quod initio dixi, sed etiam per acceptilationem dotem constitui, si mulier, quæ debitori suo nuptura est, ei quod debet, acceptum ferat, ea mente, eoque con-

consilio, ut id deinceps sibi habeat quasi datum in dotem, atque ideo quasi suum, quamdiu manserit matrimonium, sive pecuniæ, sive rei certæ debitor fuerit, vel etiam si extraneus idem faciat dotis mulieri constituendæ causa, quæ debitori extranei nuptura est: nam ut stipulatione, ita acceptilatione dos à quocunque constitui potest, non ut dictione dotis à certis personis tantum. Ac præterea sicut stipulationi dotis inest tacita conditio, *si nuptiæ sequantur*, quod etiam dixit initio hujus legis, ita & acceptilationi factæ dotis constituendæ causa, eadem conditio inest, *l.43. in princ. & §.1. infra, hoc tit.* Itaque non secutis nuptiis, dicam, debitorem, cui accepto latum est liberatum non esse. Acceptilationem imperfectam non liberare debitorem, & imperfectam esse eam, cujus conditio impleta non est. Objicies, & dices, imo debitor videtur acceptilatione liberatus, etiamsi nuptiæ non sequantur, quia non secutis nuptiis necessaria creditori est condictio sine causa, vel condictio ob rem dati, re non sequuta, nec integrum ei est agere ex pristina obligatione. Idque ita proditum est, in *l. 10. de condict. causa data*: quod pugnat omnino cum initio *d. legis* 43. quo cavetur, non secutis nuptiis suo loco manere pristinam obligationem, & acceptilationem nullius momenti esse. Quod si verum est, non est igitur creditori necessaria condictio. Dicam observandum esse, quod ait lex 10. de cond. causa data, quæ objicitur: Mulierem, quæ erat nuptura debitori suo, pecuniam debitam acceptam fecisse, cum dotem dare vellet: cum dotem, inquam, dare vellet, id est, cum ei esset animus statim dandæ dotis sponso, ut approperaret nuptias, & mox animadverterit se rectius facturam, si ei pecuniam debitam acceptam fecerit, quia & acceptilatio pro datione est, & nihil interest, inquit, ex numeratione mulier pecuniam, an per acceptilationem dederit. In ea igitur specie animus mulieri erat statim dotem dare, quod leto animum plerunque habere mulierem, ut credamus, *festinatio votorum*, ut Macrobius loquitur, *facit*, argumento *legis 8. hoc tit.* Igitur pecuniam, quam acceptam tulit, cum in eo esset, ut dotem confestim daret sponso, protinus dedisse sponso videtur, & fecisse accipientis pristina obligatione sublata, & conversa in causam dotis, ut jam si non sequantur nuptiæ, non sit ei integrum agere ex pristina obligatione, quæ novata, & sublata est, sed competat tantum condictio pecuniæ, quasi causa non secuta, ut *l.3. eod. tit. de cond. causa data*. Cui actioni, id est, condictioni etiam *l. 43. §. 1. hoc tit.* locum esse ait, quod notandum, si extraneus eodem animo sponso mulieris debitori suo acceptum tulerit dotis mulieri constituendæ causa. Nam sive donare in totum mulieri noluit, seu aliquando repetendæ dotis animum habuit, quandoque soluto matrimonio, matrimonio non secuto, pecuniæ debitæ condictionem habet quasi causa non secuta, ob quam data debitori intelligitur, id est, ob matrimonium futurum: sive donare in tutum mulieri voluit, matrimonio non secuto, mulier eandem condictionem habet suo nomine, *d. l. 43. §.1.* Sed si mulier, vel extraneus alio animo accepto tulerit, puta, ut debitor ita demum liberetur, & in causam dotis pecuniam debitam habere incipiat si nuptiæ secutæ fuerint: non secutis nuptiis, mulieri, vel extraneo integra est actio ex pristina obligatione, quasi acceptilatione facta sub tacita conditione, quæ non exstitit: nec necessaria est condictio ob rem dati, re non secuta. Et hæc quidem distinctio, quæ in hac re observanda est, valde confirmatur argumento *l. 7. §. ult. & l. 9. sup. hoc tit.* Acceptilatio autem, etsi non recipiat expressam conditionem, recipit tamen tacitam: hoc est certissimum, *l. actus, de reg. juris, l. sub conditione, de solut. l. quod in diem, de acceptil. l. querebatur, ad leg. Falcid. l. mortis causa capitur, §. Julianus, de mort. caus. donat.* Et hæc quidem dicimus de acceptilatione, quæ fit ante nuptias dotis, & nuptiarum causa, ut tacitam conditionem recipiat, si nuptiæ sequantur: nam quæ fit post nuptias, nullam in se conditionem habet, sicut nec stipulatio dotis facta post nuptias. Dos acceptilatione, & quocunque alio modo constitui potest, vel ante nuptias, vel post nuptias. Et in hoc §. 1. si verba urgeas nimis, & Græcis interpretibus credas, proponitur etiam dotis causa facta stipulatio post nuptias, quia dicit debitori marito, & ut iidem intepretes notant, maritus *κυρίως ὁ γήμας ὀνομάζεται*, *maritus proprie dicitur is, qui uxorem duxit*, quod perperam Hervetus interpretatur, dum corrupte legit *κύριος* cum *ο*. hoc modo, *maritus is, qui uxorem duxit vocatur dominus*. Et nihil est præterea quod pertineat ad §. 1. Sequitur §. *si à debitore*.

AD *§. Si à debitore*. Finge debitor mulieris jussu ejus dotem marito dixit, vel promisit sub conditione eo tempore, quo is debitor erat locuples, & solvendo: verum antequam conditio existeret, vel ante nuptias contractas desiit esse solvendo, quæritur periculum hujus nominis, huius obligationis, utrum ad mulierem, an ad virum pertineat inopia debitoris, quæ ante conditionem contingit, utrum mulierem oneret, an virum? Et respondet, hujus nominis periculum ad mulierem pertinere, non ad virum, quia viro non potest imputari, quod nomen non exegerit, quia nec id potuit exigere ante conditionem impletam, vel ante nuptias, quæ ratio est frequens in jure, ut *l.39. in princ. & §. tutores, de administr. tut. l.6. §. ult. de neg. gest.* Denique non videtur etiam ante conditionem, vel ante nuptias vir id nomen secutus, vel amplexus, non videtur id nomen probasse, antequam id exigere posset. Itaque si pereat nomen, si evertatur debitor facultatibus, periculum virum non respicit, sed mulierem. At si jam eo tempore, quo debitor mulieris dotem dixit, vel promisit, solvendo non fuerit, idque maritus sciverit, vel scire potuerit (hæc sunt paria in jure) nec eum debitorem mulier suo periculo viro delegaverit, vel dixerit idoneum esse debitorem, proculdubio periculum ad maritum pertinet, quia ultro secutus est nomen minus idoneum. Id merito debet suæ facilitati expensum ferre, & de se queri, non de muliere. Et ita intelligitur quod ait *l. si extraneus 33. in fine hoc tit.* illo loco, *quod debitor mulieris promiserit, id viri periculo esse*. Et adde ex *l. inter, §. abesse, mand. & l. 3. de fidejuss. & l. 3. in fine, ut in possess. legato.* bonum, & idoneum nomen facere maritum, qui admittit debitorem delegatum, non ignorans facultates debitoris, quas aut scire, aut exquirere debuerit. Nam in contrahentibus jura curiositatem, hic vocant, sæpissime desiderant. Baldus, atque etiam Græci hoc loco notant recte, maritum, qui debitorem minus idoneum admisit, non id fecisse animo donandi uxori, sed quod meliora speraret de facultatibus debitoris. Nam si ideo inopem debitorem à muliere delegatum admiserit, quod mulieri donare vellet, periculum totius pecuniæ debitæ non pertinet ad maritum, sed ejus tantum pecuniæ, quæ à debitore servari potest, aut potuit; ut si à debitore mille, servari centum duntaxat potuerunt, periculum centum duntaxat pertinet ad maritum, quia residui donatio ipso jure nulla est, donatio, quæ fit inter virum, & uxorem, vel constante matrimonio, vel ante matrimonium, quando donatio excurrit in tempus matrimonii, ut quum dos constituitur, cui semper inest conditio matrimonii. Et hoc ita proponitur in *l. 53. hoc tit.* quæ sic est concilianda cum hoc §. Sequitur in *§. ult.* hujus legis.

AD *§. ult.* Debitor mulieris dotem dixit, vel promisit, eique antequam dos dicta, vel promissa exigeretur, mulier heres exstitit: heres proprius accedit ad vicem defuncti, imo & idem homo esse fingitur. Mulier ergo jure hereditario sustinet vicem debitoris, & perinde est, atque si ipsa dotem marito promisisset. Dos igitur ab ea peti, & exigi potest, vel si ante dotem exactam finitum sit matrimonium divortio, & ipsa dotem repetat à marito, quam debitor ei promiserat, repelletur exceptione doli mali, vel in factum, ut in *l. 7. in fi. hujus tit.* nimirum repelletur hac exceptione, *si non dolo facis, quæ repetis, quod ipsamet mihi debet*, neque enim æquum est, ut ait, ut soluto matrimonio damnetur mulieri, ejus pecuniæ nomine, quam ipsamet debet. Nihil est absurdius, quam ut creditor damnetur debitori, sed in hoc tantum damnabitur, quia solutum est matrimonium, ut acceptilatione mulierem liberet, ut per acceptilationem mulierem absolvat. Et est similis omnino ratio, in *l. nupta, in fi. sol. matrim. & in l. si socius pro filia, pro soc.*

Ad

Ad L. XII. de Pact. dot. *Si pater dotem dederit, & pactus sit, ut mortua in matrimonio filia, dos apud virum remaneret: puto pactum servandum, etiamsi liberi non interveniant.*

Ad §. Ex pactis *conventis, quæ ante nuptias, vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent, ut mulier dote promissa se alat, & donec nupta sit, dos ab ea non petatur, aut certam summam viro præstet, & ab eo alatur, & his similia: alia ad jus pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. Cæterum si convenerit, ne omnino dos petatur: indotata erit mulier.*

Ad §. Si mulier *pacta sit: ne amplius quam pars dimidia dotis à se petatur: & pœnam stipulata sit: Mela ait, alterutro contentam eam esse oportere, vel exceptione pacti, & acceptam facere pœnæ obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.*

Ad §. Si fundo *æstimato in dotem dato, pacta sit mulier, ut quanto pluris venierit, id in dote sit: Mela ait, id servandum: cum, & ex contrario convenire possit, ut si minoris venierit, ipsa debeat.*

Ad §. Si pacta *sit mulier, ut sive pluris, sive minoris fundus æstimatus venierit, pretium quanti res venierit, in dote sit, stari eo pacto oportet. Sed si culpa mariti minoris venierit: & id ipsum mulierem consequi.*

SEquitur, ut exponamus *l.12. de pact. dotal.* Quod proponitur initio legis 12. apertissimum est: nemo est, qui nesciat, mortua in matrimonio filia, dotem profectitiam redire ad patrem, *l. 6. inf. de jure dot. l.4. C. sol. matr.* Additur exceptio una initio hujus legis, nisi in dote danda convenerit inter patrem, & generum, ut mortua in matrimonio filia dos apud generum remaneret, nec rediret ad patrem: quod pactum valet, sive interveniant, sive non interveniant liberi ex eo matrimonio nati, in quod dos data est: nihil est apertius.

AD §. *Ex pactis*. Sequitur in §.1. divisio pactorum dotalium, quæ fiunt ante nuptias, vel post nuptias: utroque tempore fieri possunt, *l.1. & 28. hoc tit.* quæ divisio cadit etiam in omnia alia pacta: ex pactis dotalibus, ut ait, alia pertinent ad voluntatem contrahentium, quia sola voluntate reguntur contrahentium, non jure publico: nec ut est in Basilicis, necessaria sunt pacta ad dotis constituendæ, vel fungendæ causam. Denique prorsus voluntaria sunt, D exempli gratia, si convenerit, ut mulier ex dote promissa, vel dicta, se alat, tueatur, exhibeat, nec dotem, quandiu in matrimonio fuerit marito dare cogatur, sed ut dixi, ut ipsa ex dote exsarciat onera matrimonii, quam retinet, vel etiam convenerit, ut certam summam marito præstet quotannis, ut ab eo alatur, & quamdiu eam summam præstiterit, dos promissa ab ea non petatur: in hisce pactis totum facit voluntas contrahentium: atque adeo sola voluntas contrahentium spectatur, & observatur semper: alia sunt pacta, quæ ad jus pertinent, ut ait, quæ jure reguntur, non arbitrio contrahentium semper, quæ jus publicum de dotibus attingunt, & in iis non semper voluntas contrahentium servatur, sed potius potentiusque est id, quod jure publico cautum est, quam quod de ea re inter se contrahentes paciscuntur: ut quum jure sit cautum, dotem, quæ pondere, E numero, vel mensura constat, annua, bima, trima die, post solutum matrimonium esse reddendam, si convenerit in dote danda, vel ante nuptias, vel post nuptias contractas, nec dum dissolutas, ut longiore die dos reddatur, puta quinque, aut sex pensionibus annuis: hæc conventio servanda non est, quia deteriorem facit causam dotis, nec proficit marito ad exceptionem, sicut nec si convenerit, ne omnino dos reddatur, ut *l.16.* Cæterum, inquit hoc loco: *cæterum*, id est, alioquin, hac scilicet conventione servata, ne omnino dos reddatur, mulier fieret indotata, quod publica utilitas non patitur, *l.1. sol. matr. l.2. de jure dot.* Et plus potest hac in re jus, quam mulieris voluntas id paciscentis. Contra si convenerit in ipso divortio, quod pro contractu habetur, *l. si uxor* A *42. de judic.* in ipso, inquam, divortio contrahendo, si convenerit ex continenti, ut exigit *l. jurisgent. §. ut puta, de pact.* vel si in ipso matrimonio contrahendo convenerit, ut soluto matrimonio dos citeriore die, id est, propiore die reddatur, quam sit jure cautum, puta ut reddatur intra sex menses à die dirempti matrimonii, vel ut præsens reddatur, sane hæc pactio servanda est, & actionem parit, *l.14.* Ad summam, tempus legitimum reddendæ dotis pacto contrahi potest, non etiam proferri: melior conditio mulieris & dotis fieri, non etiam deterior potest, nec si id velint contrahentes, quoniam juris publici hæc res est, non voluntatis privatorum, *l.17. hoc tit.* Idem Paulus 1. Sentent. *Sponsio, inquit, dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio juri publico nihil derogat.* Quod est juxta regulam *leg. jus publicum, de pact.* Qua de causa & omnia alia pacta possis eodem modo dividere, & dicere, alia regi nuda voluntate paciscentium: alia regi jure, & legibus, non nuda voluntate paciscentium, vel contrahentium. Divisio est elegans, quæ usui esse potest in multis partibus juris. Item, ut aliud exemplum apponamus, cum jure sit cautum, ut soluto matrimonio, quum dos repetitur, retentiones ex dote fiant ob res donatas uxori, quæ donatio non valet, vel ob res amotas, vel ob impensas factas in res dotales, vel ob mores, quod Basilica addunt, *ob mores*, initio legis 20. & absque dubio id etiam Paulus addiderat. Cum ergo jure sit cautum, ut ob has causas minuatur dos, sive retentiones fiant ex dote, nec tota reddatur, si convenerit, constante matrimonio, vel ante matrimonium, ne eæ retentiones ex dote fiant, hæc pactio non valet, *l. 5. hoc tit.* sed prævalet jus publicum, quo introductum est, ut ex his causis C retentiones fierent: valet tamen hæc pactio, si fiat post divortium. Quidni? & mulieri dotem solidam repetenti hæc pactio prodest ad replicationem, *d. l.20. in princ.* sicut etsi post divortium convenerit, justa ex causa forte, quod per inopiam maritus tempore legitimo dotem reddere non possit: si, inquam, post divortium convenerit ex justa causa, ut dos longiore die reddatur, puta intra decennium, hæc pactio, quæ facta est post divortium, non quæ facta est constante matrimonio, vel ante matrimonium, viro proficit ad exceptionem, *l. 18. hoc tit.* Et in hoc quidem §. 1. hæc verba, *quando dos petatur*, respiciunt ad pacta de die reddendæ dotis, quæ exposui supra. Illa autem verba, *quemadmodum reddatur*, respiciunt ad pacta, quæ interponuntur de retentionibus ex dote faciendis, nec tota dote reddenda, aut non faciendis, *quemadmodum reddatur*, id est, tota ne reddatur, an detractis rebus amotis, aut detracta ratione rerum amotarum, vel ratione, quæ venit in judicium de dote ob mores mulieris, vel ob res amotas, vel ob impensas factas: hæc, inquam, pacta, *quando dos petatur*, id est, quo tempore, vel quemadmodum reddatur, & pacta, quæ ad jus pertinent, non tam voluntate contrahentium, quam jure reguntur, aliquando probantur, aliquando improbantur. Possis etiam dicere, quemadmodum dos reddatur, ad id etiam pertinere pactum de fructibus dotis soluto matrimonio reddendis, de qua in *l. 4. hoc tit.* Sequitur in *§. si mulier*.

AD §. *Si mulier.* Si ante nuptias mulier pacta sit, ne dotis dictæ, vel promissæ partem dimidiam à se maritus petat, subdita stipulatione pœnali, si faciat contra placitum, non posse marito petente dotem totam mulierem, & tueri se exceptione pacti, & ex stipulatu pœnam petere, sed alterutro debere esse contentam, id est, vel uti exceptione pacti, quod congruit cum legibus adductis ab Accursio, *l. rescriptum, §. si pacto, de pact. leg. apud 4. §. Labeo, de doli except.* Sed addenda est exceptio, nisi in pœnali stipulatione addita sit hæc clausula, *rato manente pacto*: nam hoc casu si adversarius contra pactionem fecerit, is, qui cum eo pactus est, & uti pacto potest, & stipulatione pœnali, *l. pen. sup. de transf. l. cum proponas, C. eod. tit.* Hoc autem genus pacti pertinet ad voluntatem, respicit non jus, sed voluntatem contrahentium, quibus horum pactorum libertas permissa est, sicut & quæ sequuntur pacta in hac lege pertinent ad voluntatem omnia: Finge: fundus æstimatus 100. in dotem datus

datus est,quo genere id agitur,ut maritus fundum emptum A habeat dotis causa, & soluto matrimonio, ut æstimationem præstet: dando autem fundum æstimatum 100. pacta est mulier, ut non tantum æstimatio illa sit in dotem,sed etiam id, quanto pluris eum fundum maritus vendet: valet pactum, & augetur dos, si pluris eum fundum maritus vendiderit, ut si eum vendiderit 120. in dote erunt 120.Quod servatur etiam in venditione qualibet ita facta: *fundus ille tibi emptus esto centum, & quanto pluris eum vendideris*: augetur enim pretium fundi, si emptor eum pluris vendiderit, *l.7. §. ult. de cont. empt.* E contrario, si fundo æstimato 100. in dotem dato convenerit, ut quanto minoris venierit, id debeat mulier, & suppleat, veluti si venierit 80. tantum, ut suppleat 20. hæc quoque conventio valet. Rursus si convenerit, ut sive pluris, sive minoris fundum maritus B vendiderit, non æstimatio, quæ initio dicta est, sed pretium quanti venierit, etiamsi minimo venierit, sit in dotem,pactio valet, & servanda est, nisi dolo, aut culpa mariti fundus minoris venierit, quo casu id, quo minoris veniit, maritus soluto matrimonio uxori supplere, & præstare debet. Quod si fundus ille omnino non venierit, ea æstimatio præstabitur mulieri soluto matrimonio, quæ dicta est ab initio *l.seq.* Hæc sunt exempla pactorum, quæ proponuntur in hac lege 12.

Ad L. XX. eod. *Ob res quoque donatas, vel amotas, vel impensas factas, tunc facta pactio valebit, id est, post divortium.*

Ad §. Si extraneus *de suo daturus sit dotem: quicquid vult, pacisci, & ignorante muliere, sicut & stipulari potest. Legem enim suæ rei dicit: Postquam vero dederit, pacisci* C *consentiente muliere debet.*

Ad §. Si convenerit *ne à muliere, neve à patre dos petatur: heres non habebit exceptionem. Sed si convenerit, ne manente matrimonio, vivo patre petatur, mortuo patre statim exigitur. Et si non petierit maritus, tenebitur hujus culpæ nomine, si dos exigi potuerit. Nisi forte ante diremptum sit matrimonium, quam facultatem petendi haberet.*

Quibus addamus alia exempla ex l.20. eod. Finge: extraneum pro muliere de suo dotem dare,non patrem: sicut pater tamen, ut *l.7.hoc tit.* ita & extraneus initio dandæ dotis stipulari, vel pacisci quidquid vult, potest, etiam invita, aut ignorante muliere, puta ut quoquomodo finito matrimonio dos sibi reddatur,quod est pacto sibi dotem recipere, quæ ob eam rem *dos receptitia* dicitur,*l.31.* D *§. sed & dos, de mort.causa donat.* Suæ rei unusquisque legem, quam vult, dicere potest, quamdiu sua est, etiamsi inibi sit, ut mox sua esse desitura sit: sic fit, ut dominus, qui rem suam vendit, vel donat, eam addicat suis legib.ut est in Comœdia: *Quasi fundum habens meis me legibus addicam.* Hoc tantum distat pater ab extraneo, quod extraneus pacto sibi dotem recipere potest, quam dat: sibi dotem, quam dat, excipere potest pater,non nisi stipulatione. Pater idem efficere potest stipulatione, sed non etiam pacto: non quodcunque fieri potest stipulatione, & pacto fieri potest. Et hoc ipsum ostenditur in *l.avia, C.de jur.dot.* & varietatis ratio est elegans, quia enim patri dotis filiæ conservandæ onus, vel officium incumbit, non temere qualibet conventione eam filiæ præripere, & sibi recipere potest, non pacto nudo, sed solemni stipulatione tantum. At post dotem E datam neuter sibi, nec pater, nec extraneus sibi pacisci, aut stipulari de dote quicquam potest sine voluntate mulieris, cujus dos facta est propria, quod ostenditur in *§.1. l.20. & l. quotiens, sol. matr. & l. cum à socero 7. C. de jur. dot.* In *§. ult. leg.20.* ostenditur, valere pactum, si convenerit, ne dos promissa à patre, vel à muliere petatur, & petenti marito obstare exceptionem pacti, videlicet, si petat à patre, vel à muliere: nam ab herede ejus petere potest, quia pactum illud in personam, non in rem esse censetur, quia pactum personale, non generale esse censetur, propterea quod id singularis adfectio soceri,vel uxoris extorsit.At ut subjicit, *si convenerit ,ne manente matrimonio, vivo patre, dos promissa petatur,* quæ conventio perquam evidenter est personalis tantum, mortuo patre, quia ab herede ejus dos peti, & exigi potest, si maritus eam non exegerit, cum scil. haberet spatium exigendi, aliquamdiu manente matrimonio post mortem patris, itemque si heres patris locuples fuerit, si luculenta patris hereditas fuerit: nam & hoc exigitur in *l. Mævia, sol. matr.* deinde heres patris lapsus sit facultatibus, & desierit esse solvendo: hanc negligentiam mulier marito imputabit, quod in tempore dotem ab herede non exegerit, quum solvendo erat, & repetet mulier dotem à marito, vel ab herede ejus soluto matrimonio. Solvitur autem matrimonium, ut idem Paulus hoc lib. scribit in *l.1.de divort.*jam enim explicata est *l.12.13.16.& 21. de pact. dotal.*

Ad L. I. de Divortiis, *Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum.*

Solvi, inquam, matrimonium divortio,solvi item captivitate,vel servitute alia contingente utrius eorum.Ubi eleganter separat captivitatem à servitute, ut & edictum, *ex quib.causis majores in integ. restit.* propter spem postliminii, quæ facit, ut captivi non omnino existimentur esse servi, id est, non sint deplorati servi. Reliquæ leges hujus libri sunt de divortiis. Ac primum *lex 191.de verb. signif.*

Ad L. CIXC. de Verb. sign. *Inter divortium, & repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest: non recte autem sponsa divortisse dicitur. Quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt, qui discedunt.*

Docet quid distet divortium à repudio, hoc nempe distare repudium à divortio, quo genus à specie, repudii nomen esse generale: repudiari tam sponsam, quam uxorem: repudiari tam sponsalia, quam nuptias: divortii autem nomen esse speciale, quia fieri dicitur tantum inter maritum, & uxorem, & ex eo appellatur, inquit, quod in diversas partes eant, qui discedunt, ut *l.2.de divort.*Denique uxor quidem divortisse dicitur, sed non etiam sponsa. Sequitur in *l. 3. de divort.* quod & repetitur in *l.48. de reg.juris.*

Ad L. III.de Divort. *Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit, Itaque quicquid calore iracundiæ, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.*

Divortium esse, quod fit animo perpetuæ dissensionis, nimirum, ut contra quoque matrimonium est, quod fit animo, & voto perpetuæ, & individuæ consuetudinis. eadem est contrariorum ratio, eademque finitio. Itaque ut ait: *quidquid fit, vel dicitur inter conjuges calore iracundiæ, non prius ratum est*, non prius habetur pro divortio, ut si iratus vir dixerit uxori, res tuas tibi habeto,reddito claves, facessas domo, si uxorem abegerit à janua, *non id prius pro divortio habetur, quam perseverantia apparuerit, judicium animi fuisse*, sed dicitur frivusculum, vel jurgium, frivolarium dissidium, & nonnunquam noxia ab auctoribus, unde *noise*, & *νεξομαχία*. Itaque etiam calore iracundiæ misso repudio, si brevi revertatur mulier, quæ misit repudium, non videtur divertisse, si brevi revertatur, sicut dici solet, *iram esse furorem brevem*. Themistius in oratione de amicitia ait, *τὴν ὀργὴν μανίαν ὀλιγοχρόνιον εἶναι*. Et fertur etiam hæc sententia Catonis Censorii. *Iratus à furente tempore solum differt.* Hic est finis libri 35.

JA-

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.I. de Fundo dot. *Fundus dotalis servo legatus, ad legem Juliam pertinet quasi dotalis.*

Ad §. Totiens *autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit, aut omnimodo competitura est.*

Ad L.III. eod.

LIBER XXXVI. Pauli ad edictum, ad quem nunc accedam, & ex quo dabimus *l.1. & 3. de fundo dotali, & l. 36. de donat. inter vir. & uxor.* est etiam de dotibus, ut superior, vel de donat. inter vir. & ux. Et initio quidem proponitur statim *l.1. & 3. de fund.dot.* caput legis Juliæ de adulteriis, quo prohibetur maritus fundum dotalem obligare, vel alienare, mulieri data potestate irritæ faciendæ alienationis, si quam is fecerit, vel pignerationis, *l.cum pater, §.qui dot. de leg.2.* Fundum, inæstimatum scilicet, qui & proprie dotalis dicitur, *l.un.§.in fundo, C. de rei uxor.act.* fundum enim, quem maritus æstimatum accepit in dotem, alienare, vel obligare suo jure potest, *l.12.§.pen.& ult. sit.prox.sup.l.6. C.de usufr.* quia pleno, & perpetuo jure quasi ex venditionis causa (æstimatio venditio est) fundi æstimati dominium marito acquiritur, adeo ut nec soluto matrimonio eum uxori restituere cogatur, sed æstimationem tantum, quæ facta ab initio conventaque est inter eum, & uxorem. Lex igitur Julia pertinet tantum ad fundum inæstimatum, vel etiam ad ædes inæstimatas. Nam ut lex 12. tabul. quæ jubet auctoritatem fundi esse biennium, valet etiam in ædib. ita & lex Julia de fundo dotali, licet in ea ædes non appellentur. Proinde rectius diceretur lex Julia de prædio dotali. Nam prædii appellatio, & fundum complectitur, & ædes. Et in hoc quoque tit. frequentius prædium appellatur, quam fundus. Denique in omni prædio rustico, vel urbano, in omni re immobili, quæ in dotem data est, lex Julia observatur, non etiam in re mobili, quæ in dotem data est: hanc maritus alienare, & pignerare potest: non item in servo dotali, nam & hunc maritus alienare, imo & manumittere potest, si solvendo sit, sit par quandoque reddendæ dotis, *l.servum, de manumiss.* Hæc sunt certissima. Sed si servo dotali fundus obvenerit jure legati, vel jure hereditario, relictusque ei sit fundus, contemplatione (hoc enim exigitur) & respectu mulieris, providentia mulieris, non contemplatione mariti, hic quoque fundus ad legem Juliam pertinet, quasi dotalis, nec à marito alienari potest. Et ita Paulus scribit in *l.3. de fundo dot.* hac ratione (sic enim illa lex interpretanda est) quia & fundus ille, quem acquisivit servus, dotalis est, qui ei relictus est respectu mulieris, soluto matrimonio reddendus est mulieri, repetique à muliere potest, repetereque eum mulier à marito potest actione de dote, quasi dotalem, *l.65. de jure dot.* Et ut præcidit, definitque lex 3. cujus fundi repetitio mulieri competit actione de dote, aut omnimodo competitura est, divortio soluto matrimonio, vel morte, aut captivitate, aut servitute mariti, is utique fundus ad leg. Jul. pertinet, nec alienari potest: alioquin, si dotem mulier soluto matrimonio non sit repetitura actione de dote, proculdubio alienari potest, quia nihil mulieris interest, cujus causa lex illa lata est: ut puta si mulier in matrimonio decesserit, & dos lucro mariti cessesit, *l.pen. hoc tit.* vel etiam si fundus dotalis sit *recepritius*, id est, si extraneus, qui eum pro muliere dedit in dotem, eum sibi receperit caveritque, eum sibi reddi quandoque soluto matrimonio: hic est unus casus, quo lex Julia de fundo dotali cessat: addamus alios duos ex lege prima, quæ est etiam ex eod. lib. Unus hic est, si alienatio fundi dotalis fuerit necessaria, fuerit coacta: nam lex Julia interdixit tantum alienationem voluntariam: & necessariæ qui-

A dem alienationis exemplum tale proponitur in l. prima, si cum ex pretio dotali vicinus periculum aliquod damnumve timeret, & ob id desideraret maritum sibi satisdase damni infecti, maritus satisdare non potuerit: neque enim est facile omnibus invenire fidejussores, & ideo si vicinus in possessionem prædii missus fuerit ex primo decreto prætoris, vel præsidis: ac deinde, qui est ordo juris, secundo decreto possidere jussus sit, quo decreto vicinus possessionis fundi dotalis dominus efficitur, & in hac l.1. hoc loco, *hic enim dominus vicinus fit*: Dominus, *id est*, possessor, ut in *l.si finita 15. §. Julianus, de dam. infect.* quod & ibi recte, hoc loco perperam Accursius interpretatur, missus in possessionem ex primo decreto non fit possessor. jussus possidere ex secundo fit possessor, proprietarius non fit, sed per possessionem, quam nanciscitur, & per usuca-

B pionem proprietatis acquirendæ occasio ei præbetur, ut *l.18. §. non solum, de damno inf.* hoc vero genere possessio fundi dotalis alienatur, atque etiam proprietas secuta usucapione, & valet alienatio, nec irrita fieri potest, quia voluntaria non est, id est, sponte mariti facta non est, sed necessaria est, utpote cum habeat originem juris necessariam, ut loquitur *lex alienationes, famil. ercisc.* originem juris necessariam, nempe decretum prætoris, vel præsidis, cui obtemperare necesse est. Alter vero casus, quo alienatio prædii dotalis non impeditur, hic est, si per universitatem *ἐν ὁμάδι*, & quasi aversione, ut loquimur, prædium dotale transeat ad alterum, veluti ad heredem mortuo marito, eo herede instituto testamento mariti: vel ad dominum, marito sua sponte redacto in servitutem, vel ad fiscum, ut in *l.2. hoc tit.* marito defuncto illo herede relicto, ad quem

C lege, vel testamento bona ejus redierint, quo exemplo Græci utuntur recte in *l.2.* denique bonis vacantibus, & ideo ex l.Julia caducaria redactis in fiscum, per se quidem prædium dotale alienari non potest, cum cæteris omnibus bonis mariti, cum universitate bonorum alienari potest, ut *l.quædam, de acquir. rer. dom.* Per universitatem, inquam, alienare potest, cum sua causa tamen, ut ostenditur in hac l.1.videl. ut eodem jure sit prædium dotale apud heredem, vel dominum mariti, vel fiscum successorem in mariti bonis, quo apud maritum fuerit, puta ut alienari non possit ab herede, vel domino, vel fisco, & à marito quidem ad heredem cæterosque successores mariti prædium dotale transit, secundum quod possibile est. Hæc sunt verba Pauli in hac l.1. *Secundum quod possibile est*: nec enim transit pleno jure, aut perpetuo jure, sed transit, ut transire potest. De-

D nique non transit ad heredem, ut apud eum permaneat, sed ut mox mulieri restituatur, retentionibus, sive deductionibus factis ex dote ob res donatas forte, & amotas, & impensas: Nam & iis retentionibus uti heres mariti potest, *l.rei judicatæ, §.1. sol.matr.* Male autem hoc loco Accursius ait, etiam ad legatarium prædium dotale transferri posse testamento mariti: nam lex de herede loquitur tantum, & de prædio dotali in alium transferendo per universitatem: at legatarius non est successor universitatis, non est successor universi juris, ut heres, vel dominus. Et vero etiam constat ex *l.13.§.ult.hoc tit.* legatum prædii dotalis non valere, nisi uxore herede instituta, & bonis mariti æquantibus dotem. Nec quidquam ab Accursio facit *lex 8. §.3. ff.de alie. jud. mut.* quam in testimonium vocat: quoniam non est de lege Julia, de qua agimus, sed de edicto de alienatione ju-

E dicii mutandi causa facta. In l. Julia *alienationis* verbum latius patet, quam in illo edicto: nam in lege Julia complectitur etiam legatum, aut fideicommissum, non etiam in illo edicto. Sequitur *l.36. de donat.inter vir. & uxor.*

Ad L. XXXVI. de Donat. inter vir. & uxor. *Si donatæ res exstant, etiam vindicari poterunt. Sed quia causam possidendi donatio præstitit: nisi reddatur res, æstimatio facienda est justo pretio, caverique possidenti debebit de evictione simpli, quanti ea res sit, idque etiam Pædio videtur.*

Ad §. Sponsus *alienum annulum sponsæ muneri misit, & post nuptias pro eo suum dedit. Quidam, & Nerva putant, fieri eum mulieris, quia tunc factam donationem confirmare videtur, non novam inchoare: Quam sententiam veram esse accepi.*

Cer-

CErtum est post nuptias contractas donationem inter virum, & uxorem moribus populi Rom. qui mos & à nobis receptus est, improbatam esse, usque adeo, ut res donatæ ab eo, eave, cui donatæ sunt, sevocari possint, si donatorem pœniteat: & revocantur condictione sine causa, vel ex injusta causa, si consumptæ sint, si extinctæ sint, vel si exstent, directa vindicatiune, quia in dominio donatoris permanserunt, nec donatario acquisitæ fuerunt, *l.5. §.ult. & l.6. & l.55.hoc tit.* Ex hac igitur causa dominium rerum donatarum non mutatur, & consequenter nec possessio civilis, quæ possidetur semper animo domini, cogitatione domini, *l.si eum, qui, h. tit.* Possessio tamen naturalis mutatur, & à donatore, sive marito, sive uxore transfertur in donatarium, *l.1.§.dejicitur, unde vi, & l.1. §.si vir, de acquir.possess.* nec vero jus civile, quo prohibetur donatio inter virum, & uxorem efficere potest, ut possessio utilis sive naturalis, quæ facti est potius, quam juris, volente donatore non transferatur in donatarium. Itemque non potest efficere, ut donatarius non censeatur esse bonæ fidei possessor, qui volente domino possidet, volente domino, & deferente possessionem. Et hujus rei, id est, translatæ naturalis possessionis effectus ii sunt, primum, ut donatarius, cui conjunx prædium donavit, fructus manu satos suos faciat, vel cui conjunx servum donavit, ut quidquid is servus acquirit, ei acquirat, *l.fruct.45.de usur.l.17.h.t.* Denique quod initio hujus legis ostenditur, si donator pœnitentia actus res donatas, quæ exstant, vindicet, ut donatario invito eas ipsas res extorquere non possit, sed liberetur donatarius præstando earum rerum justum pretium, retinendo res, *quia*, inquit (est ratio elegantissima) *causam possidendi uxori donatio præstitit*: ergo voluntas mariti, qui donavit uxori: nec ea igitur res uxori temere avelli potest: sed si rem donatam reddere nolit, æstimatio, ut ait, facienda est justo pretio, non quanti actor, id est, maritus in litem juraverit, id est, non quanti juratus eam rem æstimaverit. Denique æstimatio ejus rei facienda est suo pretio, non pretio, quod juratus actor indicaverit. Et hæc quidem æstimatio, si præstita sit actori, emptioni venditioni similis est, *l.litis æstimatio, pro empt. l.si propter, rerum amot.* Et ideo cavere actor possidenti debet, cavere maritus uxori debet de evictione, non dupli quidem, ut ait, sed simpli tantum, quantum revera ea res est. Quæ omnia in hac specie singularia sunt: Namque alias regulariter possessor, qui rem non restituit actori, tanti damnatur, quanti actor in litem juraverit, nec satis est, si offerat justum pretium, *l.qui restituere, de rei vindic.* Ac præterea actor nihil ei cavere debet de evictione, *l.35. §.pen. eod.tit.* Et in hac specie ejus juris singularis sive specialis, nimirum, ut res uxori à marito donata æstimetur justo pretio, non quanti maritus juraverit in litem, & ut maritus accepto justo pretio caveat uxori, quasi emptrici de evictione, hæc est, quam retuli ante, quia causam possidendi donatio, & propensa voluntas mariti præstitit uxori. Ideoque satis abundeque esse debet marito, si ei solvatur justum pretium, si modo, & ipse uxori caveat de evictione in simplum, non in duplum, ut fieri in aliis emptionibus solet: ne scilicet tam aspere, tam acerbe hæc res transigatur inter maritos, inter virum, & uxorem. Altera pars hujus legis est facillima, *si sponsus alienum annulum, &c.* Inter sponsos donatio valet omnimodo: hoc est certissimum, *l.27. hoc tit.* inter maritos non valet. Nunc finge: sponsus sponsæ annulum, qui alienus erat, non suus, muneri misit, eoque illam forte subarravit, ut loquuntur. Adhelmus de laudibus virginitatis: *Annulo*, inquit, *subarratam sortitur virginem.* Et Julius quoque Solinus de Thracum uxoribus, *quæ*, inquit, *præ cæteris specie valent, subarrari volunt.* Et ita in emptione venditione arræ nomine annulus dari solebat, *l.ex empto, §.ego illud, de act.emp. l.5. si ei, quem, de instit.act.* In sponsalibus quoque ex utraque parte deponi annuli solent, *l.17.§.ult.de præsc.verb.* Plinius 33. cap.1. illo loco, *ad sponsiones annulo exsiliente.* Et Juvenalis 6.

Et digito pignus fortasse dedisti.

Demosthenes quoque πρὸς Πανταίνετον proponit sponsionem ita factam, ὅτε, τὸν δακτύλιον λάβε. Planudes in Æsopo: ᾗ καταφρονῶ τοὺς δακτυλίους τὰς συνθήκας ἐξεδίδοσαν. Et ita ut dixi in hoc §. proponitur, sponsum sponsæ annulum muneri misisse, sed alienum, non suum, & post nuptias contractas, ut factum corrigeret, pro annulo alieno, suum dedisse, pro annulo alieno, quem donaverat ante nuptias, suum dedisse, an donatio valet, quasi facta inter maritos, nimirum post nuptias contractas? imo valet, ut eleganter ait Paulus: quia eo modo facta donatio ante nuptias confirmari videtur, non nova inchoari, id est, non nunc videtur annulum donare uxori, sed donasse olim ante nuptias: & ideo maluit dicere eum pro alieno annulo, quem in sponsalibus donaverat, suum dedisse, dedisse, non donasse. Et hoc quoque belle confirmari potest ex *l.5. in prin. h. t.* Restat ut exponamus *l.23. & 25. solut. matr. quemadm. dos pet.*

Ad L.XXIII. Sol.matrim. *Et si quid in eam dotem impensum est, nec à muliere reddetur, per doli mali exceptionem servabitur.*

LEx 23. pendet ex proxime superioris §.ultimo, in quo quod scriptum est. idem hoc quoque libro Paulum scripsisse reor. Si mulier libera per errorem nupserit servo homini, & dotis nomine ei dederit aliquid, certum est, neque nuptias, aut matrimonium, neque dotem esse: cognito tamen errore, & peracta forte de statu illius hominis liberali causa, privilegium exactionis, quod justa uxor habet in actione de dote, quam repetit soluto matrimonio, nempe ut præferatur omnibus aliis creditoribus mariti, etiam anterioribus, idem privilegium, aut quasi privilegium, ut loquitur *d.§.ult.* & hæc mulier habebit in actione de peculio quasi de dote, quam contra dominum ejus servi habet, ut ille *§.ult.* indicat satis aperte, *& l.3. C. eod.tit.* id est, præferetur cæteris omnibus creditoribus peculiariis in exigendo eo, quod vice dotis servo dedit, quem existimabat sibi esse justum maritum: præferetur, inquam, cæteris omnibus creditoribus peculiariis, non tamen domino, si quid is servus domino debeat, quandoquidem dominus ante omnes alios quoscunque creditores etiam privilegiarios deducit ex peculio semper, quod sibi debetur: privilegium deductionis, quod dominus habet, quo cum agitur de peculio, superat & supereminet omnia alia privilegia, *l. ex facto 52. de pecul.* quia & id jam ante de peculio dominus detraxisse intelligitur. Et hoc tamen ita procedit, ut si exstent res, quas veluti in dotem dedit, vel si exstent res, quæ ex ea pecunia, quæ dotalis videbatur, comparatæ sunt, quæ etiam quasi dotales esse videntur, *l.54. de jur. dot.* mulieri reddantur, ut eæ res, quæ exstant omnimodo atque confestim, nulla domini, vel aliorum habita ratione, quæ est sententia *§.ult.* Optima ratione, quia & eæ res, quas dedit, vel res, quæ ex pecunia quasi dotali comparatæ sunt, in dominio mulieris permansisse videntur, nec unquam fuisse in peculio, *l.3.de pecul.* Sunt ergo extra rationem peculii: Et iis consequenter, atque similiter, nunc additur in *l.23.* retentiones, quæ fiunt ex dote, contractis justis nuptiis, ac postea dissolutis, quæ fiunt scilicet in judicio rei uxoriæ, sive de dote ob impensas, quas maritus fecit in res dotales, easdem retentiones, & in specie proposita posse dominum inducere, & servare impensas, quas fecit servus in res, quæ dotales videbantur. Dominus, inquam, si quasi de dote conveniatur actione de peculio, conventus quasi de dote, de peculio, peculio tenus, quas impensas in res quasi dotales servus fecit, putatitius maritus eas servabit, ut ait, per exceptionem doli mali, indistincte, sive necessariæ fuerint impensæ, sive utiles, ut *l.42. §.1. h.t.* per exceptionem doli mali, inquit, quæ scilicet opponitur, vel quæ inest bonæ fidei judiciis etiam non opposita, & suppletur officio judicis. Ergo & quæ inest judicio dotis, *l.25. sup.* & non tantum judicio dotis, sed & judicio quasi dotis, ut in hac specie de peculio: nam utrumque judicium ejusdem juris, & potestatis est, sicut actio directa, & utilis dicitur ejusdem juris esse, & potestatis, & eundem effectum habere, *l.actio 47. de negot.gest.* sicut judicium tutelæ, & protutelæ ejusdem potestatis est: utrumque bonæ fidei, quod indicat satis aperte *l.1. §.in protutelæ, & l. pen. de eo, qui pro tut. vel cur. neg. pup. &c.* Sicut item privilegium etiam in hac

spe-

specie, & quasi privilegium, utrumque idem potest, idemque efficit. A Denique eadem est ratio dotis, & quasi dotis, & utriusque judicium idem, nempe utrumque bonæ fidei, adeo ut insit utrique exceptio doli mali, nec eam opponi, vel in judicium deduci, aut allegari necesse sit. Et sic etiam proculdubio in *l.hered. 50. de petit. heredit.* doli exceptione, id est, doli exceptione, quæ tacite inest petitioni hereditatis, in qua nominatim dicitur in *l.plane 38. eod.tit.* non desiderari exceptionem doli mali, quod semper suppleatur officio judicis, & judicii ipsius, quod est bonæ fidei potestate, quia nihil est bonæ fidei contrarium magis, quam dolus malus: ergo ubi quid dicitur fieri per exceptionem doli mali, ne existimes semper id fieri per exceptionem, quam opponat adversarius, sed id fieri per exceptionem tacitam, quæ judicio inest: nec igitur opponenda est exceptio, nisi nominatim dicatur opposita, vel posita exceptione doli mali. B Et hæc sufficiunt ad *l. 20.* Transeamus ad *l.25.* cujus initium est satis difficile.

Ad L.XXV. eod. *Si filiofamilias dos data sit injussu patris: de peculio quidem agetur. Sed sive propter impensas à filiofamilias factas, sive propter res donatas à filio, vel amotas ab uxore res peculiares: hoc ipso quod habet actionem pater ex persona filii, majus peculium fit. Et sic totum est præstandum mulieri, quod est in peculio. Quia adhuc fit, quod uxori debeat.*

Ad §. Maritum, *in reddenda dote de dolo malo, & culpa cavere oportet. Quod si dolo malo fecerit, quo minus restituere possit: damnandum eum, quanti mulier in litem juraverit: quia invitis nobis, res nostras alius retinere non debeat.*

Ad §. Si post *divortium res dotales deteriores factæ sint, & vir in reddenda dote moram fecerit: Omnimodo detrimentum* C *ipse præstabit.*

Ad §. Si qui dotalium *servorum in fuga erunt: cavere debebit maritus, se eos viri boni arbitratu persecuturum, & restituturum.*

Ad §. Si vir *in quinquennium locaverit fundum, & post primum forte annum, divortium intervenerit, Sabinus ait, non fundum alias mulieri reddi oportere, quam si caverit, si quid præter unius anni locationem maritus damnatus sit, id se præstatum iri: sed & mulieri cavendum, quicquid præter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restituturum.*

SI filiusfam. qui ut oportet, jussu patris uxorem duxit, dotem acceperit injussu patris, recte acceperit, quia non ut in contrahendo matrimonio, ita & in dote accipienda, sicut & in contrahendo quolibet alio negotio, præterquam D in adeunda hereditate, non inquam, requiritur jussum patris. Non poterit autem in hoc casu, quum filiofamil. dos data est injussu patris, soluto matrimonio cum patre mulier in solidum agere actione de dote, perinde atque si jussu ejus filiusfam. dotem accepisset: si jussu ejus, ageret in solidum: sed quia injussu ejus filiusfam. dotem accepit, actione de dote pater tenetur de peculio duntaxat, quia videtur ad eum dos pervenisse, penes quem peculium fuit, *l.22.§.pen.& l.53.hoc tit. l.si filio nupta, §.1. fam. ercisc.* Pater tenetur de peculio duntaxat: addendum, teneri etiam eum, si quid dolo ejus capta fraudataque sit mulier, *l.5. in princip.l.36. de pecul. l.1. §.filiumfamil. depos.* Et ideo, si res dotales pater penes se habeat, ita ut restituere eas mulieri possit, nec velit restituere, quia dolo malo fecit, hoc casu tenetur in solidum, quanti ea res est, quantique mulier in E litem juraverit: alioquin tenetur de peculio duntaxat. Et qui præcipuus est locus ejus legis, in peculio computabitur etiam id, quod mulier debet patri, quondam socero suo ob impensas, quas filiusfam. in dotem fecit, vel ob res mulieri donatas à filiofamil. vel ob res amotas ex peculio filiifamil. nam in peculio sunt non tantum corpora, sed etiam nomina debitorum, *l.7. §. in peculio, de pecul.* ergo & nomen mulieris, quæ agit de peculio. Denique agendo de peculio, & de nomine suo agit, quod scilicet ipsa debet patri ex persona filii, qui patri quæsivit obligationem ob impensas, vel ob res donatas, & amotas. Unde (exemplo enim opus est) si in dote sint mille, & in peculio computatis iis, quæ mulier debet ob supradictas causas, sint sexcenta, integra sexcenta pater mulieri præstabit, *quia*, inquit, *ut scil.* sic est interpretandum illud *quia*, *ut scil.* posita est species, utque verbis legis convenienter ponenda est, adhuc præstitis sexcentis mulieri satisfactum non est, cum ex dote supersint 400. quæ ei debentur. Ac plane tunc totum, quod est in peculio præstandum est ei, qui agit de peculio, quum plus ei debetur, quam sit in peculio, vel quod addere licet, quum tantum ei debetur, quantum est in peculio. Sic vero fit, ut plus consequatur mulier actione de peculio, quam consequeretur, si id, quod ipsa debet patri ex persona filii, non computaretur in peculio. Fac eam debere 300. ac præterea in peculio esse 300. non computato suo nomine, non consequeretur nisi 300. Imo nihil omnino consequeretur, quatenus licet patri cum illis 300. quæ sunt in peculio compensare alia 300. quæ mulier ei debet ex persona filii. Sed nec hujus, nec cujusquam alterius compensationis, quam objiciat, vel pater, vel mulier, quod tamen miror somniasse Doctores, ulla hoc loco mentio fit. Et pessime glossa, *præstandum*, interpretatur *compensandum*, quam & alii sequuntur. Sic nostri auctores abuti verba non solent. Præstatur enim revera totum id, quod est in peculio, quum mulieri plus debetur dotis nomine, quam sit in peculio: vel quod, ut dixi, addere licet: quum tantum ei debetur, quantum est in peculio, ergo & id, quod mulier debuit, præstatur perinde atque si id pater ab ea exegisset. Quod & hic Cyrillus notat Græcus interpres: extat liber editus 28. Basil. nimirum notat, id quod mulier debuit, si pater prior exegerit, rursus conventum actione de peculio, ei reddere debere, quod & id ipsum sit in peculio. Aut igitur, ut concludamus, totum, quod est in peculio pater mulieri præstat, in hac specie, aut quod in æquo est, id mulier patri acceptum fert.

AD §. *Maritum.* Sequitur in hoc §. *maritum*, in rebus dotalibus, non tantum dolum, sed etiam culpam, levem scil. præstare: non tantum dolum, sed etiam negligentiam, aut incuriam, *l.18. §.1. sup. & l.pen. in princ. inf.* ubi affert elegans exemplum ex veteri memoria, de Licinia uxore Gracchi, cujus res dotales perierant in seditione, qua Gracchus occisus est, quas res Publius Murius censuit heredes Gracchi Liciniæ præstare oportere, quod culpa Gracchi ea seditio commota fuisset. Et hac quidem ratione, ut Paulus ait hoc loco, in dote reddenda, in rebus dotalibus reddendis maritus cavere mulieri debet de dolo malo, & culpa, videlicet se nihil in ea re dolo malo, vel culpa fecisse, quo minor, aut deterior ea res esset. Hoc est apertissimum. Quod si maritus, cum haberet facultatem restituendarum rerum dotalium, eas restituere noluit, conventus actione de dote, quæ contumacia plane dolus est, & malitia mala, *l.36. in fine, de pec.* vel quod in æquo est, si dolo malo fecit maritus, quo minus eas res restituere possit, si dolo malo eas res desierit possidere, quoniam pro possessore habetur, æstimatio earum rerum facienda est, & præstanda non justo pretio, ut in *l.36. de donat. inter vir. & uxor.* quam exposuimus supra, sed quanti mulier sine ulla taxatione in immensum juraverit, ut fit in rei vindicatione, *l.qui restituere, de rei vindicat.* & in plerisque aliis judiciis. Et addit Paulus elegantissimam rationem, *quia*, inquit, *invitis nobis res nostras alius retinere non debeat.* Impune scilicet, quæ ratio sic aliter effertur in *l.9. rer. amot.* quia non est æquum, invitum res suas vendere alio pretio, etiamsi id verum justumque sit pretium, quam quod ipse fecerit, & indicaverit pro animi sui affectione, saltem juratus. Et in *l.nec quasi, de rei vindic.* non esse æquum, ut sit in potestate cujusquam possessoris rei alienæ, veluti per rapinam invito domino, rem injusto pretio comparare, non pretio, quod dominus ipse fecerit, & posuerit. Et ita æquissimum est plecti dolum ejus, qui rem alienam non restituit, quum restituendi facultatem habet, vel dolo malo desiit habere: æquum, inquam, est, ut dolus ejus plectatur jurejurando in litem, id est, re æstimata jurejurando domini, jurejurando actoris, etiamsi æstimetur in immensum: culpa non ita plectitur, quoties culpa desiit rem possidere, judex enim rem æstimat justo pretio, *l.in act. de in lit. jur.* Sed quum dolo malo desiit rem possidere,

domi-

dominus ipse rem æstimat suo arbitratu, juratus tamen.

AD *§. Si divortium.* Ad hæc subjicit Paulus, etiam maritum, qui nihil dolo malo, aut culpa fecit, vel admisit in rebus dotalibus, quo res dotales deteriores fierent, si soluto matrimonio interpellatus congruo loco, & tempore moram fecerit in rebus dotalibus mulieri restituendis, præstare eum omne periculum, si post moram res dotales perierint, aut deteriores factæ fuerint. *§. si post divortium.* Quod servatur similiter in judiciis omnibus, ut rei peremptæ post moram periculum respiciat reum, *l. si ex legati caus. de verb. obl. l. cum res, §. ult. de leg. 1. l. venditor, de her. vend. l. 16. §. ult. & 20. & 23. de constit. pec.* & in multis aliis locis.

AD *§. Si qui.* Subiicit, etiam si servi dotales sine culpa, viri scilicet fugerint soluto matrimonio, cavere maritum uxori debere de eis persequendis, perquirendis: suis, ut opinor, sumptibus, quoniam ibi dotem reddere debet, ubi accepit: de eis, inquam, persequendis viri boni arbitratu, perquisitione adhibita rationabili, deque iis, ubi reperti fuerint, mulieri restituendis, aut æstimatione eorum, ut in *l. cum servus, & l. servo, §. ult. de leg. 1. l. 14. §. quatenus, de eo, quod met. caus. l. redhibere, §. ult. de ædil. ed.* Frequens est hæc cautio. Hac vero cautione tantum oneratur maritus, quia non præstat casum fortuitum, & fuga servorum, qui scilic. custodiri non solent, casibus fortuitis adnumeratur, *l. in reb. commod. l. contractus, de reg. juris.* Restat adhuc explicandus §. ult.

AD *§. ult.* In quo proponitur vir fundum dotalem locasse in quinquennium: locare potest, non alienare: locatio non est alienatio, *l. non solet, loc.* locare, inquam, potest, vel eo maxime, quod fructus dotis ad eum pertinent pro oneribus matrimonii, & fructus est locare licere. Proponitur ergo vir fundum dotalem locasse in quinquennium, sicut olim plerunque locationes omnes fiebant in quinquennium, per singula lustra, ut constat ex *l. 4. §. pen. de reb. cred. & l. qui per collusionem, de act. emp.* & multis aliis locis in *tit. loc.* Proponitur item post primum annum locationis divortio solutum esse matrimonium, & ostenditur mulieri reddito fundo dotali, posse eam colonum sive conductorem expellere, nec locationi à marito factæ stare compelli, cum ipsa nihil cum colono contraxerit, gesseritve. Verum mulieri agenti de repetitione dotis, non aliter fundum à marito, si rerum suarum sit attentus & diligens, reddi oportere, quam si mulier ei caverit, se passuram colonum frui conductione, ut in *l. 1. §. ult. de dote præleg.* se passuram colonum frui, perfrui conductione annis quatuor sequentibus; aut si secus fecerit; si colonum ejecerit, quanti præter primi anni locationem ob eam rem maritus colono damnatus fuerit, tantum marito à se præstatum iri, vel ut loquitur *lex 55. hoc tit.* periculum omne marito amotum iri, indemnem damno omni maritum servatum iri: quoniam si forte colonum mulier expulerit, & prohibuerit frui conductione fundi, colonus adversus maritum actione ex conducto experiri potest, eumque damnare, quanti sua interest conductione perfrui: Et vice versa, si mulier patiatur colonum conductione perfrui, maritus revocare ei debet pensiones sequentium annorum, quas ipse perceperit, quoniam ipsi competit actio ex locato pensionum nomine, non mulieri, quæ nihil cum colono contraxit, eas, inquam, pensiones se mulieri restituturum, quoniam æquum est, ut pensiones ferat mulier, quæ patitur colonum conductione perfrui. Et hoc genere locatorem servat indemnem: Et hæc est sententia hujus §. Puto autem idem eodem modo esse servandum in emptore, qui fundum emerit ab eo, qui eundem fundum ante alii ad certum tempus locaverat: nam emptori etiam colonum expellere licet, nisi ea lege, & pactione emerit, ut servaret locationem à venditore factam, *l. si merces, §. 1. loc. l. 9. C. eod. tit. l. arbores, §. 1. sup. de usuf.* quæ pactio semper intervenisse fingitur favore fisci, videlicet fisco vendente fundum alii locatum, *l. ult. de jure fisc.* Itemque nisi conductori fundus, vel ædes locationis nomine specialiter, aut generaliter obligatæ sint, quia tunc conductor habet jus in re, id est, hypothecam, nec expelli ab emptore potest ante conductionis tempus, ut recte Bartolus sentit in *d. l. 9.* Et hoc jure utimur, alioquin emptor colonum, aut inquilinum expellere potest, nec præstare tenetur, ut fruatur colonia, vel habitatione, sed quia expulsus conductor regressum habet adversus locatorem, qui fundum locatum intra tempus conductionis vendidit, id est, quia in eum habet actionem ex conducto in id, quod interest, merito audietur venditor si intendat, non alias se prædium venditum agenti ex empto emptori tradere oportere, quam si emptor sibi caverit de indemnitate, puta quod ab emptore expulso conductore, & prohibito frui, locator, idemque venditor conductori præstiterit, id emptorem venditori præstaturum: eandemque rationem servari æquum est, si fundus alii jam ante locatus, vel ejusdem fundi ususfr. postea à locatore alii testamento legetur, testamento relinquatur, per legatum, aut fideicommissum: Nam etsi colonum expellere legatarius possit suo jure, cum id specialiter exceptum non est, ne colonum expelleret, *d. l. arbores, §. 1. qui fundum, loc. cond.* tamen quia expulsus à legatario colonus cum herede locatoris habet ex conducto actionem, quod ei frui non liceat, non aliter cogitur heres legatario fundum præstare, quam ei cautum sit de indemnitate præstanda, aut de locatione servanda, quoad exierit locationis tempus, quo genere extorquet pactionem à legatario, ut vel paciscatur se locationem servaturum, vel indemnem damno heredem præstiturum. Eadem quoque ratio, & æquitas exemplo emptionis servabitur, si dominus, qui fundum locavit, postea eundem fundum, vel ejusdem fundi usumfr. alii stipulanti promiserit, quia & hoc casu stipulator colonum repellere potest, si id non fuerit specialiter exceptum, *d. l. arbores, §. 1.* Verum non aliter promissor compellitur fundum, vel fundi usumfr. stipulatori tradere, vel cedere, quam si ei, ut supra, cautum fuerit de indemnitate. In his omnibus casibus eadem ratio, & æquitas valet. Aliud tamen dicendum est, si qui habet usumfr. fundi, usumfr. alii locaverit, & moriatur intra tempora locationis: nam proprietarius, ad quem ususfr. redit, colonum expellere potest, nec necesse habet heredi fructuarii cavere de indemnitate, quia finito ususfr. morte fructuarii, heres ejus, in quem ususfr. non transit, non tenetur conductori, ut frui præstet, *l. 9. §. 1. loc. cond.* quia defunctus jus tantum, quod habuit, locavit, quod sui natura cum anima ejus interiit: proprietatem fundi non locavit, sed usumfr. Locationem proprietatis heres locatoris servare debet omnimodo, *l. qui fundum, loc. cond.* non locationem ususfr. non item locationem fundi dotalis morte mariti soluto matrimonio. Hanc quoque locationem heres mariti servare non debet. Et recte Dorotheus, sive qui scripsit τὸ πλάτος βασιλικῶν, *in l. 65. de jur. dot.* maritum ait, in rebus dotalibus esse instar usufructuarii, quod & hoc loco obiter Fulgosius scripsit, eaque ratione servum dotalem marito acquirere ex duabus tantum causis, ex re mariti, & ex suis operis. At si servus dotalis heres instituatur, vel quid ei legetur, aut donetur, non aliter id marito acquirit, quam si contemplatione mariti relictum, vel donatum sit, non etiam si contemplatione mulieris, vel ipsius servi exemplo fructuarii. Quod ostenditur in *l. 21. & 22. de usufr. l. aditio, de acq. hered. & d. l. 65.* Eodem exemplo dicimus: morte mariti soluto matrimonio, heredem ejus non teneri ei, qui à marito fundum dotalem conduxit, non teneri ut præstet frui licere, quia maritus locavit quasi maritus, non quasi dominus. Qua de causa, & de matrimonio soluto divortio agitur in hoc §. ult. non de matrimonio soluto morte mariti: Nam etsi divortio facto æque fundus desinat esse dotalis, atque morte mariti: tamen divortio facto maritus vivit, qui cum conductore miscuit contractum locationis, quique non debuit sine cautione fundum mulieri restituere. Sic igitur concludamus: locatio transit in heredem locatoris, sicut conductio in heredem conductoris, *§. ult. Instit. de loc.* videlicet si dominus quis, aut tanquam dominus fundum, vel ædes locaverit: non si locaverit quasi usufructuarius, vel quasi maritus, qui usufructuario comparatur: Nam qui ita locaverit, lo-

catio-

cationem non transfert in heredem suum, id est, heres A ejus non succedit in obligationem locati conducti: quod valde notandum est. Ad hæc quod quærunt Doctores hoc loco, an locationem à tutore factam, finita tutela intra tempus locationis, pupillus servare teneatur? facile expediri potest, quia ipse pupillus locasse videtur, cujus locum tenuit tutor, *l.27.de admin.tut. l.ad ea, de reg.juris*. Et pupilli maxime interest servari tutoris administrationem, *l.12.§.1. de administ.tut.* alioquin nemo cum tutoribus pupillorum contrahere vellet. At emptor, & mulier, & legatarius, & proprietarius, de quibus ante dictum est, qui conductorem expellere possunt, neque locationem fecerunt, neque fecisse videntur, aut videri possunt. Et eorum plerumque interest non servari locationem à venditore, vel marito, vel testatore, vel usufructuario factam. Itaque harum personarum causa maxime distat à tutoris, & pupilli causa. Et hæc B sufficiunt ad hunc §. Restat ex hoc libro *l.4.& 10.tit.seq.de impens.in res dot.fact.*

Ad L.IV.de Impens. in res dot. *Et in totum id videtur necessariis impensis contineri: quod si à marito omissum sit, judex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit, eas impensas fieri. Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est: non factarum ita, si ob id res male gesta est. Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur. Si non fecerit, deusta ea, nihil præstabit.*

Quia impensæ necessario in dotem factæ à marito ipso jure dotem minuunt, ut vulgo jactari passim dicunt auctores nostri, & soluto matrimonio mulieri, quæ de C dotis repetitione agit, reputantur: ideo Paul.in *l.4.hujus tit.* generaliter definit, necessarias impensas esse, quas si non fecerit, si omiserit maritus, culpæ nomine mulieri damnatur, quanti mulieris interfuit eas impensas fieri, ut si ruinosas ædes dotales non refecerit, vel non fulserit, quæ ob id factæ sint deteriores: nam & culpam maritus præstat in rebus dotalibus, *l.25.§.1. tit.prox.sup.* & culpæ nomine damnatur à judice, vel arbitro rei uxoriæ. Verum exigimus, ut ob non factas impensas necessarias, res uxoria, sive dos minor, aut deterior, aut nulla facta fuerit, ut eo nomine uxori maritus condemnetur, alioquin non condemnatur: exempli gratia, si ruentem domum non fulserit, & ob id domus collapsa sit, tanti damnatur, quanti interfuit mulieris domum fulciri: sed si domus casu majore deusta fuerit, non damnatur, quia non negligentia mariti, non culpa mariti id con- D tigit, sed vi majore, ita divina, vi divina, ut vocant. Denique, ut eleganter Paulus ait in hac l.4. *Non factarum impensarum necessariarum ratio habetur, reposciturque à marito, sed ita demum, si ob id res male gesta sit.* Et alia est causa factarum impensarum necessariarum à marito in res dotales, ut si ruentem domum dotalem fulserit, si servum dotalem ægrum curaverit: has enim impensas maritus reputat uxori, etiamsi res male gesta sit, id est, etiamsi eventus harum impensarum male successerit, ut si postea domus deusta fuerit, vel si servus post longam curationem nihilominus obierit: sicut fit, & observatur etiam in judicio negotiorum gestorum, *l.sed an ultro, §.1. & l.sive hereditaris. de neg.gest.* & in judicio de in rem verso, *l.4. §.unde recte, de in rem verso.* Et hæc de impensis necessariis. Utiles autem impensæ sunt, quibus omissis deterior dos non fit; E factis autem fructuosior fit, & melior. Et hæ quidem impensæ non minuunt dotem ipso jure, sicut necessariæ, exactionem tamen, & deductionem pariunt, *l.7. & l.8. hoc tit.* Et in hisce impensis utilibus Paulus l.10.ostendit.

Ad L.X.eod. *Quod si hæret, in quibus impensæ factæ sunt, promercales fuerint, tales impensæ non voluptuariæ, sed utiles sunt.*

Aliquando connumerari impensas, quæ alias voluptariis impensis adscribi solent, quæ nulla re urgente, id est, nulla necessitate, nullo lucro urgente, sed voluptatis tantum, aut amœnitatis causa fiunt: ut si quædam sint vasa

A dotalia, quæ maritus stagnaverit, incrustaverit, quod dicimus, *vernir ou estamer*, vel quæ picturis, aut cælaturis ornaverit, videntur esse voluptariæ impensæ, & plerumque tales esse existimantur: sed si ea vasa in promercio fuerint, si promercalia, id est, *πρατέρια* fuerint, hæc erogatio utilibus impensis non voluptariis adscribitur, quia sic ornata vasa facilius, & carius veneunt: exigi igitur, & deduci possunt apud arbitrum rei uxoriæ: voluptariæ impensæ non parerent exactionem. Et hinc valde notandum est, res mobiles in dotem datas, sive æstimatas, sive inæstimatas, nihil refert, vendi posse, & quanti venierint id in dote esse, & soluto matrimonio reddendum esse mulieri.

B

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XXVI. Solut.matr. *Semel mora facta, si servum dotalem postea, offerente marito, mulier accipere noluerit, & ita is decesserit, non debebit pretium ejus maritus, vel heres ejus, ne damnum sentiat, quod postea, offerente eo, mulier accipere noluit.*

Ad L.XXII. de Usur.

C Liber XXXVII. Pauli ad edictum pertinet etiam totus ad causam dotium, & est præcipue, atque insigniter de mora, quæ fit in dote reddenda, vel recipienda, & de rebus amotis ab uxore divortii causa, & de retentione, quæ fit ex dote ob res amotas, vel ob mores mulieris graviores, aut ob leviores. Ac primum dicendum est de mora, quam vel maritus facit in dote reddenda, vel uxor in dote recipienda, de qua re est *l.26. solut.matr.* à qua incipiam, cui coaptabuntur *l.22. & 24. de usuris, & l.49. de verb.oblig.* quæ omnes sunt ex hoc libro. In quo occasione hujus quæstionis de mora, quæ fit in dote danda, vel recipienda, latius Paulus tractavit de mora. Et quæ habentur omnia in supradictis legibus, ad hanc quoque moram, quæ fit in dote reddenda, vel recipienda aptari possunt. Primum vero proponitur in *l.26. solut.matr.* maritum semel fecisse moram in reddendo servo dotali suf- D ficere, ut *l.Titia Sejo, §.usuras, de leg.2.* moram, inquit, semel intervenisse satis est, puta semel interpellatum debitorem non paruisse, non cavisse, non solvisse: nec plures interpellationes desiderantur, ut debitor moram fecisse videatur. Sufficit una interpellatio, quæ fiat congruo loco, & tempore, & quæ fiat testato, id est, adhibitis testibus, & quæ postea non remittatur. Quod adeo verum est, ut etsi mortuus sit is, qui semel fecit moram, in personam heredis ejus, interpellationem repeti necesse non sit, *l.27.de usur.* & sicubi in jure proponitur sæpius, interpellatum debitorem, ut in *l.qui Romæ, §.coheredes, de verb.oblig.* non ideo sequitur semel factam interpellationem, moramve non sufficere. Ponitur enim sæpius interpellatum debitorem, non quod interpellari eum sæpius necesse sit, sed quod ita id evenerit in ea specie, instantia quidem post interpellationem ut perseveret E necesse est, *l.mora, de usuris.* Non etiam, ut iterum cogantur testes, & repetatur interpellatio, fiatque solemniter: instantia, non est instantia, nisi sit frequens, & assidua, *l.1.de libel. dimiss.* At unica, & simplex interpellatio, idonea interpellatio est, & parit moram, si qui interpellatus est, interpellationi non satisfecerit: purgari quidem ea mora ab ipso debitore, qui fecit, postea potest: purgatur mora, quam debitor fecit semel, emendatur, extinguitur postea oblatione rei, pecuniæve debitæ facta congruo loco, & tempore, *l.interdum, §.ult. l.si servum, §.sequitur, de verb.oblig. l.17. de constit.pecun. l.qui decem, in pr.& §.1. de solut. l.20. §.pen. de pignerat.act.* Et ita purgata, & extincta mora debitor periculo liberatur, in quod se per moram conjecerat. Et ita in specie hujus *l.26.* si vel semel maritus fecerit

moram in reddendo servo dotali, & postea servus dotalis moriatur suo fato, periculum pertinet ad maritum, *l.prox. §.si post.sup.* Et ideo pretium servi mortui mulieri præstare debet ipse, vel ipsius heres. Sed si post moram, quam fecit in reddendo servo dotali, pœnitentia actus servum obtulerit mulieri re integra, id est, ante litem contestatam judicio dotis, eumque servum sine justa causa mulier accipere recusaverit, ac deinde servus moriatur sine dolo malo mariti, non addo *vel sine culpa mariti*: quod addidit glossa contra manifestam sententiam *l.9. hujus tit.* quæ docet, post moram factam à muliere in dote recipienda, dolum malum dumtaxat maritum præstare, non etiam culpam. Ergo si post moram posteriorem mulieris servus dotalis moriatur sine dolo malo mariti, periculum pertinet ad mulierem, maritus omnimodo liberatur, quia eo tempore mortuus est servus, quo jam erat extincta prior mariti mora, & posterior mulieris mora mulieri soli nocet, ut *l.illud, de peric.& comm.rei vend.* Et consequenter, maritus, vel heres ejus pretium servi præstare mulieri non debet: Nam quæ servum dotalem accepit in æquo est, quæque quo minus acciperet, moram fecit, *l.30. de usufr.leg.* Mora contrahitur non tantum ex parte debitoris, sed etiam ex parte creditoris. Et breviter, mora est culpa non respondentis ad interpellationem opportunam creditoris, vel debitoris: vel sic, mora est contemptio opportunæ interpellationis: vel sic, mora est injusta dilatio solvendi, vel accipiendi crediti: tractum nomen à Græco μόραν, mutato in ε, ut γρῶμα agrimensoribus tractum à γρῶμα: dico *injusta dilatio*, exclusam enim volo justam dilationem, justam cessationem, & ut ita dixerim, justam moram, ut interpellatus debitor modicum intervallum sibi dari poscat, quo amicos roget, & adhibeat, qui nomen expediant, vel qui pro se præsenti die fidejubeant, *l.21. de usuris*, si modo, ut ex hoc libro Pauli statim additur in *l.22.* id ipsum debitor non simulet fraudandi causa, sive frustrandi causa, ut Græci, ὑπερθέσθαι μόνης χάριν. Justa est etiam differendæ solutionis ratio, si interpellatus debitor optima ratione, si juste ad judicium provocet, nimirum habens justam causam litigandi cum creditore, & refugiendæ solutionis, veluti dicens, se tutum esse exceptione peremptoria, vel se habere retentionem dotis, quæ repetitur, vel retentionem Falcidiæ petito legato, ut *l.3. hoc tit. de usur.* Hoc enim casu, ut ex hoc ipso libro Pauli refertur in *l.24. eod.tit.de usur.*

Ad L.XXIV. de Usur. *Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit: non videtur fecisse moram. Utique si juste ad judicium provocavit.*

Ad §.Cum reus *moram facit, & fidejussor tenetur.*

Ad §.Mora *videtur creditori fieri: sive ipsi, sive eis, cui mandaverit, sive ei, qui negotia ejus gerebat mora facta sit. Nec hoc casu per liberam personam adquiri videtur, sed officium impleri. Sicuti cum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens: manifesti furti actionem mihi parat, item cum procurator interpellaverit promissorem hominis perpetuam facit stipulationem.*

QUi moram solutioni facit, moram fecisse non videtur si judicium accipere paratus sit: & hæc mora non est mora, inquit, quæ debitorum subjiciat periculo, quæve obligationem perpetuet, perpetuam faciat. Et eodem fere modo, eademve figura loquendi in *l.pupillus, de verb.oblig.* moram fecisse dicitur pupillus, qui tamen, ut eadem lex ait, moram nullam fecit. Et hinc vero confecta est illa regula juris, qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere. Sequitur in *d.l.24.* quum reus moram facit, & fidejussor tenetur. Quod ad causam dotis accommodari potest. Fac soluto matrimonio maritum promisisse mulieri, se dotem certa die redditurum, eoque nomine fidejussorem dedisse, fidejussor obligatur, *l.7. de except. l.si constante, §.quotiens, sol.mat.* & ubi moram semel fecerit maritus, fidejussor statim conveniri potest ex stipulatu. Mora rei principalis fidejussori quoque nocet, & ideo si fidejussor conveniatur, venient usuræ in bonæf. judicio ex mora rei, id est, ex eo tempore, quo reus fecit moram, *l.10. rem pup.salv.fore, l.5. C.de pact.inter empt. & vend.* videlicet, si fidejussor in omnem causam intervenerit intercesserit, *l.quæro, loc.cond.* Ac præterea perpetuatur obligatio fidejussoris, id est, non extinguitur, etiamsi res, quæ debetur, pereat post moram rei. Mora rei, & suam, & fidejussoris obligationem perpetuam facit, ut nec interitu rei interire possit, *l.si à colono, §.ult. de fidejuss.* Et huic loco Pauli conjungendum est, quod ex eod. libro Pauli relatum est in *l.49. de verb.oblig.* in cujus legis initio ostenditur.

Ad L.XLIX. de Verbor. oblig. *Cujus filiusfamilias Stichum dari spoponderit: & cum per eum staret, quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus. At si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est. Quæ omnia & in fidejussoris persona dicuntur.*

Ad §.Si stipulatus sim, *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, & fidejussorem accepero, si per fidejussorem steterit, neuter tenetur. Si per promissorem, uterque.*

Ad §.In hac stipulatione, neque per te, neque per heredem tuum fieri, *per heredem videtur fieri, quamvis absit, & ignoret. Et ideo non facit, quod fieri ex stipulatu oportet. Non videtur autem per pupillum stetisse ex hujusmodi stipulatione, si pupillus heres erit.*

Ad §.Si promissor *hominis, ante diem, in quē promiserat, interpellatus sit, & servus decesserit: non videtur per eum stetisse.*

SEmel mora facta à filiofam. in præstando Sticho: verbi gratia, in præstando servo, quem stipulatori promiserat, si postea servus mortem obierit, ex mora filii patrem teneri actione de peculio: perpetuari patris non minus, quam filii obligationem: mora autem facta à patre solo, non à filio, ex mora patris filium non teneri, imo homine mortuo post moram patris filium liberari; & per consequentiam etiam patrem liberari, qui accessio est principalis obligationis, liberari filio liberato, qui est reus principalis. Ideoque non directa, sed utili de peculio actione patrem teneri, liberari ipso jure: sed non jure prætorio: ex sua enim mora patrem conveniri posse utili actione de peculio. Quod etiam est proditum in *l.mora, §.in bonæf. de usur.* Et hoc cum ostendisset Paulus initio legis 49. subjicit, eadem omnia & in fidejussoris persona observari, nempe, ut etsi mora rei fidejussori quoque noceat, ut jam dictum est, non tamen retro etiam solius fidejussoris mora æque noceat reo principali, sed neque ipsi fidejussori per consequentiam summo jure. Denique fidejussori etiam non nocet, quamvis moram fecerit ipse solus, nisi scilicet quatenus utilis actio ex stipulatu in eum danda est, *d.l.mora, in fine, l.mora, de verb.oblig. l.cum quis, §.si quis, de solut.* Excipitur unus casus in *§.1.d.l.49.* quo mora, sive factum solius fidejussoris neque reo, neque fidejussori omnimodo nocet, ullo modo nocet, ut puta, si stipuler per te non fieri, quo minus mihi per tuum fundum ire agere liceat: Nam hoc genere stipulationis *per te, &c.* personam tuam duntaxat complector, non personam fidejussoris, quem forte dedisti. Et ideo, si fidejussor solus me prohibeat ire agere, tu me non prohibeas, neuter tenetur ex stipulatu: sed si tu me prohibeas, fidejussor quoque tuus tenetur, *l.inter artifices, in fin.de solut.* Non complector etiam hac stipulatione heredem meum, nisi id agi, id est, nisi id me egisse, aut id egisse inter se contrahentes approbetur. Quem tamen heredem meum, si complexus fuero, id est, si dixero, *per te, heredemve tuum non fieri, &c.* ut in *§.ult.ejusd.leg.49.* heres moram facere videtur, etiam absens, & ignorans: moram, inquam, facere reipsa, sine interpellatione. Nam debitor, qui sui copiam non facit, qui non potest interpellari, qui nusquam apparet, reipsa moram facit semper, *l.27.in fine, de usur.* heres, inquam, moram facit, nisi sit pupillus: pupillus non intelligitur facere moram, *l.24. de verb. oblig.* Et in extremo *d.l.49.* additur, quod est certissimum, interpellationem factam incongruo tempore, veluti ante diem, quo servus dari debuit, quod & ad servum dotalem transferri potest, non facere, non constituere debitorem in mora, nec peremptum post eam interpellationem hominem debitori perire, sed

debi-

debitorem omnimodo liberari, quia interpellatio non fuit idonea, pro oulla igitur habenda est. Et nihil est præterea in illa l. 49. At redeamus nunc ad *§. ult. l. 24. de usur.*

A*D §. ult. Leg. XXIV. de usur.* Ait, moram fieri creditori, moram fieri mulieri repetenti dotem, si malis, sive ipsi facta sit, id est, ipsa appellante debitorem, sive appellante, interpellante procuratore ejus, aut negotiorum gestore. Mora fit mihi, quæ fit procuratori meo, mandatario scilicet, vel procuratori voluntario, id est, negotiorum meorum gestori: Quod etiam *lex mora inf.* ostendit, illo loco, *si denuntiatum est à creditore, procuratoreve ejus.* Neque huic sententiæ impedimento est, quod vulgo dicitur, *per liberam personam nobis non adquiri actionem, vel obligationem, l. solutum, §. pen. de pign. act.* Actio nobis adquiritur per eum, qui est in nostra potestate, non per liberam personam, id est, per eum, qui est sui juris: Nam ut eleganter respondet Paulus, procurator, aut gestor, qui interpellat debitorem meum, facitque, ut sit in mora, non adquirit etiam mihi actionem, sed implet officium procuratoris, quod ei injunctum est, vel implet officium amici voluntarii, eoque genere mihi parat, sive præparat *προκαταρτίζει*, format, non adquirit actionem, ut *lege 15. de constit. pec. l. 3. quod vi, aut clam, l. 72. de procur.* Sicut etiam, qua comparatione utitur Paulus, amicus, qui me absente, furtum mihi facientem arripit, apprehendit animo gerendi mei negotii. non aliter mihi parat actionem furti manifesti, aut verius, per liberam personam, id est, sui juris, etsi non adquiratus mihi actio, conservatur mihi tamen, ut dicam explicatius, actio, quam habui, quæ alioquin mihi periret, vel præscriptione legitimi temporis, vel interitu rei debitæ, si nemo interpellaret debitorem vice mea. Ex iis sequitur, & moram factam procuratori meo perpetuare obligationem debitoris mei, efficereque, ut non liberetur debitor postea re perempta. Item efficere, ut in judiciis bonæf. usuræ veniant ab eo die, quo procurator, vel voluntarius interpellavit debitorem meum, & in fure deprehenso, quem deprehendit procurator meus, vel amicus meus negotium meum gerens, ut pro actione furti, quam habeo in furem, sed in duplum, quam haberem in furem, & habeo furto admisso, sed in duplum tantum si nemo eum apprehendisset, meo nomine nunc habeam in quadruplum. Conservatur mihi igitur mea actio, sed auctior, meliorque redditur pinguiorve. Et nihil est præterea in *l. 24.*

Ad L. IX. Rer. amot. *Non enim æquum est, invitum suo pretio res suas vendere.*

Ad L. XXXVIII. de Jurejur. *Manifestæ turpitudinis, & confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.*

EXplicata est pars ea libri 37. quæ est de mora, quæ fit in dote danda vel recipienda. Reliqua est pars altera, quæ est de actione rerum amotarum, & de actione de moribus, & de retentionibus ex dote, quæ fiunt ob easdem causas, veluti ob res amotas divortii causa, vel ob mores conjugis graviores, aut leviores. Ac primum quidem sciendum est, res amotas divortii causa à marito, vel uxore, cum divortii consilium iniissent, posse condici à marito, vel ab uxore, qui quæve eas amovit divortii causa, vel ut latine loquar, subripuit, furatus, furatave est. Honestiore verbo utimur inter conjuges, id est, inter eos, qui matrimonio olim juncti fuerunt propter honorem matrimonii. Hoc est temperamentum Jurisconsultorum, ut inter eos, qui hoc fœdere juncti fuerunt, non dicant alterum alteri furtum fecisse, sed alterius res amovisse: non abstulisse, ut ille Dionysius, sed accepisse. Et præterea, ut graviores etiam eorum mores, graviora etiam eorum crimina, etiam adulteria, inter eas personas instituto judicio privato, ut non ea crimina suo nomine nuncupemus, sed vocemus mores. Hujus autem actionis rerum amotarum, qua res condicuntur quondam uxori, vel marito, quas divortii consilio subripuit, idem est jus, eademque potestas, quæ condictionis furtivæ, qua experimur contra alios fures. Denique etsi non eadem actio figura verborum, jure tamen, & effectu eadem ratio est. Et plane, si latine loqui licet, hac in re condictio rerum amotarum est condictio furtiva, sive condictio rerum furtivarum, qua agitur post divortium. Constat etiam olim ante Justinianum habuisse maritum ob res amotas ab uxore, retentionem dotis, *l. 7. §. ob donationes, solut. matr. l. 1. C. rer. amot.* Item eum, qui agit actione rerum amotarum, posse in judicio jusjurandum petere ab adversario, quo cum agit, id est, ab uxore quondam, vel marito suo, hoc est, jusjurandum ei deferre potest, ut juret nihil se divortii causa amovisse, & eum, eamve, cui delatum est tale jusjurandum, omnimodo jurare compelli, quoniam jusjurandum actori, qui id detulit, referre non potest, *l. 11. §. ult. & l. 12. rer. amot.* sicut nec fur, quo cum furti agitur, si delatum ei sit jusjurandum, ut juret, se furtum non fecisse, id actori referre non potest, id est, delatam conditionem jurisjurandi in eum, qui detulit rejicere non potest, *l. 12. eod. tit. & 13.* ubi in *l. 12.* scilicet quidam legunt, *non magis, quam si quis ei, qui furti agat jusjurandum referat,* legunt, *referat.* Et ita legendum omnimodo, aut *deferat,* accipiendum pro *referat,* ut in *l. 24. de jurejur.* vulgo legitur, *deferentes,* pro *referentes.* Nam ei, qui furti agit, quin possit jusjurandum deferri, non est dubium, *l. 28. §. pen. de jurejur.* ratio autem, cur delatum furi, vel ei, qui divortii causa res amovit marito, vel uxori, cur delatum, inquam, jusjurandum referri non possit, sumitur ex edicto prætoris, quia, inquit, *l. 13. Ita edicto ordinatum videtur,* ne in his causis esset locus relationi jurisjurandi. Sunt igitur eæ causæ excipiendæ ab eo, quod generaliter definit *l. 38. de jurejur.* quæ est ex hoc libro, & quæ ita superiori tractatui coaptanda est. Definit autem delata in judicio jurisjurandi conditione, aut jurandum esse, aut referendum jusjurandum ei, qui detulit, neutrum velle facere, manifestæ turpitudinis, & confessionis esse. De jurejurando loquitur, quod pars parti defert in judicio, hoc regulariter referri potest: nam quod extra judicium ex conventione defertur, referri non potest, *l. 17. in princ. de jurejur.* Quod item à judice ultro exigitur, & imponitur uni ex litigatoribus, sane relationem non admittit. Id igitur jusjurandum tantum relationem admittit, quod in judicio, ad sellam judicis pars parti defert. Verum hoc, quod definit *d. l. 38.* præcipue locum habet, si ex contractu agatur, vel quasi ex contractu, nimirum, ut possit reus delatum sibi in judicio jusjurandum referre: & vero referre debet, aut jurare, aut solvere, nisi velit haberi pro confesso, non etiam, si cum eo agatur ex delicto, veluti furti, aut condictione furtiva, aut rerum amotarum, cujus facti reus solus est, qui liquido jurare possit. Ideoque nec referre jusjurandum, quod ei proprius incumbit, potest. Ad hæc de judicio rerum amotarum notandum est, si res amotas is, cum quo, vel cum qua agitur rerum amotarum, veluti pervicacia quadam ductus, sive contumacia reddere nolit æstimationem earum rerum non fieri justo pretio, sed quanti jurejurando devinctus actor eas res æstimaverit, hac ratione, quæ proponitur ex hoc libro in *l. 9. rer. amot.* quia non est æquum, invitum suo pretio res suas vendere, cui similem habuimus libro sup. in *l. 25. §. 1. solut. matr. Quia,* inquit, *non est æquum invitum res suas vendere.* Suo pretio, id est, justo & vero, Basilica: *δεν ἔστιν ἄξιον:* Quod etiam ostendit *lex nec quasi, de rei vind.* Et latius interpres Basilicῶν: *Οὐ γὰρ δίκαιόν ἐστιν τῆς δικαίας τιμῆς μόνης ἄκοντα τὸν ἄνδρα πιπράσκειν τὰ ἴδια πράγματα: Quia non est æquum justo tantum pretio invitum virum res suas vendere.* Invitus vendit propter contumaciam rei, propter contumaciam adversarii, qui rem, quæ petitur, reddere non vult. Æquum igitur est, non quanti digna res est, sed quanti ipse eam æstimaverit, ut eam vendat, etiamsi immenso æstimaverit, modo juratus id fecerit. Et hoc est, quod dicimus *jurare in litem,* id est, juratos æstimare litem, sive rem, qua de agitur, & disceptatur apud judicem, quo genere mulctatur contumacia rei, qui rei restituendæ facultatem habet, & restituere detrectat. Transeamus ad *l. 21. ejusdem tituli.*

Ad L. XXI. Rer. amot. *Si mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus, divortisset, si convaluerit vir,*

vie, utilis rerum amotarum actio ei danda est.

Ad §. Si servus *mulieris, jussu dominæ, divortii causa res amoverit: Pædius putat, nec furtum eum facere, quoniam nihil lucri sui causa contrectet: nec videri furtum facienti opem ferre: cum mulier furtum non faciat quamvis servus in facinoribus domino dicto audiendus esse non debeat, sed eerum amotarum actio erit.*

Ad §. At si in dotem *servus datus, furtum viro fecerit: si quidem mulier talem esse eum scierit, totum damnum viro sarcietur: quod si ignoraverit, tunc non ultra condemnationem noxæ mulctanda erit.*

Ad §. Rerum amotarum *actio damnum repræsentat, etiamsi postea dotis exactio competat.*

Ad §. Commodi *quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est.*

Ad §. Hæc actio, *licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. Et ideo non anno finitur, sicut & condictio furtiva. Præterea & heredibus competit.*

Ad §. Nec viro, *nec mulieri prodest in hoc judicio, si facere non possunt. Pendet enim id ex furto.*

MUlier, cum de mariti periculose ægrotantis vita desperaret, temere immemor illius proverbii: *Ab ægroto dum anima est, spes est*: subreptis, & convasatis quibusdam rebus divertit, non exspectata morte mariti. Quæritur, an si postea convaluerit maritus, ei teneatur judicio rerum amotarum? Et videtur ei non teneri, quia magis mortis, quam divortii causa res mariti intervertit, vel amovit. Et ubi mortis causa res amotæ sunt: cessat actio rerum amotarum. Quod tamen ita verum est, si & mors secuta fuerit, *l. seq. 22. §. ult. & l. 6. §. ult. hoc tit.* si mors consecuta fuerit. C At hoc casu, quia maritus convaluit, quasi rebus amotis, divortii potius, quod & mulier fecit, quam mortis causa, saltem utilis rerum amotarum actio marito danda est. Et hoc proponitur initio hujus legis, moxque in §. 1. videtur subjici aliud exemplum utilis actionis rerum amotarum. Quæritur enim in §. 1.

AD §. *Si servus.* An si servus mulieris jussu ejus, cum divortii consilium iniisset, res mariti amoverit, marito in mulierem danda sit actio rerum amotarum, si non ipsa amoverit, sed servus ejus proprius jussu ejus. Causa dubitandi hæc est, quia nec servus furtum fecit, qui nihil sui lucri causa contrectavit, sed quidquid fecit, id fecit animo exsequendi jussus dominæ, non lucri faciendi causa. Ergo furtum non fecit. Furtum etiam facienti opem non tulit, D cum ipsa mulier furtum non fecerit, hoc est, cum nihil contrectaverit: furtum non fit verbo, non fit scriptura, non nudo animo, sed contrectatione, & animo lucri faciendi, quum factum non est, nec videri potest quisquam opem tulisse, *l. si is, qui rem, §. pen. de furt.* Ergo in hac specie servus mulieris, neque furtum fecit, neque furtum facienti, quod in æquo esset, opem tulit. Ergo cessat actio rerum amotarum, quia furtum non est, furtum non intercessit. Et hæc actio est de furto plane. In legibus autem, quas objicit glossa, servus furtum fecit, id est contrectavit lucrifaciendi animo, & idem domina ejus servi tenetur noxali actione, & ipse quoque servus, si manumittatur, tenetur furti, quia noxa caput sequitur. Non obstat etiam regula juris, quæ vetat in facinoribus servum domino dominæve dicto audientem esse, quoniam in hac specie servus nullum facinus admittit. E In facinoribus quidem obtemperare domino servus non debet, & optare potius mortem debet, quam imperanti facinus domino morem gerere. Sed in hac specie jubenti dominæ, ut res quasdam mariti divortii causa amoveat, obtemperare debuit. Obtemperare debuit? Sic est, quia facinus non est, quod domina jubet: si quod enim hic facinus est, furtum est: atquin furtum non est, ut sup. demonstratum est, ergo facinus non est. Ac præterea etiam in levioribus facinoribus excusat etiam servum parendi necessitas: in levioribus, non in atrocioribus, ut in *l. 15. §. si tutores, quod vi, aut clam, l. Divus, §. & quatenus, ad leg. Corn. de fal. l. si tacitum, ad leg. Falcid. l. 2. §. 1. de nox. act. & l. 20. de oblig. & act.* Verum quamvis hæc om-

A nia ita se habeant, ut dixi, tamen ex hac causa in proposita specie verius est, utilem actionem rerum amotarum dandam in mulierem esse, quia res amotæ sunt divortii causa jussu ejus. Dico dandam esse utilem in hac specie, non minus, quam in prima, quamvis hoc in hac specie Paulus non exprimat, dandam esse utilem, propter illam rationem dubitandi, quæ non parvi momenti est, non esse dandam directam, quia amotæ sunt res divortii causa jussu mulieris, ita est, sed sine vitio furti, & directa actio rerum amotarum est de furto: in veritate furtum fit, ut ait, *l. pen. hoc tit.* Directa igitur plane de furto est, & idem omnino, quod condictio furtiva, verbis temperata. Sequitur in hac *l. 21. de servo dotali.* Dixit de servo proprio mulieris, qui jussu mulieris res amovit divortii causa: nunc dicit de servo dotali, qui non quidem res amovit divortii causa, B sed qui furtum marito fecit. Et distinguit Paulus, utrum sciverit mulier, quæ talem servum dedit in dotem, talem eum esse, furacem eum esse, an ignoraverit, ignorantem mulierem teneri servi nomine furti noxali duntaxat, ultra noxæ deditionem non teneri, non mulctari, scientem autem suo nomine teneri in solidum. Et hujus rei rationem scilicet haberi in judicio rei uxoriæ, sive de dote soluto matrimonio: nam constante matrimonio ipse maritus in furem statuere, & animadvertere potest, *l. servi, de furtis.* Et hæc quidem distinctio inter scientem, & ignorantem servatur etiam in servo commodato, & deposito, & pignori dato, & locato, & empto mandato alieno, *l. pen. commod. l. servus, de pign. act. l. 14. §. his consequenter, de servo corr.* Qua de re disputat fusius Africanus in *l. 61. de furt.* Post hæc Paulus in *§. rerum.*

AD §. *Rerum.* Docet in actione rerum amotarum rationem haberi damni dati in rebus amotis, si deteriores factæ fuerint, & lucri etiam, sive commodi marito intercepti ob id, quod res illæ subreptæ ei sunt. Denique in hanc actionem venire id omne, quod mariti interest, venire damnum datum, & lucrum interceptum. Et hoc servatur etiam in condictione furtiva, *l. 3. de cond. furt.* Ac præterea actione rerum amotarum (quod notandum) agi statim posse soluto matrimonio, etiam antequam competat exactio dotis, id est, ante diem repetendæ dotis, ante annuam diem, quæ solemnis erat dies repetendæ dotis, quæ consistebat in rebus mobilibus, vel se moventibus. Denique, ut sequitur, repræsentari res amotas, & omnem utilitatem actoris ante dotem. Sic enim illa verba accipienda sunt, *etiamsi postea dotis exactio competat.*

AD §. *Penult.* In §. pen. docet, hanc actionem esse ex delicto: quod etiam proditum est in *l. si rerum, de re judic.* ubi hanc actionem ait esse ex male contracto, & ex furto, sicut etiam condictio furtiva dicitur esse ex delicto, *l. 10. §. quotiens, de compensat.* & tamen rei pecuniariæ, non pœnæ persecutionem habere. Non est hoc novum, ut actio oriatur ex delicto, & persequatur tantum rem, id est, id quod interest, non pœnam: nam ejusmodi est actio ex edicto de alien. jud. mut. causa, & actio de dolo. Sic igitur hanc actionem oriri ex delicto, & tamen non pœnam, sed id duntaxat, quod interest actoris, pecuniariter, ut loquimur, persequi. Et ideo esse perpetuam actionem: si esset pœnalis, esset annua tantum. Quod idem juris etiam est in condictione furt. nam & condictio furtiva est perpetua, nec finitur anno. Et præterea, inquit, actio rerum amotarum heredibus competit, *heredibus*, inquit, nec addit, *& in heredes*, heredib. quidem competit, sed non competit in heredes, nisi quatenus ad eos pervenerit ex furto defuncti. Quod & per omnia ita servatur in condictione furt. Et hoc evidenter demonstratur in *l. 3. C. eod. tit.* & in *l. 6. §. ult. & pen. hujus tit.* Ubi comparatur hac in re etiam condictio furtiva cum condictione rerum amot. Confirmatur hoc etiam *l. 9. §. ult.* adhibita *l. 50. de tut. & rat. distrah.* Nec quicquam huic sententiæ obstat *lex 9. de cond. furt.* quæ dicit, heredes furis condictione furti teneri in solidum, si unus sit heres plane in solidum: si plures, unumquemque pro portione hereditaria. Quoniam id ita procedit demum

mum

mium, ut intelligere licet ex *l.9. de cond. furt.* conjuncta *l.2. in fine, de præt. stip. & l. si hominem, §.1. depos.* si lis contestata fuerit cum defuncto, cum fure, vel etiam si nondum fuerit lis contestata cum defuncto, sed conventus tantum fuerit extra judicium, & interpellatus eo nomine, dum viveret, *l. constitutionibus, de oblig. & act.* Nihil etiam obstat *l.5. & l.7. §. ult. de cond. furt.* quæ dicunt, heredem furis teneri condictione furtiva, non furem tantum, sed etiam heredem furis: Quoniam id ita intelligendum est, si & heres furis rem contrectare perseveret, non aliter: alioquin non tenetur heres furis, qui rem non contrectat, nisi in id quod ad eum pervenerit. Quia autem hæc actio nascitur ex delicto, ideo, ut addit Paulus in fine legis, non habetur in ea ratio facultatum ejus, qui convenitur, licet uxor, aut maritus actoris fuerit quondam, id est, is, cum quo agitur, non damnatur pro modo facultatum suarum, quatenus facere potest, sed damnatur in solidum, & vel carcere coercetur, quoad solidum impleverit, quia beneficium illud, quod datur conjugibus, ut invicem condemnentur in id duntaxat, quod facere possunt, valet tantum in actionibus, quæ nascuntur ex contractu, vel quasi ex contractu inito, & hoc necesse est, constante matrimonio, *l. 20. de re judic.* His actionibus, & post divortium non agunt invicem, nisi in id, quod facere possunt, quando contractus cœperunt ex tempore matrimonii. At in actionibus, quæ ex delicto nascuntur, cujusmodi sunt eæ actiones, beneficium illud nunquam locum habet, *l. si rerum, eod. tit.*

Ad L.IV. de Publ. judic. *Interdum evenit, ut præjudicium judicio publico fiat, sicut in actione legis Aquiliæ, & furti, & vi bonorum raptorum, & interdicto unde vi, & de tabulis testamenti exhibendis, nam in his de re familiari agitur.*

EX hoc libro restant duæ tantum leges, *lex 4. de publ. jud. & l.2. si ventris nomine*. Incipiam à *l.4. de publ. jud.* Quæ in ea relata sunt, Paulus scripsit, quum tractavit de actione de moribus, qua post divortium vir accusat mores uxoris, quæ divertit: aut divortio causam præbuit, vel contra uxor mores viri. Quæ quidem actio, quæ civilis erat, & privata, non criminalis, tametsi hodie sit à Justiniano sublata, *l. ult. in fine, C. de repud. & jud. de mor. subl.* tamen fit ejus actionis mentio in *l. 5. de pact. dotal.* & in *l. rei judicatæ, §. pen. & l. viro, & l. cum mulier, sol. matr. & l. 1. C. Theod. victum civiliter criminaliter agere posse, & l. 1. C. Theodos. de dotibus*, quæ alias est *l. ult. de incest. nupt.* Et cum tractaret etiam Paulus de retentione ex dote, quæ omissa illa actione de moribus, etiam fieri potuit, morum graviorum, leviorumve nomine, & retinebantur quidem sextæ propter graviores mores, id est, propter adulteria. & octavæ propter cæteros mores, qui omnes præter adulterium quales quales sint, leviores esse censentur, ut Ulpianus scribit *lib. 5. regul. tit. de dotib.* Et de hac retentionis causa; quamvis & hæc quoque à Justiniano sublata sit, constitutione *de rei uxor. actione*, agitur tamen in dicta *l. cum mulier*, in secundo commate, *sol. matr.* In hoc autem tractatu de actione de moribus, & de retentione dotis, aut partis dotis propter mores, incidebat hæc quæstio, an actioni de moribus, quæ actio civilis, & privata erat, ut dixi, præjudicium fieret, aut fieri posset judicio publico, & criminali ex *l. Julia, de adult.* atque adeo an prius agi, & judicari posset judicium privatum de moribus, quam publicum ex *leg. Julia, de adult.* Quod neque hoc casu, neque ullo alio quidam prudentes admittebant, ut scilicet prius ageretur civili, quam criminali judicio: atque ita, ut per judicium civile, præjudicium adferretur criminali ex eodem facto. Et ita quosdam sensisse est scriptum in *l.2. §.1. vi bon. rapt.* Sed plurium sententia obtinuit, ut scilicet agi possit prius civili, quam criminali, & per civile præjudicium adferri criminali. Quod etiam refertur in *d. l.2. §.1.* & in *l.1. C. quando civilis actio criminali præjudic.* Refertur & à Paulo hoc loco in *l. 4.* dum ait: *interdum evenire, ut per judicium privatum, præjudicium fiat publico judicio:* prius scilicet instituto judicio privato, & civili, quam publico. Verum Paulus ait, *hoc interdum evenire*. At illa *l.1. C. quando civil. actio crimin. præjud.* ait, *generaliter id ita se habere*, non ait, *interdum*, sed *generaliter*. Nulla est repugnantia. *Interdum*, Paulus ait, quia non in omnibus privatis actionibus hoc evenit, sed in his tantum, ut ait in fine legis, in quibus de re familiari agitur, sive, quæ rei pecuniariæ, quæ actori abest, persecutionem habent. Et in his tamen hoc obtinet, & evenit generaliter. Ergo utrumque verum est: & illud *interdum*, & illud *generaliter*. Enumerat vero Paulus hoc loco quasdam actiones civiles, & privatas, per quas præjudicium fit judicio publico, ante lato nimirum, peractoque judicio privato, ut si servo alieno occiso agatur civili actione legis Aquiliæ, qua de re prius agi judicium legis Aquiliæ, & peragi potest, quamvis præjudicium fiat judicio publico ex *l. Cornelia, de sicariis*, quo etiam ex eodem facto agi postea potest: utroque judicio civili, & criminali de homine occiso experiri licet, *l.3. C. de leg. Aquil.* nec alio judicio aliud perimitur: sive prius civili, sive prius criminali judicio actum sit, finito uno, superest aliud. Et ut intelligatur differentia; judicium civile persequitur rem, id est, id quod patrimonio actoris abest, & ultra rem etiam pœnam pecuniariam. Judicium autem criminale persequitur vindictam solam, & ultionem publicam: Civile judicium est de re familiari, ut ait hæc lex in fine, *& l.6. de sep. viol. & d. l.1. C. quand. civil. act. crim. præjud.* Judicium autem criminale est de ultione publica, civile judicium desiderat utilitas privatorum: criminale, vigor, sive rigor. Utrumque dicitur recte ab auctoribus, publicæ disciplinæ, *l. locatio, §. quod illicite, de publican.* Ac præterea, alius potest agere judicio civili, alius criminali: civili agit is, cujus interest, ut sibi damnum sarciatur: criminali agit quilibet de populo, *l.3. de lib. hom. exhib.* Eo autem judicio, quo prius actum fuerit, sive id civile sit, sive criminale, non potest non sequenti judicio præjudicium fieri. Itaque si prius actum sit civiliter lege Aquilia, præjudicium fit legi Corneliæ de sicariis. Nec obstat ullo modo, quod ait *l. inde Neratius, §. si dolo, ad l. Aquil.* præjudicium non debere fieri legi Corneliæ, si dominus de homine occiso prius egerit l. Aquil. quoniam utrumque verum est, præjudicium fieri, & præjudicium non fieri. Neque enim utroque loco præjudicii nomen eodem modo accipitur. Hoc loco, atque etiam in *l.2. §.1. vi bon. rapt.* præjudicium fieri, est ex judicio civili, quod prius finitum sit, sumi exemplum, & argumentum, quod judices sequantur in criminali. Illo autem loco, id est, in *d. l. inde Neratius, §. si dolo*, sicut & in *l.3. §. si quis dolo, de tab. exhib.* præjudicium non fieri, est non esse prius judicium impedimento, non esse judicium, quod prius factum est, impedimento, quo minus eadem res, quæ judicio ante disceptata, & finita est, postea judicio quoque criminali iterum disceptetur, & retractetur, ut aperte declarat *lex 1. C. quando civil. act. crimin. præjud.* Idemque evenit, ut Paulus ait hoc loco, *si prius agatur furti manifesti, vel nec manifesti*, quod civile judicium est, *quam scilicet judicio criminali ex l. Fabia de plagiariis*, subrepto alieno servo, alieno homine lucrifaciendi causa. Utroque judicio agi potest: civili de rei persecutione: criminali de sola vindicta, *l. 12. C. ad l. Fab.* Ac peractum quidem prius judicium civile proculdubio grande, aut non minimum præjudicium adfert judicio criminali, quod sequitur, *d. l.1. C. quando civil. &c.* Idem evenit, si prius agatur judicio civili vi bonorum raptorum, quod locum habet in rebus mobilibus, vel interdicto unde vi, quod locum habet in rebus immobilibus: si, inquam, prius agatur, hoc vel illo judicio, quam criminali judicio ex lege Julia de vi privata, vel publ. Namque potest de vi agi prius civiliter, quam criminaliter, *l. 15. in. seq. de accusat.* Et prius judicium, posterioris veluti quoddam præjudicium est. Idem evenit, ut persequar omnia exempla, quæ proponit Paulus, si prius agatur civiliter interdicto de tab. testamenti exhibendis, quas quis dolo malo supprimere dicitur, quam criminaliter judicio publico ex l. Cornelia testamentaria; utroque judicio agi potest, & hoc vel illo prius, pro arbitrio actoris. Civili igitur etiam prius, si hoc malit actor, ut

rem

tem suam recipiat, deinde criminali de vindicta publica, quia hoc ordine licet præjudicium fiat quale quale judicio criminali, judicium criminale non consumitur, non perimitur, quasi eadem re jam ante præjudicata, imo judicio criminali rursus eadem res tractari potest. Et generaliter in omnibus his judiciis civilibus, & privatis, quibus de re familiari agitur, de qua non agitur in judicio criminali, sed de vindicta sola, ut jam sæpius dixi, nihil vetat ea judicia privata prius agi, & ita præjudicare sequentibus judiciis criminalibus, & quodammodo viam præmunire accusatoribus. Itaque finita quæstione de eo, quod privatim interest, superest quæstio de eo, quod publice interest. Idemque dici potest de interdicto de libero homine exhibendo, quod civile judicium est, & de publico judicio, vel de executione publica legis Fabiæ de plagiariis, *l.3. de lib. hom. exhib.* Utroque judicio agi potest, civili prius, deinde criminali, vel contra criminali prius, deinde civili. Nec si prius agatur civili, criminali præjudicium fit: non fit præjud. criminali, quo minus criminali judicio rursus eadem res agatur. Et fit tantum præjudicium, quatenus exhibito homine vi, & potestate interdicti judicii civilis, plagium fit manifestius. Et ita hæc lex intelligenda est, non ut Accursius tradit, quasi hoc dicat, quandiu agitur judicium civile, criminale inchoari non posse. Nec quicquam præterea est in hac l.4. Verum iis, quæ sunt in *h.l.* ex diverso, vice mutata proculdubio Paulus adjecerat aliud *interdum*: interdum scilicet evenire è contrario, ut privata actione præjudicium non fiat publico judicio, id est, ut vel prius agatur judicio publico, quam privato ex eodem facto, vel si prius actum sit judicio privato, & civili, postea judicio publico, & criminali agi non possit. Et hoc docuerat evenire in his judiciis civilibus, in quibus non de re familiari, sed de vindicta sola agitur, sicut & in publicis judiciis: Nam & quædam sunt judicia civilia, quæ non minus, quam criminalia, quædam judicia privata, quæ non minus quam publica vindictam solam persequuntur, non rem familiarem, non damnum pecuniarium, ut judicium de moribus: nam hoc judicio non agitur de re familiari, non agitur de rebus amotis, de re, quæ absit viro, vel uxori facto conjugis: judicio de moribus non agitur de damno pecuniario, sed de injuria lecti genialis, & thori. Ideoque si judicio de moribus prius actum sit, postea agi non potest judicio publico ex L. Julia de adult. Et ita nominatim proditum est de actione de moribus in *l. 1. Cod. Theodos. victum civil. crim. agi posse*. Et confirmatur *l. miles, §. socer, ad leg. Jul. de adulter.* quia utrumque judicium, & publicum, & privatum pertinet ad vindictam, & unius criminis duæ vindictæ, duo supplicia esse non possunt. Eademque ratione, si prius actum sit civiliter actione injuriarum de cæde, aut veneno, postea non potest agi l. Cornelia de sicariis, & veneficis, quia quod in judicium publicum legis Corneliæ venit, nempe ultio admissi sceleris, idem omnino venit in privatum judicium injuriarum. Paulus *l.2. §. emancipatis, de collat. bonor. Actio injuriarum*, inquit, *magis vindictæ, quam pœnæ persecutionem habet.* Ubi illud *magis* comparationem non inducit, sed accipitur θετικῶς. Valentinianus Imperator in *Novella de libertis, & success. eor. enim, qui agit injuriarum, agere causam doloris, non causam amissæ rei suæ.* Et eodem modo M. Tullius pro Cæcinna: *actionem injuriarum non jus possessionis adsequi*, id est, persequi, *sed dolorem imminutæ libertatis judicio pœnaque mitigare*. Et luculentius Ulpianus in *l. prætor, §. 1. de injur.* in actione injuriarum, de ipsa cæde, & veneno agi, ut vindicetur, inquit, non ut damnum sarciatur. Ac rursus ibidem, *in actione injuriarum de ea ipsa re principaliter agi, quæ executionem etiam, & animadversionem publicam habet.* Et ideo idem ait, *rectius facturum Prætorem, si non dederit civilem actionem injuriarum*: vel ut est in 2. *de Invent. si petita actione injuriarum privata de cæde, aut veneno, dederit exceptionem, extra quam si in reum capitis præjudicium fiat*, nimirum, quia actio injuriarum si prius instituatur, l. Corneliæ judicium publicum consumit. Quia in utroque judicio idem omnino principaliter venit, nempe vindicta sola. Et hoc quidem dici potest de actione de moribus, posse quidem ea agi prius, sed rectius facturum prætorem, si eam non dederit prius, ne hoc genere consumatur judicium publicum, quod majoris momenti esse videtur, vel eo quod pateat omnibus. Idem etiam dici potest de qualibet alia actione civili, qua de vindicta, non de re familiari agatur, veluti de actione sepulchri violati, *l.7. & pen. de sep. viol.* & de actione ingrati, qua revocantur donationes, *l.7. de revoc. donat.* Et de interdicto de tabulis, non testamenti, de quo dictum est supra, sed de tabulis publicis exhibendis, *l. ult. de tab. exhib.* Nunc transeamus ad *l.2. si ventris nomine*, quæ restat sola.

Ad L.II. Si Ventr. nom. mulier. *Dolo facit mulier, non quæ in possessionem venientem non probibet, sed quæ circumscribendi alicujus causa clam, & per quandam machinationem in possessionem introducat.*

Ad §. Si & patris, *& filiæ factum arguetur, in alterum, quem actor velit, reddenda est actio: quia in id, quod agentis interest, datur. Ideo si id, quod ei abest, ab eo, qui in potestate est servari possit præter sumptus litis causa factos, inutilis erit ei hac actio.*

TRactavit etiam hoc lib. Paul. de retentione, quæ fit ex dote propter liberos, vel de actione, quæ eo nomine instituitur, ut habeant liberi, quo vitam tolerare possint, de qua in *l.25. in princ. sol. matr.* & aliis locis plerisque. Cujus rei occasione etiam Paul. hoc lib. egit de muliere, quæ post divortium, vel post mortem mariti dicit, se esse prægnantem, & partus nomine postulat se mitti in possessionem bon. mariti, quæ si missa in possessionem, mox dolo malo possessionem in alium transtulerit, vel si pater, in cujus potestate est, mox dolo malo possess. in alium transtulerit, forte in emptorem bona fide ementem ex hac causa, vel ipsa, vel pater heredi, sive cujus interest, tenetur actione in factum ex edicto prætoris in *hoc tit.* proposito in id, quod interest: ubi dolo malo, Paul. in hac lege interpretatur, facere mulierem, quæ circumscribendi alicujus causa clam, & per quandam machinationem alium in possessionem introducat: non etiam facere dolo malo eam, quæ venientem in possessionem non prohibet, non arcet. Quod male omnino Acc. accipit ἐλλειπτικῶς, ut hoc loco, dolo malo mulier facit, non quæ in possess. venientem non prohibet: illud, *non quæ*, sit, *non tantum quæ*, perperam: nam prætor utitur verbo *transferendi*, quo verbo factum arguitur, non negligentia, ut mox subjicit Paul. in secunda parte hujus *l. si utriusque factum arguatur*, inquit, *filiæ, & patris*, id est, si uterque dicatur in alium dolo malo transtulisse possess. in arbitrio actoris esse, quo cum experiatur: cum alterutro experiri debere, cum filia, vel cum patre, non posse experiri cum utroque, quia hæc actio datur in id, *quod actori abest*, ut ait, id est, in id, quod interest, quia rei persecutionem habet, & bis eandem rem consequi non potest: præda est bis eandem rem consequi, *l. si minoris, de adm. tut.* Unde si actor, quod sua interest ab eo consecutus fuerit, qui in possessione est, id est, in quem translata possessio est. Legendum omnino in hac secunda parte hujus l. quomodo, & ex veteribus Doctoribus quidam legunt, *Ab eo, qui in possess. est.* Florentini male, *ab eo, qui in potestate est*, quia debuissent potius dicere ab ea, id est, à filiafam. cujus dolo poss. in alium translata est: Nam sciendum est, & cum possessore, id est, cum eo, in quem possessio translata est, heredem interdicto experiri posse, ut possessione discedat, vel quanti interest præstet, *l.1. §. necessario, h.t.* Igitur si ab eo, *qui in poss. est*, heres quanti interest consecutus fuerit, inutilis est actio hujus edicti adversus filiam, vel patrem, quia non datur ultra quam intersit: nisi scilicet aliquid amplius intersit, quam consecutus sit à possessore, veluti propter sumptus litis actæ cum possessore, quorum forte judex rationem non habuit, quod bonæ fidei possessor esset, & justam haberet causam litigandi: nam qui bona fide litigant, etiamsi vincantur, non reddunt victori sumptus litis, *l. qui solidum, §. etiam, de leg. 2. l. petitor, de liberat. leg.* Quos igitur sumptus heres non servaverit ab eo, in quem translata erat possessio, quod bona fide possideret, repetet hac actione à patre,

vel

vel filia, qui, quæve dolo malo in eum transtulit possessionem. Nec obstat *l.1. C.de evict.* quam adducit Accurs.quia loquitur de emptore hereditatis, qui est emptor juris, non corporis certi, non corporum certorum, sed juris tantum. Emptor hereditatis si ab alio superatus sit in judicio centumvirali de hereditatis petitione, judicio evictionis sumptus litis causa factos non repetit à venditore indistincte: hoc verum est, sive superatus sit, sive superaverit adversarium, sive causam tenuerit, sive non tenuerit. Sed hoc est speciale in emptore hereditatis: nam alterius rei emptor, evicta re jure judicioque,à venditore repetit etiam sumptus litis, & viatica, *l.17. C. de evict. l.fidejussor, de doli except.* Emptor hereditatis eos sumptus non repetit, quia venditor in hoc tantum tenetur, ut hereditatem esse præstet, vel modicam, non etiam præstare debet evictionem singularum rerum. Et per consequentias, nec sumptus, quos emptor hereditatis fecit in litem institutam de singulis rebus.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. de Tutelis. *Tutela est (ut Servius definit) vis, ac potestas in capite libero, ad tuendum eum. qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data, ac permissa.*

Ad §. Tutores *autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt. Itaque appellantur tutores quasi tuitores, atque defensores: sicuti æditui dicuntur, qui ædes tuentur.*

Ad §. Mutus *tutor dari non potest, quoniam auctoritatem præbere non potest.*

Ad §. Surdum *non posse dari tutorem plerique, & Pomponius lib. sexagesimo nono ad Edictum, probant, quia non tantum loqui, sed & audire tutor debet.*

HIC Liber est de tutelis, & cœpit congruenter à definitione tutelæ, quæ ponitur in *l.1. de tut.* ex Servio Sulpicio auctore peritissimo cofieiendarum definitionum, & ejus artis, quam qui tenent, eruditi appellantur. Definitio hæc est: *Tutela est vis, ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data, ac permissa.* Caput liberum (nam prima verba notissima sunt) vocat impuberem, qui paterf. aut materfa. est, id est, sui juris, suæ spontis, qui tamen, ut ait, *sponte se defendere nequit*, suæ potestatis, qui tamen in potestate quadam tutoris est, quia non ut sui juris, suæ spontis, suæ potestatis est, ita etiam suæ tutelæ est ante finitam tutelam pubertate, quo demum tempore in suam tutelam venire, & suæ tutelæ, suæ ætatis fieri dicetur. Et eodem sensu *liberum* dicit Titus Livius 26. *Dum liber*, inquit, *dum mei potens sum.* Is vero est, qui uno, & proprio verbo dicitur pupillus, vel pupilla: neque enim pupillus is est, quamvis sit impubes, qui alieni juris est, sed qui sui juris est, & sub tutore, vel sub tutoribus agit. Denique tutor, & pupillus duo sunt quasi cognata, conjunctaque nomina, nec alterum sine altero esse potest, *l.8. §. synvetera nus, de excusat. tutor. l. pupillus* 239. *de verbor. signif.* Seneca ad Helviam matrem, sic ille liber est inscribendus: *Novatillam*, inquit, *sic in me transtuleram, sic mihi adscripseram, ut posset videri, quod me amisit, quamvis salvo patre, pupilla.* Nam pupilla proprie est, quæ patrem amisit, vel morte, vel emancipatione, id est, quæ desiit esse in familia patris, qui quæve alieni juris est, ut puta in potestate patris, vel in mancipio domini, vel in manu mariti, tutorem habere non potest, *l.pen. §.1. quod falso tut. auct. l.cum filiusfam. l.miles ita, §. nec tutorem, de milit. test. l.si putas, C. de petit. hered. l.1. C. de pat. pot.* Quod usque adeo verum est, ut & impuberi, cujus pater, in cujus potestate erat, captus est ab hostibus, non possit tutor dari propter spem postliminii, quia post regressum patris confestim recidit in ejus potestatem: spes postliminii facit, ut & adhuc videatur esse in patris potestate, & consequenter, ut tutor ei dari non possit, detur tamen curator bonis, ne in medio pereant, *l.muto, §.ult. h.t.* Qua de causa & tutelam impuberis patrisfam. aut matrisf. adrogatione, & conventione in manum, & servitute, atque etiam hoc casu captivitate finiri constat, *l.si adrogati, h. tit.* Nondum est satis: nam & civem Rom. esse oportet eum, cui datur tutor, & civem æque Rom. tutorem dari, *l.1 t. in fine tit. seq.* Jura propria civium Rom. tutelæ sunt, & hereditates, & connubia, & agnationes, & gentilitates, patria potestas, non peregrinorum: non ergo deportatorum in insulam pœnæ causa, quia deportatio facit peregrinum, & mulctat civitate Romana. Ideoque & deportatione tutela finitur, *d.l.si adrogati.* Sunt autem hoc loco in Acc. glossis multa menda. Primum, *vir & potestas*, inquit, id est, violenta potestas, qua interpretatione nihil insulsius, & dedignor hic addere plura. Ac præterea his verbis in *capite libero*, excludi servum, inquit, imo & liberum hominem, si alieni juris sit. Infert duobus tantum casibus servum habere tutorem, quorum unus sit in *l.ei, qui de statu suo litigat, de tut. & cur. dat.* quæ certe servo non dicit tutorem dari, sed ei, qui de statu suo litigat, id est, qui ex libertate petitur in servitutem: & ita demum etiam palam, & aperte ait, tenere dationem, si liber sit: eventus causæ liberalis declarabit jure datus fuerit tutor nec ne, interim vindiciæ dantur secundum libertatem, & pro libero habetur in causis omnibus, ut *l.33. servum, §.1. de procurat.* quæ cum sit ex eodem lib. commodissime applicabitur *d.l.ei, qui*, & libero igitur, non servo datus tutor intelligitur. Alter autem casus in *l.si impuberi, de tutoribus, & cur. dat.* quæ lex neque dicit, neque adsignificat servo tutorem dari, quinimo heres rogatus servum hereditarium impuberem manumittere, eique hereditatem restituere, ut ibi ponitur species, heres quolibet de populo postulante, quia libertatis causa publica est, cogitur servum impuberem manumittere, & manumisso demum, ac perducto ad civitatem Rom. tutor datur specialis, ut *l.apud, §.ult. ad SC. Treb.* quo scilicet auctore etiam heres ei restituat fideicommissariam hereditatem, quo facto heres ipse quasi manumissor succedit in tutelam. Ille specialis temporarius est tutor. Debuit potius Accursius adnotare casum, quo filiusfamil. tutorem habet ex *l.ult. §.quibus, C. de sentent. passis*, ubi patre deportato in insulam, atque ita filio ejus impubere, qui in civitate mansit, sui juris effecto, eique tutore dato, ac postea patre civitati restituto beneficio Principis, ac proinde recuperata patria potestate in filium adhuc impuberem, si ejusmodi sit pater, ut ad omne vitium omnemque luxuriam mores suos instruxerit, & composuerit, melius esse ait Imperator, ut qui impuberi filio ab initio jure tutor datus est, tutor maneat, ut ejus consilio regatur, non prodigi, aut luxuriosi, aut dissoluti patris. Facilius retinetur tutor, qui ab initio jure datus est, quam datur: nec sane post restitutionem patris jure ei daretur tutor. Idem Accursius his verbis, *ad tuendum eum, qui propter ætatem suam, &c.* ait, excludi patrem, quasi & patris munus non sit tueri liberos, cujus etiam locum ea ratione tutorem obtinere Theop. noster scribit in *§. 1. de satisd. tut.* Idem his verbis *propter ætatem suam*, excludi curatorem quasi, si diis placet, & curator non detur ætate minoribus, mollibus & ætate fluxis animis, ut Sallust. loquitur. Idem etiam Acc. non percipit hæc verba definitionis, *jure civili data, ac permissa*, non animadvertit jus civile id dici, ut sæpissime in jure specialiter, quod 12. tab. continetur. Et ex 12. tab. tutelam dari atque deferri agnatis proximis virilis sexus, si nulli testamento parentis tutores instituti sint, & patronis quoque, *l.1. inf. de leg. tut.* Permitti autem tutelam, id est tutoris dationem permitti parentibus in testamento, qui liberos impuberes in potestate habent, *l.1. & 20. tit. seq.* nempe his verbis: *paterfa. uti legassit super pecunia tutelave sua, ita jus esto:* & alio capite: *si intestatus moritur, familia tutelaque ejus agnatorum gentiliumque esto.* Denique jure civili, id est, 12. tab. tutela datur proximis agnatis: permittitur parentibus, qui impuberes in potestate habent. Testamentaria igitur, & legitima tantum tutela in hac definitione demonstratur. Nam dativa tutela, quæ datur à ma-

magistratibus, postea introducta est lege Attilia. Multo majora Bartolus hac in re minuta peccavit, & insigniter quidem, quum hæc verba in *capite libero*, adserit esse accipienda de tutore, non de impubere, non animadvertens ἀρχαϊσμὸν, *in capite libero*, pro *in caput liberum*, ut illo Poetæ loco,

Nil animis in corpore juris.

Et in 12. tab. *in eo pecuniaque ejus potestas esto*, apud Cicer. ut inde liceat conjecturam facere, qui naufragium faciunt in parvo flumine, quales gubernatores sint in mari Ægæo. Mitto veriloquium tutoris, quod hic Stoicos imitatus exposuit Paulus, & transeo ad *§. ult.* in quo ait.

AD *§. ult.* Ait: *Mutum, aut surdum tutorem dari non posse*: & mutum, quia auctoritatem pupillo negotium aliquod contrahenti præbere non potest. Unde collige, & serva perpetuo, auctoritatem tutoris verbo interponi, cum se probare palam tutor dicit id, quod agitur, *l. 3. de auct. tut.* scripto, aut per epistolam non interponi, *l. 9. §. pen. de auctor. tut.* Quanquam in *d. l. 3.* tentet Accur. etiam taciturnitatem tutoris sufficere. Quod si esset verum, & mutus tutor esse posset. Surdum autem tutorem dari non posse; quia non potest exaudire verba eorum, qui cum pupillo contrahunt. Quod confirmatur etiam *l. pen. §. ult. de leg. tut.* Addamus ex *l. 20. tit. seq. de testam. tut.* quæ est ex eod. lib.

Ad L. XX. de Testam. tut. *Tutor incertus dari non potest.*

Ad §. Testamento *quemlibet possumus tutorem dare, sive is prætor, sive consul sit: quia lex duodecim tabul. id confirmat.*

TUtorem etiam incertum dari non posse, puta hoc modo, quicunque sequenti anno consul factus fuerit, filio meo tutor esto: Nam & consul, & prætor tutor dari potest, quia ut ait lex 12. tab. generaliter loquitur, *paterf. uti legassit, &c.* Et eleganter *§. tutor, Instit. de legat.* certo judicio debere patremf. pro tutela suæ posteritati cavere. Et eo respiciens, ut opinor, Ulpian. *lib. sing. reg. Testamento nominatim tutores datos confirmari lege 12. tab.* ubi utitur eodem verbo, quo hæc lex 20. quia, inquit, si consul, vel prætor tutor datus sit, lex 12. tab. id confirmat. Unde etsi ita pater dixerit in testamento: *quisquis primus ad funus meum venerit, filio meo, tutor esto*, inutilis datio est, & tutela ad agnatos, aut gentiles revertitur. His adjecit Paulus in *l. 6. de legit. tut.*

Ad L. VI. de Leg. tut. *Intestato parente mortuo, adgnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit: sed & is, qui testamento liberis suis tutores non dedit. Quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. Idem dicemus, si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela ejus ad agnatum revertitur.*

DEficiente testamentaria tutela, cui datur primus locus, Paulus ait, succedere legitimam, puta intestato parente mortuo, agnatis proximis tutelam impuberum liberorum deferri: & intestatum videri parentem, si tutorem non dederit liberis, licet testamentum fecerit, id est, si quod ad tutelam attinet, intestatus decesserit, etiamsi non quod ad cætera, vel etiamsi testamento tutorem dederit, & is vivo testatore decesserit, ut est rectissime expressum in *§. pen. Instit. de leg. agnat. tut.* secundum quem & hæc lex sic accipienda est, & *lex 11. de test. tut.* nimirum, ut si tutor testamentarius vivo testatore vita decesserit, tunc tutela revertatur ad proximum agnatum, tutorem legitimum: Nam si mortuo testatore, postea qui jam cœperat esse tutor testamentarius, tutor vita decesserit, proculdubio tutela ad agnatos non revertitur; sed alius à magistratu tutor dandus est: neque enim legitimo tutori est locus, nisi cum mortis tempore deficit tutor testamentarius: atqui non deficit. Et sic si tutor testamento datus vivo testatore mutus, aut surdus factus fuerit, fateor, tutelam ad agnatos reverti, sed si mortuo testatore in hoc vitium inciderit, alius in ejus locum dandus est à magistratu. Et hoc vult *lex pen. de tut.* Ad hæc etiam notandum ex *l. 8. eod. tit.* de *leg. tut.* quæ est ex hoc lib. 38.

Ad L. VIII. eod. *Si reliquero filium impuberem, & fratrem, & nepotem ex alio filio: constat utrosque esse tutores, si perfectæ ætatis sunt, quia eodem gradu sunt.*

SI plures sint agnati ejusdem gradus, simul omnes, ut ad hereditatem legitimam, & ad tutelam quoque legitimam vocari. Fac filio impuberi, quem quis moriens reliquit, superesse patruum, & fratris filium, superesse patruum, qui defuncto patri est frater, superesse fratris filium, qui defuncto patri est nepos ex alio filio: ambo filio impuberi sunt eodem gradu, nempe 3. gradu, & ambo igitur venient ad tutelam impuberis legitimam. Verum addit hunc modum *l. 8.* si perfectæ ætatis sint, id est, si sint majores 25. annis. Quod absque dubio Tribonianus adjecit ex constit. Justinian. id est, ex *l. ult. C. de leg. tut.* quæ vetat, ne ad ullum genus tutelæ minores 25. annis admittantur. Ante eam constit. etiam minores 25. annis, etiam pupilli, erant legitimi tutores, jure scilicet, & nomine, non administratione: quod si vis tibi amplius approbari, adi, si placet observationem 17. *cap. 28.* Restant ex hoc lib. 38. leges tres duntaxat, vid. *l. 12.* de *admin. tut. & l. 5. de fidejuss. tut. l. 28. de solut.*

Ad L. XII. de Adm. tut. *Cum plures tutelam gerunt, nulli eorum in contutorem actio pupilli nomine datur.*

Ad §. Quæ bona fide *à tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Trajani, & Adriani. Et ideo pupillus rem à tutore legitime distractam vindicare non potest: Nam & inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur: nemine scilicet emente. Nec interest tutor solvendo fuerit nec ne, cum si bona fide res gesta sit, servanda sit, si mala fide alienatio non valet.*

Ad §. Nimium est, *licere tutori, respectu existimationis pupilli, erogare ex bonis, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus.*

Ad §. Cum tutor *non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli præponatur; in primis mercedes præceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet. Alimenta servis liberisque, nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, præstabit. Solemnia munera parentibus cognatisque mittet. Sed non dabit dotem sorori alio patre natæ, etiamsi aliter ea nubere non potuit: Nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quæ servanda arbitrio pupilli est.*

Ad §. Si tutor *pecuniam pupillarem credere non potuit: quod non erat cui crederet: pupillo vacabit.*

IN *l. 12. de admin. tut.* primum quæro, si plures sint tutores, qui tutelam gesserint, & unus aliquid male, aut perfide administrarit. Quæritur, an alii statim adversus eum agere possunt pupilli nomine, actione tutelæ scilicet? Et ex initio hujus legis, intelligimus non posse: quia nec pupillus ipse manente tutela, durante tutela, tutelæ agere potest, *l. 1. in fine, l. 4. de tutel. & rat. distrab.* Est enim hoc judicium generale de restituenda universa tutela; & reddendis rationibus tutelæ administratæ, quo importune, & intempestive agitur ante finitam tutelam, ante expletum, & finitum officium tutelæ. Cæterum non prohibetur contutos etiam manente tutela contutorem suspectum postulare, id est, agere cum eo suspecti ex 12. tabul. ut tutela abeat, *l. 5. in princip. de susp. tut.* Et ita accipiendum est initium hujus l. Ubi igitur tutelæ agi non potest, suspecti agi potest: ut vice versa, ubi suspecti agi non potest, tutelæ agi potest, quod omnium optime probat *l. 3. §. quæri, de susp. tut.* Cujus sententia hæc est. Qui tutores pupilli fuerunt, finita tutela pubertate, inviti curatores non fiunt. Satis enim abundeque est, quod tutelam gesserint, nec coguntur etiam inviti curam administrare, *l. 13. §. ult. de tut. & ration. distr. l. curator, C. de excusat. tut.* Medium tempus inter patrem senem, & filium ætate parvum, occupant duo diversa diversorum officia, tutoris, & curatoris, ut eleganter Orosius ait l. 2. c. 1. *Inter Babylonium, & Romanum regnum quasi inter patrem senem, & filium parvum, Africanum, & Macedonicum brevia, & media regna, quasi tutorem curatoremque venisse, pote-*

potestate temporis, non jure hereditatis admissa. At si qui tu- A telam gesserunt adolescenti etiam, aut volenti, aut decreto prætoris, vel præsidis, quod ei testamento patris, quamvis non jure curatores constituti essent, curatores confirmati fuerint, *ut l. Cajus, de excus. tut.* unus ex eis ob delicta ante gestæ tutelæ à concuratore suspecti postulari non potest, ut removeatur à curatione: conveniri tamen potest actione tutelæ, quia finitum jam est officium tutelæ, & sumptum aliud officium, nempe curationis officium. Unde apparet, quando agi potest tutelæ, ob eandem causam suspecti agi non posse. Sequitur in §. 1. hujus leg.

AD *§. Quæ bona fide*. Bona fide & legitime à tutore gesta, & alienata ex rebus pupilli, rata habenda esse indistincte: sive finita tutela tutor solvendo sit, sive non, si- B ve impar sit, sive par faciendæ pupillo pariationis, id est, paris rationis, neo à pupillo posse revocari, aut vindicari res à tutore bona fide, & legitime distractas pupilli nomine. Imo rebus evictis pupillum emptoribus teneri evictionis nomine, quia cum tutoribus male non contrahitur, ut docet *lex 4. de evict.* nimirum, quia alienatio valet omnimodo. Et ut eleganter ait in *hoc §. 1.* inutile est, *il est dommageable*, damnosum est pupillis, si administratio tutorum non servatur, quam comitata est bona fides, & legum auctoritas. Alioquin nemo volet à tutore ullam pupilli rem emere, quam tamen forte distrahi pupillo maxime expedit. Qua ratione etiam dicitur in *l. quod si minor, §. non semper, de minoribus*, non temere cum minoribus gesta esse rescindenda: alioquin nemo vellet ullum cum minoribus negotium contrahere, & quodammodo minoribus commercio interdicere- C tur. At mala fide à tutore factam rerum pupillarium venditionem, & traditionem, veluti per sordes, aut gratiam, Paulus ait, nullius momenti esse: transferre igitur dominium in emptorem non posse: & pupillo integram, atque incolumem rei venditæ, & traditæ vindicationem esse. Additur in *§. nimium est*, ea tamen, quæ modum excedunt, licet à tutore gesta sint bona fide, veluti respectu existimationis pupilli dignitatisque natalium, respectu famæ, & nominis pupilli, rata habenda non esse, ut si ex bonis pupilli, impendat in epulas lautiores res, vel in nitidiorem supellectilem. quod ex suis bonis ipse non honestissime erogaturus fuisset, si pædagogia pupilli, *les pages*, nimis pretiosa veste succingat: nimiæ enim, & immodicæ erogationes tutori reputantur in judicio tutelæ, non pupillo. Culpatur nimietas in impendiis, in actione omni. Et notanda est illa locutio *respectu* D *existimationis pupilli, ayant esgard à son estat*, ut in *l. 1. h. t.* prospectu officii, *ayant esgard à la charge*. Mox in §. pen. hoc posito quod est certissimum, tutorem non tantum rebus, sed etiam moribus pupilli præfici, præponi, subinfert, tutoris officio, hoc notandum in primis, incumbere, ut præceptoribus liberalium artium pupilli mercedes præstet pro modo facultatum pupilli, & pro dignitate natalium. Itemque ut præstet alimenta servis libertisque pupilli domesticis, atque etiam exteris, si hoc pupillo expediat, si forte dant operam pupillo. Itemque, ut solemnia munera parentibus cognatisque pupilli mittat: ergo si ea miserit, ea in judicio tutelæ pupillo reputabit: sic est: dummodo servaverit quod prædictum est, *ne quid nimis*: nuptialia tamen munera, nuptiales sportulas matri, aut sorori pupilli tutor non mittet, aut non reputabit, quia perquam necessaria ea muneratio non est, quod ostendit lex quæ seq. 13. *§. ult. & l. 1.* E *§. præterea, de tutel. & rat. distr.* Igitur hoc loco *solemnia munera* ea tantum dicit, quæ non necessaria, sed perquam necessaria sunt, *τὰ ἔννομα, τὰ νενομισμένα*, & quasi debita parentibus, & cognatis, & quæ præbentur tantum parentibus, & cognatis: ergo non *strenas* dicit, non *natalia*, non *nuptialia*: nam & hæc amicis debentur, non parentibus, aut cognatis solis, & perquam necessaria etiam non sunt. Plane enim voluntaria sunt, & arbitraria: solemnia munera dicit ea, quæ *χαριστεῖα* dicebantur, ut Valerius docet *lib. 2.* Et chara cognatio. Tertullian. lib. de Idololat. *Charæ cognationis honoraria exigit*. Martialis 9.

Chara daret solemne tibi cognatio munus:

Ovid. 2. Fast.

Proxima cognati dixere χαριστεῖα Chari:

Et rectissime in glossis veterum: chars cognatia. *ἐφέστια*: rectissime: nam convivia solemnia erant, quibus præter parentes, & cognatos nemo interponebatur, & quasi parentalia quædam, quia & in eis omnium charorum cognatorum jam vita defunctorum nomina ciere solebant, id est, *τὰ ὀφειλόμενα*. Quod & Ovidius illo loco ostendit. Et præter convivium, quod cognatorum quisque sua vice necessario obibat, etiam ut moris erat singulis conviviis *ἀποφόρητα* dabantur, aut mittebantur: hæc erogatio, hæc muneratio est necessaria, & pernecessaria. Hanc solam tutor reputat pupillo, non munerationes non necessarias. Sequitur in eod. §. Si tutor dederit dotem ex bonis pupilli sorori ejus uterinæ, quæ cognata ei est, non agnata, etiamsi non habuerit illa unde nuberet, etiamsi aliunde nubere non potuerit, id tutorem non reputare pupillo: nam etsi honeste sorori quoque uterinæ pupillus in dotem det, non cogitur tamen dare, ne inopi quidem. Et hoc pendet tantum ex ejus liberalitate, quæ arbitrio ejus relinquenda, & servanda est, non tutoris, ut quum erit grandior, tum si velit etiam uterinæ sorori dotem constituat. Liberalitatis modus ex adolescentis bonis, in adolescentis, non tutoris voluntate est, quæ sententia ex contrario præstat nobis certissimum argumentum existimandi fratrem sorori consanguineæ, sive germanæ, quæ agnata, & cognata est, si ea aliunde nubere non possit, dotem constituere debere. Est in hanc rem hic locus valde singularis. In §. ult. hujus legis docet.

AD *§. ult.* Si tutor ideo pecuniam pupillarem fœnori non occupaverit, quod non esset vir idoneus, cui fœneraret, hoc tutori non reputari: nec debere eum ejus pecuniæ usuras pupillo dependere, ut *l. 3. C. de usur. pup.* Quid igitur? pecuniam illam pupillo vacare, pecuniam illam pupillo esse sterilem, otiosam, vacuam, & necessario quidem propter penuriam hominum idoneorum, quibus credi possit. Eadem vero, quæ reputantur tutori in judicio tutelæ, reputantur etiam fidejussori ejus, qui cavit rem pupilli salvam fore: & contra, quæ non reputantur tutori, nec fidejussori ejus. Et hoc habetur in *l. 5. de fidejuss. tut.* quæ est ex hoc libro. Et utimur apte verbo *reputationis* hac in re, quoniam judicium tutelæ de calculo est, de reputatione est, de rationibus reddendis. Alia reputantur pupillo à tutore, alia tutori à pupillo. Et hoc etiam libro habemus in *l. 28. de solut.*

Ad L. XXVIII. de Solut. *Debitores solvendo ei, qui pro tutore negotia gerit, liberantur, si pecunia in rem pupilli pervenit.*

DEbitorem pupilli ipso jure omnimodo liberari, si tutori solvat, ut *l. Lucius, §. tutelæ, de admin. tut.* Sed si debitor pupilli solvat ei qui pro tutore negotia gerit, cum tutor non sit, tutori putatitio, tutori falso, non aliter liberatur, quam si pecunia versa sit in rem pupilli, quoniam huic rerum pupilli administratio concessa non fuit, *l. apud, §. si quis non tutor, de doli except.* Nec quidquam præterea habemus in hoc libro.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXXIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLVIII. ad L. Aquil. *Si servus ante aditam hereditatem damnum in re hereditaria dederit: & liber factus in ea damnum det: utraque actione tenebitur: quia alterius, & alterius sunt.*

OMNIA fragmenta, omnesve leges Libri XXXIX. sunt de furto, excepta *l. 48. ad leg. Aquil.* quæ est de damno injuria dato, quæ tamen recte, & vere protrahetur, & accomodabitur etiam ad furti causam. Credibile autem est, cum immensus sit tra-

tractatus de tutelis, non superiore tantum, sed & hoc libro 39. Paulum egisse de tutelis, eique occasionem scribendi de furtis dedisse actionem eam, quæ appellatur actio *de rationibus distrahendis*, quæ adversus tutorem datur in duplum ex 12. tab. qui intervertit rationes pupillares, quive avertit, aut intercepit pecuniam pupillarem, quive furandi animo rem aliquam abstulit ex pupilli bonis, cum qua actione etiam concurrit actio furti pœnalis, nec altera alteram tollit, *l. 1. §. in tutela, l. 2. de tut. & rat. distr.* Concurrit etiam cum actione de rationibus distrahendis condictio furtiva, *d. l. 2.* Et actio quidem de rationibus distrahendis, quam dixi esse in duplum, mixta est actio, quia id persequitur, quod pupillo abest, ac præterea alterum tantum, si id quod pupillo abest, arbitrio judicis non restituatur, quia arbitraria actio est. Qua de causa, si condictione furtiva pupillus consecutus fuerit quod fuerit ablatum, tollitur actio de rationibus distrahendis, quia nihil pupillo abest, quæ tamen non tollitur actione furti, quia in actione furti extra rem, quæ abest, duplum est, id est, totum duplum pœna est. In actione de rationibus distrahendis duplum non est extra rem, *d. l. 2. l. tres tut. de admin. tut.* Eademque ratione si actione tutelæ pupillus consequutus fuerit quod fuerit ablatum, cessat actio de rationibus distrahendis, quia nihil pupillo abest, non cessat tamen actio furti: si actum sit tutelæ, & per eam, quod sibi abest pupillus consecutus sit, cessat actio de rationibus distrahendis, quia una obligatio, unum factum, una res est, ex qua tutelæ actio nascitur, & actio de rationibus distrahendis, permissa electione pupillo finita tutela hac, vel illa experiri, suumque persequi. Duæ autem sunt obligationes tutelæ, & furti, ex quibus & duæ nascuntur actiones, actio tutelæ sive rationum distrahendarum, & actio furti, *d. §. in tutela*. Et ideo altera alteram non tollit: actio tutelæ, vel actio de rationibus distrahendis non tollit actionem furti: quia diversæ obligationes sunt. Quomodo & hoc ipso lib. ut constat ex *l. 48. ad leg. Aquil.* Paulus scripsit. Si servus hereditarius domini testamento manumissus ante aditam hereditatem damnum in re hereditaria dederit dolo malo, & post aditam hereditatem libertatem adeptus ex testamento in eadem re damnum dederit, quia sunt duæ obligationes, duo facta, utramque eum noxam sequi, ac proinde post libertatem adeptam duabus eum actionibus teneri, una ex edicto, *si is, qui ex testamento liber esse jussus erit post mortem domini, ante aditam hereditatem subripuisse, vel corrupisse quid dicetur*. Et altera ex *leg. Aquil.* ut rectissime in hac l. 48. Accursius adnotavit. In priori actione, quæ ex illo edicto competit, venit dolus duntaxat: in posteriori, quæ est ex leg. Aquilia venit etiam culpa levissima, *l. 44. eod. tit. ad leg. Aquil.* His autem duabus actionibus eum teneri, quia, ut ait lex 48. alterius, & alterius facti hæ res sunt, nimirum uno facto damnum dedit rei hereditariæ, altero facto damnum dedit rei jam heredis factæ per aditionem hereditatis. Duo igitur sunt facta, & duæ obligationes. Idcirco altera alteram non tollit: qua ratione etiam utitur *d. §. in tutela*, & est simile argumentum in *l. 16. de neg. gest.* de damno autem dato loquitur illa *lex* 48. non de furto, quia si jacenti hereditati, & nondum aditæ servus testamento manumissus furtum fecit, dominæ furtum fecit, quia hereditas jacens dominæ locum obtinet, *l. denique, §. quæsitum, quod vi, aut clam.* Dominus autem, aut domina non possunt cum servo suo habere actionem furti. Ergo quod ante aditam hereditatem furtum fecerit, amota re quadam hereditaria, non ideo tenetur actione furti post libertatem, sed tamen, quia ex illo edicto *si is, qui testamento liber esse jussus erit, &c.* servus testamento manumissus, qui ante aditam hereditatem ex ea aliquid amovit dolo malo, perinde tenetur actione in duplum, atque si furtum fecisset revera, si etiam post aditam hereditatem ex ea aliquid amoverit dolo malo, eandem rem contrectaverit, atque ita heredi quoque furtum fecerit, duabus actionibus tenetur, actione in factum ex illo edicto, *si is, qui testamento, &c.* comparata ad similitudinem actionis furti, & actione furti directa & civili, *l. 1. §. 1. & l. pen. inf. si is, qui testam.* & ita explicanda est illa *lex* 48. *ad leg. Aquil.* Cæteræ leges, quæ sunt ex hoc libro palam, & aperte de furto perscriptæ sunt omnes, de quo, quod esset Paulus occasione rapta unde dixi, aliquando fusius tractaturus, cœpit, ut opinor, hunc librum à definitione actionis furti, atque etiam rei ipsius, quæ ex hoc libro proponitur in *l. 1. de furt.* ad quam transeo.

Ad L. I. de Furt. *Furtum à furvo, id est, nigro, dictum Labeo ait, quod clam, & obscure fiat, & plerunque nocte: vel à fraude, ut Sabinus ait: vel à ferendo, & auferendo, vel à Græco sermone, qui φῶρας appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν, id est, à ferendo φῶρας dixerunt.*

Ad §. Inde sola *cogitatio furti faciendi, non facit furem.*

Ad §. Sic is, *qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur: sed ita, si intercipiendi causa occultaverit.*

Ad §. Furtum est *contrectatio rei fraudulosa, lucrifaciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.*

Ac primum ibi duæ potissimum proponuntur definitiones nominis, servaturque ordo artis, prius definiendum esse nomen, quam rem. Ac primum quidem furtum, ut ait à furvo, id est, nigro dici. Quomodo & una Harpyarum est κελαινὼ, quo nomine nigrum significatur, ut Fulgent. scribit in libris μυθολογικῶν. Et hoc, ut, ait, quia furtum fit clam, & obscure, & plerunque nocte. Qua re etiam furtum à rapina discriminatur, quia furtum non fit palam, ut rapina: sed, vel clam fieri potest, *l. in duobus, §. si quis juraverit, de jurejur.* Inde & *l. 2. §. generaliter, vi bon. rapt.* ex quibus causis furti actio mihi competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me actionem vi bon. rapt. in re facta per vim, in re erepta vi aperta, *& l. 8. §. 1. & §. ult. arb. fur. cæs.* non eum, qui per vim sciente domino arborem cædit, sed eum, qui clam cædit, teneri actione arbor. furt. cæs. ex 12. tab. *& l. ult. C. quibus ad lib. prov. non licet.* furtiva compendia obscure capi, & parari, & plerumque nocte, inquit. Unde illud Homeri Iliad. 3. κλέπτῃ δέ τε νυκτὸς ἀμείνω: hoc sensu, *noctem amicam esse furibus inimicam pastoribus*: addit Paulus, vel furtum dictum ab *auferendo*, quia nec furtum fit cogitatione, vel animo solo: non fit verbo, non fit scriptura, *l. si quis uxori, §. neque, hoc tit.* non fit inficiatione, ut si depositarius depositum inficietur, non statim furti tenetur: sed ita, si id intercipiendi animo occultaverit, & contrectaverit. Sequitur definitio rei. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucrifaciendi causa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.* Furtum est contrectatio, quæ scilic. fit quum res movetur loco: nam rei immobilis furtum non fit, sed rei mobilis tantum, *l. 1. de distr. pignor.* contrectare nihil aliud est, quam loco movere, & contrectatio fraudulosa, inquit, quia non eadem est ratio damni dandi, & furti faciendi: damnum datur etiam culpa levissima: furtum fit dolo malo duntaxat, & ut subjicit, lucrifaciendi gratia, lucri sui causa, *l. 21. §. 1. rer. amotar.* Lucrifaciendi causa, vel ipsius rei, inquit, vel etiam usus ejus, possessionisve: ipsius rei, id est, proprietatis: Nam rei appellatio in jure semper proprietatem denotat, & destinat. Et ita dominum agere furti, quanti interfuit ejus proprietatem non esse subtractam, id est, rem, *l. inter omnes, §. si servus, hoc tit.* & actione furti domino præstari proprietatis causam, *l. furtivam, hoc tit.* ratione autem possessionis actio furti datur non domino, bonæ fidei tamen possessori, *d. l. furtivam*, vel etiam creditori pigneratitio, si vel debitor ipse, vel alius rem pignori datam intervertat, *l. cum ær. §. 1. & d. l. si inter omnes, §. si servus*: ratione autem usus actio furti datur usufructuario, *d. l. cum æs, §. 5. & d. §. si servus*. Dator etiam quandoque domino ipsi actio furti usus gratia, sive usus ratione, ut si commodatarius rem, quam à domino utendam accepit, alii invito domino commodaverit. Nam ob interversum usum rei commodatæ domino tenetur actione furti, *l. si pignore, §. 1. hoc tit.* Sic igitur apparet quemadmodum, & quomodo fiat furtum, vel ipsius rei, vel usus ejus, vel possessionis ejus. Dices ad hæc & objicies: imo omne furtum est interversio possessionis, & generaliter, aut furtum non fit, aut furtum fit possessionis semper.

Quod

Quod & ita scriptum est in *l.* 1. *§. Scævola, si is, qui test.* Idque, vel ex eo apparet evidenter, quod ubi nullus est rei possessor, ubi possessio vacat, etiamsi ejus rei dominus aliquis existat, furtum ejus rei fieri non potest, quæ à nemine possidetur, quamvis dominum certum habeat, ut hereditate jacente, apud quam interim, id est, ante aditam hereditatem rerum dominium esse intelligitur, ut ante diximus, rerum dominium, non etiam possessio. Cur non? quia possessio res est facti & animi, & factum, vel animus non cadit in rem incorpoream: hereditas autem est res incorporea, id est, jus successionis, quod abstrahimus intellectu, non sensibus percipimus, vel corpore: hereditas jacens est quidem domina, sed domina sine possessione, domina expers, & impos possessionis. Ideoque nec rei hereditariæ furtum fit, jacente hereditate scil. nam adita hereditate jam non est res hereditaria, sed res heredis, *l. hereditariæ, hoc t.* Quid ergo dicimus, cum furtum fit? possessionis semper furtum fit, aut certe furtum non fit: hoc est certissimum. Et tamen in definitione hac, in qua accuratius hoc distinguendum fuisse videbatur, ait, *furt. fieri, vel rei ipsius, vel usus, vel possess.* Dico possessionis semper furtum fieri: nam & domino, cujus res subripitur, sane possessionis civilis furtum fit, & fructuario similiter, cujus ususfructus, vel bonæ fidei possessori, cujus possessio intervertitur. Æque possessionis furtum fit, civilis, vel naturalis: bonæ fidei possessori civilis, si ex justa causa adquirendi dominii possidet, usufructuario naturalis possessionis: nec si possessio non intervertatur, ulli unquam furtum fit. Igitur solius rei, vel usus furtum non fit, solius possessionis fit, veluti bonæ fidei emptori, qui in re, quam possidet nihil aliud juris habet: cum tamen bonæ fidei possessori furtum fit, domino etiam furtum fit, & utrique defertur actio furti, *l. furtivam, hoc tit.* sed domino jure dominii, in qua æstimatur verum pretium rei, *l. si vendidero, §. 1. hoc tit.* bonæ fidei possessori, jure justæ possessionis, in qua æstimatur possessionis pretium, non verum rei pretium, quæ non est actoris: & pari modo, quum usufructuario furtum fit, proprietario etiam furtum fit, & utrique defertur actio furti, *l. inter omnes, §. si servus, hoc tit.* proprietario jure dominii, in qua verum rei pretium venit, fructuario jure ususfructus in qua ususfructus tantum pretium venit. In actione furti pretium duplatur, si sit non manifesti, vel quadruplatur, si sit manifesti: duplatur, inquam, vel quadruplatur id, quod interest, quod domino agente non excedit verum rei pretium: alio autem agente non excedit pretium juris, quod in re subrepta habet. Ex his, quæ sunt certissima, intelligimus, semper possessionis furtum fieri, nam & ei, cui rei furtum fit, puta domino, possessionis furtum fit, & ei, cui usus furtum fit, possessionis furtum fit, atque eo respectu duntaxat furtum ei fit, & retro, ubi alicui possessionis solius furtum fit, tum etiam domino furtum fit: additur in extremo: *quod lege naturali probibitum est admittere*, hoc est, quod ait *l. probrum, de verb. sign.* furtum esse natura probrum, quod adsignificat etiam hoc loco dum ait, *probibitum*: nam veteres dixerunt probrum quasi *probibitum*, ut quidam notant.

Ad L. LIII. eod. *Qui injuriæ causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotæ sint, non tenetur furti: nam maleficia voluntas & propositum delinquentis distinguit.*

Ad §. Si servus *commodatoris rem subripuerit, & solvendo sit is, cui subreptum est: Sabinus ait, posse & commodati agi cum eo, & contra dominum furti servi nomine. Sed si pecuniam, quam dominus exegit, reddat, evanescere furti actionem. Idem & si remittat commodati actionem.*

Ad §. Quod si servus *tuus rem tibi commodatam subripuerit, furti tecum actio non est, quia tuo periculo res fit: sed tantum commodati.*

Ad §. Qui alienis *negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet: licet culpa ejus res perierit. Sed actione negotiorum gestorum, ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit: vel in eo tutore, qui diligentiam præstare debeat: veluti, qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione; solus administrationem suscepit.*

Ad §. Si ex donatione *alterius rem meam teneas, & eam subripiam: ita demum furti te agere mecum posse, Julianus ait, si intersit tua retinere possessionem: veluti si hominem donatum noxali judicio defendisti, vel ægrum curaveris, ut adversus vindicantem justam retentionem habiturus sis.*

Cum jam exposuerim ex lib. 39. *l.* 1. *de furtis*: & supersit alia lex in eod. tit. ex eodem libro, mihi ea prius exponenda est, quam cæteræ: ea est *l.* 53. *de furtis*: initio ait, eum, qui injuriæ causa fores ædium alienarum effregit, non teneri actione furti, etiamsi fures ab eo non inducti postea res quasdam eduxerint, quia id fecit injuriæ causa, non furandi, aut opem furibus ferendi causa. Injuriam fecit, non furtum: voluntas, ut eleganter ait Paulus, & propositum delinquentis, id est, προαίρεσις delinquentis distinguit maleficia. Neque huic sententiæ obstat *l. in furti, §. pen. hoc tit.* quam objiciunt, nec tamen expediunt bene, quæ dicit, *ope consilio ejus furtum factum videri qui quid fecit*. Ergo & qui fores effregit inimicitiarum causa, non ut socii, quos secum duxerat, furarentur, si quid videlicet tamen socii furati sunt, quoniam, ut respondeam, quos secum ipse duxit ut fores effringerent, ii furtum fecerunt. Unde etsi injuriæ causa, vel inimicitiarum, quæ causa eadem est, adsumptis sibi sociis quibusdam januam ædium alienarum effregerit, quamvis hoc non animo fecerit, ut socii furtum facerent, si tamen socii furtum fecerint, furti tenetur, quasi ope, & consilio ejus admisso furto, quoniam ipse furto faciendo occasionem præbuit. Et ut, qui occasionem damni præbet, damnum fecisse videtur, *l. qui occidit, §. pen. ad leg. Aquil.* ita & qui occasionem furti dedit sociis adsumptis ad effringendum ostium alienarum ædium. At secus dicendum est, ut initio hujus legis 53. si extranei, quos sibi non adsumpserat socios, effractis foribus ædes ingressi quid compilaverint: tunc enim, ipse non tenetur furti: ratio distinctionis est evidentissima.

Ad *§. Si servus*. Sequitur in §. 1. Si rem, quam tu mihi commodasti, servus tuus mihi subripuerit, atque ita res perierit, si eam rem servus tuus averterit, & ego solvendo sim, id est, si tibi ejus rei æstimationem solvere possim, mihi servi tui nomine in te competit actio furti noxalis: tibi in me actio commodati, quia culpa mea res periit: furtum culpæ adnumeratur, non casui fortuito. Quod dixi, *si solvendo sim*, id ex Sabino Paulus refert hoc loco, & Modestinus confirmat libro 2. differentiarum apud Lic. Ruf. his verbis: *is, cui res commodata sit, furti experiri debebis, si modo solvendo fuerit.* Tu si mihi à te rem commodatam subripuisses, mihi non tenereris actione furti, nec ego tibi actione commodati, *l.* 59. *hoc tit.* At si eam rem mihi servus tuus subripuerit, & ego solvendo sim, ut dixi, tu mihi teneris actione furti noxali, & vicissim ego tibi actione commodati, quia culpa mea res subrepta est. Sed si, ut subjicit Paulus, tu mihi remittas actionem commodati, si mihi remittas culpam meam, vel si æstimationem rei, quam forte actione commodati à me jam exegisti, mihi reddas, proculdubio evanescit actio furti noxalis, quia nihil mea interest rem non subripi, aut subreptam non fuisse, quum nihil mihi ob eam rem abest, quia id, quod tibi eo nomine debebam, vel tu remisisti, vel jam tibi solutum reddidisti, *l. creditoris, §. dominus, hoc tit.* Et hoc si solvendo sim, ut dixi. Quid si solvendo non sim? Si ego solvendo non sim, ad te, si hoc res pateretur, rediret actio furti secundum distinctionem veterum, quæ obtinuit ante Justinianum, id est, ante *l. ult. C. de furt.* videlicet servo alienato, vel manumisso. Sed hoc res non patitur, quia in servum tuum tibi ab initio nata non est, vel parta actio furti. Et ideo nec ex post facto nasci potest, quæ ab initio nata non est, *l. servi, hoc tit.* At ponamus aliter speciem, & quæramus, quid sit dicendum, si non servus tuus, ut in priori specie, sed servus meus rem à te mihi commodatam subripuerit? Et ait Paulus subtiliter, tibi in me actionem tantum commodati competere, quod diligenter eam rem non servaverim, quod mihi non caverim à fu-

Digitized by Google

à fure domestico: tibi tantum in me actionem commodati competere, non actionem furti noxalem, quia ea res mihi periit: & mihi igitur potius, si id peteretur, actio furti competere deberet: sed dominus cum servo suo actionem furti habere non potest, *d.l. servi, l.1. §.1. si in testam. liber esse jussus*. Ego si eam rem subripuissem, quam tu mihi commodaveras, usu ejus interverso, tibi tenerer actione furti ex delicto meo: si servus meus eam subripuerit tibi, non teneur actione furti, noxali scil. si solvendo sim: Ita ut, quod tua interest, à me facile consequi possis actione commodati: si solvendo non sim, fateor te habere actionem furti noxalem, secundum illam distinctionem veterum.

AD *§. Pen.* Post hæc in *§*. pen. quæritur de negotiorum gestore, qui ultro sine mandato ad gerenda negotia sive bona aliena accessit, si qua res ex his bonis, quæ gerere, & administrare aggressus est, culpa ejus forte amissa sit, quia ejus interfuit rem non subripi, propterea quod eo nomine, quod culpa ejus res subrepta sit, domino tenetur actione negotiorum gestorum: an igitur ei adversus furem danda sit furti actio? Et videtur danda secundum generalem definitionem legis 10. hoc tit. quæ & fusa est per totum titulum: cujuscunq; interest rem non subripi: sive dominus sit, sive non, eum habere actionem furti. Et tamen Paulus dicit hoc loco, non aliter negotiorum gestori competere actionem furti, quam si ei cedatur à domino, id est, non aliter, quam si fiat procurator domini ad agendum furti in furem. Quam actionem utique etiam dominus ei cedere, & mandare cogitur, si eum velit damnare judicio negotiorum gestorum. Cur vero & suo nomine sine cessione negotiorum gestorum non habet actionem furti? Et ratio hæc redditur in *l.87. hoc tit.* quia eam rem domini voluntate non tenuit, quandoquidem sine mandato obtulit se negotiis alienis: & ideo in ea re servanda, quam exactissimam diligentiam præstare debuit, qua non præstita, & re subrepta per negligentiam ejus, & incuriam, plane furtum vitio suo imputat, adeo ut & quamvis ejus interfuit rem non subripi, non habeat in furem furti actionem, non magis, quam alius quilibet, qui rem alienam tenet. Ea re subrepta, non habet furti actionem. Et huic similis est, qui pro tutore negotia pupilli gerit, cum non sit tutor: quia & hic domini voluntate rem non tenuit. Ideoque ob rem sua culpa subreptam ex pupilli bonis, quamvis eo nomine pupillo teneatur, cum fure furti agere non potest. Idemque servatur, ut Paulus docet hoc loco, in eo, qui ex pluribus tutoribus testamento datis, vel ex pluribus tutoribus, aut curatoribus ex inquisitione magistratus datis, solus tutelam, vel curam administrat, oblata satisdatione rem pupilli, vel adolescentis salvam fore secundum formam edicti Prætoris, quæ explicatur in *§. sed si ex testam. Instit. de satisd.* quod servatur etiam in alio quolibet tutore, & curatore generaliter, ut ait *d.l.87.* qui modo tutelam, vel curam administrare, & diligentiam præstare debet, videlicet si ejus culpa res subrepta sit, ut quamvis ejus interfuerit eam non subripi, propter culpam, cujus nomine tenetur, tamen non possit agere adversus furem actione furti. Ex quibus apparet (nec desunt etiam multi alii casus similes) perpetuum non esse, quod dicitur, cujuscunque interfuit non subripi, eum habere furti actionem.

AD *§. ult.* In *§*. ult. hujus l. proponitur, extraneum mihi donasse servum alienum bona fide accipienti, & dominum eum servum mihi subripuisse, suam rem subripuisse: ex hac causa dominus furti non tenetur, quia plerumque rei suæ furtum non fit. In casu tamen proposito in *hoc §*. dominus mihi furti tenetur: videlicet, si justas causas habui domino servum vindicante, retinendi servi: verbi gratia, propter impensas necessarias, quas in servum feci, vel quia ægrum curavi, vel quia noxali judicio eum defendi, & pro eo litis æstimationem solvi, cum id expediret magis, quam noxæ eum dedi. Cui similis est casus alius de domino, qui rem, quam ipse commodaverat, commodatario subripuit in *l.15. in fine, & l.59. hoc tit.* Atque Accursius rectissime notat hoc loco, idem non esse dicendum, si rem alienam bona fide emptam à non domino, dominus emptori subripuerit. Cur aliud dicendum hoc casu; quia emptor rem non habet ex causa lucrativa, & gratuita, ut donatarius, vel commodatarius, quia pretium rei ei abest, & ideo emptori etiam in dominum actio furti datur, & dominus rei suæ furtum fecisse intelligitur, *l. eum qui, §.1. hoc tit.* Quod etsi debitor pignus creditori datum subripuerit, locum habet quia creditor rem pignori datam non habet ex causa lucrativa, *l.12. §.1. hoc tit.* Et nihil est præterea in *l.53.* His addamus *l.9. de nox. act.* ex eod. lib.

Ad L. IX. de Nox. act. *Si communis familia, vel communis servus furtum fecerit, altero ex dominis sciente: is, qui scit, omnium nomine tenebitur, & conventus alterum quoque liberat: nec à socio quidquam debet consequi: sui enim facti nomine pœnam meruit. Quod si is, qui ignoravit, duplum præstiterit, à socio simplum consequatur.*

POnit ea lex, unum servum communem, aut familiam, id est, plures servos communes, multitudinem servorum furtum fecisse, quia nihil refert hoc, vel illud ponatur: quandoquidem etsi familia furtum fecerit, domini, qui hoc ignoraverunt, vel qui sciverunt quidem, sed familiam furtum facientem prohibere non potuerunt, pluris non tenentur, quam si unus furtum fecisset, id est, tenentur tantum in duplum omnium nomine, non singulorum nomine in duplum, ex beneficio scilicet edicti *si familia furtum fecisse dicetur*, quod etsi familia damnum injuria dederit, servatur, *l. illud, ad l. Aquil.* & ita plura facta plurium habentur pro facto uno, pro & una litis æstimatio, una dupli pœna à domino infertur. Ii autem domini, qui sciverunt, & prohibere potuerunt familiam, ne furtum faceret, nec prohibuerunt, & suo nomine proprio in solidum, & singulorum servorum nomine, quum familia furtum fecit, actione furti tenentur, *l. 1. §. 1. si fam. furt. fec. l. 4. §. cum dominus, hoc tit.* Unde sic statuamus ex hac l. 9. sive communis familia, sive communis servus furtum fecerit, uno ex dominis sciente, altero ignorante, ita separandus est sciens ab ignorante, ut dicamus, scientem omnium servorum nomine teneri actione furti, omnium, id est, singulorum: omnium, inquam, servorum nomine teneri actione furti, & conventum, atque exactum, sic interpretari debemus *conventum* hoc loco, ut & in multis locis hujus tituli, singulorum servorum nomine, quasi factis furtis pluribus, alterum dominum, quo ignorante factum est, liberare, nec ab altero, quo ignorante factum est, à socio suo quidquam consequi posse, quia sui facti pœnam meruit: ipse enim furtum fecisse videtur, qui facientem familiam non prohibuit, cum prohibere posset, quia, inquit, ipse sui facti pœnam meruit, quæ ratio etiam redditur in causa tutelæ, *l. 1. §. plane si ex dolo, & l. 15. de tut. & rat. distr.* Ignorantem autem teneri tantum in duplum, perinde atque si unus tantum servus furtum fecisset, ignorantem non teneri singulorum servorum nomine, sed quasi unius nomine duntaxat. Ergo in duplum duntaxat teneri, quum familia furtum fecit, ac præterea præstito duplo à socio simplum consequi, id est, dimidiam partem ejus, quod præstitit, actione scil. communi dividundo. Quod ait Paul. scientem, qui omnium servorum nomine conventus præstitit æstimationem litis, numeratis singulorum capitibus, cum à socio, quo ignorante factum est, nihil consequi posse, quamvis eum liberavit: id pugnat omnino cum *l. pen. si fam. furt. fec.* quam & Accurs. objicit, quæ ait scientem, qui totius familiæ nomine pernumeratis singulorum capitibus litis æstimationem exsolvit, à socio consequi partem, non quidem totius summæ, quam solvit omnium servorum nomine, totius famil. nomine, sed partem duntaxat ejus, quod unius tantum servi nomine præstitisset, id est, in simplum: nam si duo sint servi, & solverit quadruplum, duplum à socio non consequetur. Respondeamus hoc modo: scientem tribus modis accipi, pro eo, qui scivit, & jussit, qui auctor fuit, & princeps sceleris, & pro eo, qui scivit, & prohibere potuit, nec prohibuit, non etiam jussit, & pro eo, qui scivit, nec prohibere potuit, ut exemplo demonstratur in *l. 4. in princ. hoc tit.*

Digitized by Google

tit. Primum in eo, qui jussit famil. furtum facere, verum est omnino, quod ait hoc loco, nihil eum à socio consequi posse, quia sui facti pœnam subiit: in secundo casu in eo, qui prohibere potuit, non etiam jussit, non est omnino verum, sed ita, ut quod omnium servorum nomine intulerit, ejus summæ consummatæ partem à socio non consequatur, consequatur tamen simplum, perinde atque si unius tantum nomine sulvisset litis æstimationem, ut *d. l. pen.* In eo autem, qui scivit, & prohibere non potuit, certissimum est, eum à socio dupli, quod persolvit, partem consequi, quia ignoranti similis est. Et hoc Paulus hoc ipso libro, & loco scripsit, quod est in *l. 50. de divers. reg. jur.* culpa carere eum, qui scivit, sed tamen prohibere non potuit. Quæ sententia proprie pertinet ad hunc locum, & confirmatur *l. 4. hoc tit. & l. 1. §. his autem, si famil. furt. fec. dic.*

Ad L. XI. de Condict. furt. *Sed nec legatarius condicere potest: Ei enim competit condictio, cui res subrepta est, vel heredi ejus. Sed vindicare rem legatam ab eo potest.*

Condictio furtiva, sive condictio rei furtivæ, rerumve furtivarum (de qua initio hujus lib. diximus, si prius actum fuerit, consumi actionem de rationibus distrahendis, quæ pupillo adversus tutorem competit finita tutela) hæc, inquam, condictio furtiva soli domino competit, *l. 1. hoc tit.* non cuilibet domino tamen, non novo domino, qui post furtum admissum ejus dominium adquisivit. Actio quidem furti pœnalis novo domino competit, si fur in ejusdem rei contrectatione perseverat, ut probabo paulo infra. At condictio furtiva novo domino non datur, sed ei tantum domino, cui furtum factum est, cui res subrepta est, vel heredi ejus, & quandiu rei subreptæ dominus manet. Nam si facto suo ejus rei dominium amiserit, & condictionem furtivam amisit, tam ipse, quam heres ejus, ut si eam rem pure legaverit per vindicationem, quo genere defuncto eo, & adita hereditate, dominium ejus rei ad legatarium recta via transit, dominium ejus rei mutatur, ideoque nec heres ejus rem furtivam furi condicere poterit, quia dominus ejus non est, neque legatarius, qui ejus rei dominus est, quamvis fur adhuc eam rem contrectat, quia legatario furtum factum non est, verum eam rem vindicare, vel ad exhibendum agere legatarius potest. Quæ est sententia legis 11. Verum adde, etiam legatarium, si fur adhuc eam rem contrectet, furti in duplum agere posse, & heredem quoque defuncti nomine furti actione experiri posse, quæ in hereditate fuit, utpote quæ cœperat à defuncto, *l. 47. de furt.* defuncti, inquam, nomine, non suo nomine, quasi sibi furto facto, *l. 66. §. 1. eod. t.* Cur non suo nomine? quia nihil ejus interest, nihil heredis interest, re alii legata, & adquisita, *l. qui fundum, loc.* Imo & re furtiva filii non legata, vel quo alio modo non mutato rei subreptæ dominio, heres non duas, ut quidam volunt, sed unam tantum furti actionem habet defuncti nomine, quia non mutato dominio nunquam ex post facto crescit præteriti delicti æstimatio, ut furti æstimatio non crescit, furti pœna non crescit adsidua contrectatione, *l. 9. de furt. l. 138. de reg. jur. in 2. parte*, ubi proponitur illa definitio generalis, nunquam non mutato scil. dominio, non mutata persona actoris, ex post facto crescere præteriti delicti æstimationem: at rei furtivæ dominio mutato, veluti alii legata per vindicationem, & ei heredi defuncti nomine furti actio competit, quæ quæsita fuerat defuncto, & legatario quoque suo nomine, si fur in ejusdem rei contrectatione perseverat, *l. 56. in illo loco, sed etsi persona, de furt.* Nec quidquam huic sententiæ obstat *lex 87. eod. tit.* quæ ei, cui res ex testamento debetur, legatario igitur, vel fideicommissario, ait, *si ea res post mortem domini subrepta, aut contrectata fuerit, non competere furti actionem.* Et competere igitur heredi suo nomine: nihil, inquam, obstat, quia non loquitur de legato per vindicationem, ex quo dominium rei legatæ recta via, & ipso jure transit ad legatarium, *l. à Titio, de furt. l. 80. de leg. 2.* sed loquitur de legato per damnationem, quoniam ait, *ex testamento debetur*, legatum per damnationem debetur legatario, nec fit legatarii, nisi facto heredis, herede præstante legatum. Legatum autem per vindicationem non debetur legatario, sed legatarii est proprium jure dominii sine facto heredis ex 12. tabul. quæ distinctio legatorum semper accurate servanda, & dirimit non hanc controversiam tantum, sed & alias innumeras. Et ita vero dominio rei legatario quæsito per vindicationem, ac fure adhuc rem furtivam attrectante, dicimus condictionem furtivam legatario non competere, quia ei tantum competit, qui dominus fuit furti faciendi tempore, furti autem actionem competere: hæc facilius datur, quam illa, quia & illa introducta est contra regulam juris. Regulariter enim nemo rem suam condicere potest: vindicare potest, non condicere, imo inepta videtur esse condictio rei suæ, *§. sic itaque, Instit. de act.* Alia igitur est causa condictionis furtivæ, longe alia actionis furti: actio furti datur cuicunque, etiam non domino, si modo ejus interfuerit rem non subripi, exceptis casibus certis: condictio autem furtiva datur soli domino, cui res subrepta est, & rursus alia est causa actionis furti, alia actionis servi corrupti, quoniam & hanc hoc loco Accursius permiscet cum actione furti: actio servi corrupti datur heredi, non legatario: actio furti, fure perseverante in contrectatione rei, datur legatario per vindicationem scilicet, non heredi suo nomine. Cujus differentiæ rationem exposui libro 19. *ad l. 8. de servo corr.* Accursius hæc, quæ omnino ita se habent, & sunt perspicua admodum: hæc, inquam, dum tractat hoc loco, vera falsis involvit varie, & inconstanter, quæ nunquam quisquam liquido, & perspicue evolvere quivit.

Ad L. XIII. eod. *Ex argento subrepto pocula facta condici posse Fulcinius ait. Ergo in condictione poculorum etiam cælaturæ æstimatio fiet, quæ impensa furis facta est. Quemadmodum si infans subreptus adoleverit, æstimatio fit adulescentis: quamvis cura, & sumtibus furis creverit.*

Si fur argento, id est, massa argenti subrepta, ex ea pocula fecerit, pocula sunt furtiva, & in dominio ejus, cujus fuit argentum, quia quod ex re nostra fit, nostrum est, juxta Sabinianorum sententiam, quæ obtinuit maxime in his rebus, quæ ad eandem materiam reverti possunt, ut pocula reverti possunt, & reduci ad priorem massam, quod primæ juris Institutiones satis docent. Imo & Sabini sententia obtinuit in his rebus, quæ ad eandem materiam reduci non possunt, veluti musto facto, & expresso ex uvis alienis, videlicet si fur, aut quilibet alius mala fide fecerit: nam quod fecerit ejus est, cujus materia fuit. *l. 12. §. si quis, ad exhib. l. si quis uxori, §. si quis massam, de furt.* Ergo qui fuit dominus argenti, quia & poculorum dominus est, & condictio domino datur: pocula furi, quæ fur ipse fecit, condicere potest, quia ut dixi, & poculorum dominus est, & fuisse intelligitur etiam furti faciendi tempore, quod etiam τῇ δυνάμει, id est, vi ipsa pocula in argento fuerint, & si quidem conventus fur condictione furtiva, quod pocula domino non restituat, tanti damnatur, quanti sunt pocula, si cælata sint, etiam cælaturæ æstimatione facta. Ubi glossa non intellexit, quid sit cælatura, quæ interpretatur *inauraturæ*: quanquam etiam inauraturæ, si pocula inaurata fuerint, æstimationem fieri verissimum est, quæ sc. vel inauratura, vel cælatura facta est impensa furis, non habita ratione impensæ. Nam si impensæ factæ in vase conflando mala fide ex aliena materia ratio non habetur, cur magis habetur luminis, & ornatus extrinsecus adhibiti? nam & eodem modo si infans furto subreptus, cura, & impensa furis adoleverit: vel, ut ait, creverit, quod est idem, adolescens ob olescendo, id est, crescendo: si, inquam, infans furto subreptus cura, & sumptibus furis adoleverit, non infantis, sed adolescentis æstimatio fit in condictione furtiva, *l. inficiando, §. infans, de furt.* denique res furtiva æstimatur quanti plurimi fuit, *l. 8. §. 1. hoc tit. l. pen. rer. amot.* Pergamus ad *l. 3. de manumiss.* quæ est etiam ex hoc lib.

Ad L. III. de Manumiss. *Servus pignori datus, etiamsi debitor locuples sit, manumitti non potest.*

Sen-

Digitized by Google

Sententia hujus legis hæc est: Servum pignori datum, ac deinde ablatum creditori à debitore ipso nondum solnta pecunia, si debitor invito creditore manumittat, etiamsi sit solvendo, nihil agit: neque enim manumissione fit liber: etiam manumissus à domino non fit liber invito creditore, cui pigneratus est. Ac præterea, quod supplendum est, debitor creditori tenetur actione furti, etiamsi solvendo sit, ut dixi, quod etiam est proditum in *l.12. in fi. de furt.* qua etiam tenetur debitor creditori, si enim servum vendiderit, *l.66. in princip. de furt. l.4. §.si rem pign. de usurp. & usucap.* Nihil igitur refert, vendiderit an manumiserit, quia & causam pignoris non extinguit. Et sive hoc, sive illud fecerit, creditori abducto pignore, aut interverso pignore, creditori tenetur actione furti. Nec de hac re me plura attexere opua est. Superest *l.ult.* hujus libri, ea est *l.8. arb.furt.cæs.*

Ad L.VIII. Arb.furt.cæs. *Facienda æstimatione, quanti domini intersit non lædi: ipsarumque arborum pretium deduci oportet, & ejus, quod superest, fieri æstimationem.*

Ad §.Furtim *arborem cædit, qui clam cædit.*

Ad §.Igitur *si ceciderit, & lucrifaciendi causa contrectaverit, etiam furti tenebitur lignorum causa, & condictione, & ad exhibendum.*

Ad §.Qui per vim *sciente domino cædit, non incidit in hanc actionem.*

In actione arborum furtim cæsarum, quæ legitima est actio ex 12. tab. & erat olim in singulas arbores æris 25. hodie in ea venit duplum, hodie est in duplum, in quo etiam id, quod damni nomine datum est, continetur. Itaque mixta est actio, ut recte Accursius notat ex *l.9.* hujus tit. nec sane alia ratione hæc actio est perpetua, nec finitur anno, ut ait *l.7. §.ult.* quam quod & rei persecutionem contineat. Itaque duplum in ea non est extra rem, duplo inest res, quæ abest actori, & pœna est simpli tantum, quod rei superadjicitur. Quod & quodammodo ostenditur initio hujus l.8. dum ait, in ea actione faciendam esse æstimationem ejus, quod actoria interest, deducto pretio arborum cæsarum, si qui eas cæcidit, non asportaverit: exempli gratia, si vivæ arbores, & adhuc inhærentes solo fuerint 50. excisarum ligna sint 10. deductis 10. ejus, quod superest, æstimatio fit, id est, 40. eaque æstimatio duplatur, atque ita reus damnatur in 80. Furtim autem cæduntur arbores, ut hic etiam Paulus docet, quæ clam, & occulte cæduntur ignorante domino, non quæ per vim sciente domino, qua ex causa non hæc actio, sed de vi, longe gravior actio, & executio competit, & furtim quidem, vel injuria cæduntur, non furandi animo, ut *l.7. in princ. hoc tit.* non omne quod fit furtim, furtum est, vel cæduntur furandi animo: & quotiens injuria cæduntur, non furandi animo, cum hac actione concurrit actio legis Aquil. de damno injuria dato, *l.1. & l.pen. hoc tit.* quotiens autem cæduntur furandi animo, cum hac actione legitima, ut Paulus ait hoc loco, concurrit actio furti longe gravior, quam actio arborum furtim cæsarum rei persequendæ gratia, id est, ejus quod interest, condictio furtiva, vel actio ad exhibendum.

JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XL. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ex Libro XL. ad edictum habemus tantum leges quatuor, *l.10. usufruct. quemadm. cav.* & tres alias in titulo de operis libert. Incipiam à dicta l.10. & ad finem interpretationis illius legis quid hoc lib. præcipue tractaret Paulus demonstrabo.

Ad L.X. Usufruct. quemadm. cav. *Si servi, qui nobis communis erat, usumfructum tibi legavero, necessaria erit hæc cautio heredi meo. Quamvis enim de proprietate possit communi dividundo experiri: tamen causa usus fructus, qui tuus proprius est ad officium communi dividundo judicis non pertinebit.*

Finge: servus quidam est communis inter me, & te, & moriens ego ejus servi tibi usumfructum legavi: tu heredi meo, ut fieri solet, cavere debes datis fidejussoribus, te boni viri arbitratu servo pro parte mea usurum fruiturum, & finito usufructu restituturum: quæ cautio fructuaria dicitur, stipulatio fructuaria, & est æquissima, ac usitatissima, *l.4. §.ult. de verb. oblig. l.inter fructuarium, de dam. infect.* Et æquissima adeo, ut nec testamento, quo ab herede alii legatus sit ususfructus certæ rei, aut certarum rerum remitti possit, *l.pen. C.ut in poss.leg.* quia & bonis moribus congruit, ut quia re aliena utatur fruatur boni viri arbitratu, tanquam vir bonus, & diligens paterfam. ac præterea heredis maxime interest sibi ea de re caveri, ad quem proprietas pertinet, & ad quem ususfr. quandoque rediturus est. Interponitur autem hæc cautio officio judicis, *l.13. in princ. de usufr.* videlicet desiderante herede, ut sibi is, cui ususfructus legatus est, caveat, se boni viri arbitratu usurum fruiturum, vel explicatius, se ususfructus, vel proprietatis causam deteriorem non facturum, ut *l.1. §.recte, hoc tit. d.l.13. §.fructuarius, l.ult. §.hoc proculdub. C.de bonis quæ lib. adq.* Nam & qui proprietatis causam deteriorem facit, id est, qui rem pejorem facit, usumfr. pejorem facit, & contra, *l.4. Cod.de usufr.* In specie autem proposita heredi meo hanc cautionem necessariam esse Paul. air, eadem ratione scil. qua & necessaria esse dicitur in *l.ult.h.t.* Cur vero necessariam esse? nempe quod heredi alia via, aliave ratione consultum non sit, quodve, ut dicam apertius, legatario ususfr. eodemque socio in proprietate servi sciente servum deteriorem, eo nomine nullam heres meus actionem habeat, nisi cautione sibi prospexerit, qua persequatur quanti sua interest, servum, aut servi usumfructum deteriorem factum non esse. Neque enim, ut excludamus hanc actionem, quæ posset videri competere, potest hoc damnum deducere heres in judicium communi divid. quoniam hoc judicium ei competit tantum de proprietate servi, quæ communis est inter eum, & legatarium: de usufructu non competit, qui communis non est, sed socii ejusdem legatarii proprius in solidum: de re, quæ communis non est, vel etiam, quam nondum constat esse communem, non potest agi communi divid. *l.1. in fin. comm.divid. l.18. de excep.* Ususfructus communis proculdubio veniret in judicium communi divid. *l.7. §.cum de usuf. comm.divid. & l.13. §.si inter duos, de usuf.* At in hac specie ususfructus non fuit communis, proprietas servi fuit communis, non ususfr. ususfr. fuit legatarii proprius. Itaque est necesse admodum, quod ad ususfr. servi causam pertinet, ut sibi heres prospiciat stipulatione fructuaria adversus legatarium, ne qua in re servum, aut servi usumfruct. deteriorem faciat. Et de usufructu servi Paul. ponit speciem in hac l.10. Omnino ita est: ad differentiam operarum servi, usumfr. servi possum legare pro parte dominii, quod in servo habeo, quia ususfr. dividi potest, hoc est certissimum, ususfr. dividuitatem, ut loquimur, recipit. Operas autem servi non possum legare pro parte dominii, quia operæ divisionem non recipiunt, pro parte peti, solvi, præstari non possunt, *l.1. §.si ususfructus, ad leg. Falcid. l.15. de op.libert.* Qua ratione etiam in *l.5. de oper. serv.* operæ servorum comparantur usui servi: nam & usus individuus est: usum si dividas, corrumpas, & operas similiter, id est, diurna officia: singulæ operæ dividi non possunt salva earum substantia. Plures quoque operæ si debeantur, veluti 100. aut mille dierum operæ, non possunt dividi, nisi numero, puta præstitis uni 50. dierum operis, & alteri totidem dierum, duobus heredibus relictis ab eo, cui debebantur 100. operæ. Quod ostenditur etiam in *d.l.15. & l.stipulationes non divid. & l.in stipul. §.operarum, de verb.oblig.* Et cum d.l.15. est conjungenda *lex cum Stichus, in fine, de solut.*

solut. Et hoc vero dicimus tam de operis servorum, quam de operis libertorum, quæ & in jure passim, & sæpissime invicem conferri solent. Et hic observa ordinem, quem in his libris tenuit Paulus per omnia similem ei, quem tenet in libris receptarum sententiarum, ubi dotium tractatum sequuntur tutelæ, curationes, deinde furtorum quæstiones, tum titulus de operis libertorum, lib.2. quem etiam ordinem Ulpianum in libris ad edictum tenuisse constat. Egit enim primum de dotibus lib. 34. tum de tutelis lib. 35.& 36. deinde de furtis lib.37.& priore parte libri 38.& mox posteriore parte ejusdem lib. 38. *de oper. libert.* Exposuitque in ea edictum prætoris, quo judicium operarum, promissarum scilicet, vel juratarum, pollicetur in libertos, & libertas, *l.2. de oper. libert.* quæ est ex eodem libro Ulpiani. Quod quidem edictum etiam in hoc libro 40. Paulum tractasse constat ex l.16. 18. & 20. *de oper. libert.* Et si quidem libertatis obtinendæ causa, quam & obtinuit libertus promiserit patrono stipulanti, vel juraverit se operas daturum, vel donum, vel munus, qualescunque operas debet libertus, quas edere, & præstare potest, si modo probe, & honeste jure licito imponantur, indicantur, & præstari possint, ut ait *l. 7. §. jurare, hoc tit.* sine turpitudine, & sine vitæ periculo, ut *l.38. inf. hoc tit.* Et ita Paulus in *l.16.* ait, etiam ejus artificii, quod post manumissionem libertus didicerit, operas eum ex stipulatione, vel ex jurejurando debere præstare, quæ modo honeste, inquit, & sine vitæ periculo quandoque præstari possunt. Nam si manumissa postea quæstum corpore facere cœperit, has non præstabit, quia nec honeste peti possunt, si manumissus post manumissionem arenarius, aut bestiarius (sic etiam vocatur) esse cœperit, has non præstabit, quia sine vitæ periculo præstari non possunt. Cæteras omnes præstabit, etiamsi eas non exercuerit manumissionis tempore, ut puta si eas postea exercere didicerit, quæ omnia interpretes aptant etiam rectissime, & producunt ad vasallos, & agricolas, qui dominis debent certas operas, operas juratas. *qu'ils appellent aussi jureer en la Coustume de Champagne.* Addit etiam Paulus tales præstari operas quales utriusque, id est, patroni, & liberti ætas, vel dignitas, vel valetudo, vel necessitas, aut propositum vitæ, institutum vitæ, *προαίρεσις*, electio vitæ, quam instituerit sciente, & volente patrono, vel artificium, quod didicerit, vel consuetudo, quæ plurimum hac in re valet, ut non præstet operas, nisi quas consuevit præstare, aut facultates requirunt, aut patiuntur, utriusque ætas, utriusque substantia spectanda est. Omnes denique circumstantiæ in utriusque persona, quoties operæ petuntur, quæ debentur, observandæ sunt: ut ecce liberta major quinquagenaria, & similiter libertus major sexagenario, non cogitur præstare operas, quas promisit, vel juravit, *l.35. h.t.* quæ est ex libro ad legem Juliam, & Papiam. Ex quibus legib. etiam eadem ætas in maribus, & fœminis servatur in nuptiis contrahendis; qui item, quæve valetudine impeditur, non tenetur operarum nomine, ne in æstimationem quidem, *l.15. hoc t.* dignitas etiam, quæ liberto, aut libertæ contigit, absolvit obligationem operarum, *l.34. & l.38. in fi. hoc tit.* Et vice versa dignitas, quæ accessit patrono, & majores operas, aut graviores à libertis præstari desiderat. Verum quæritur, quod & in libris Feudorum quæritur de vasallo, vel agricola, qui debet operas, vel ut loquuntur, corporis vehas, *der cornees*, quæritur utrum suis, an patroni sumptibus libertus operas præstare debeat? & Paulus ex Sabini sententia in *l.18. suo,* inquit, *victu, vestituque operas præstare debere libertum Sabinus ad edictum prætoris Urbani lib.5. scribit.* Quod etiam nisi fiat, nisi præstet operas suo victu vestituque, statim in *l.20.* ait prætorem patrono negaturum operarum præstationem, videlicet, quoniam & hoc additur in *l.18. si se libertus alere non possit, præstanda ei sint à patrono alimenta.* Libertus igitur præstare debet operas suis sumptibus: sed si se alere non possit, præstanda ei à patrono alimenta sunt, alioquin patrono denegabitur petitio operarum. Et ita est attexenda lex 20. extremo legis 18. sed si se alere possit, & tueri, suo, ut Sabinus dicebat, victu vestituque operas præstare debet, & ut generaliter definitur in *l. 20.* unus-

A quisque rem, quam spopondit, suo impendio dare debet, quamdiu in rerum natura est: nam si perierit ante moram, omnino liberatur. Ergo & libertus operas suo impendio dare debet. Verum hoc pugnare videtur cum *l.21. & 33. & l. pen. hoc tit.* In l.21. ait, *operas eo loco patrono edi debere, ubi moratur, sumptu scilicet,* inquit, *& vectura patroni,* non liberti. Et in l.33. imponi operas, ita ut libertus se alat, non posse. Et sane cum eæ operæ præstentur sine mercede, vel victum requirere videntur, & *l. pen.* non solum libertum, sed & alium quemlibet operas edentem, alendum. Operas scilicet gratuitas. Verum hæc omnia, quemadmodum sint accipienda satis liquet ex ipsa l.18. quod ait *l.21. l.33. & l. pen.* verum est, si libertus se aliunde alere non possit, aut certe satis temporis ei dari debet iis diebus, quibus operas edit patrono ad quæstum faciendum unde se alat, *l. 19.*
B quod etiam est scriptum in *l. pen.* inopem libertum scilicet, aut esse alendum, dum præstat operas, aut satis temporis relinquendum ad quæstum alimentorum. Et præterea adjicit etiam iis diebus, quibus libertus operas dabit, aliquid temporis ei esse relinquendum ad quæstum alimentorum, ad curam corporis necessarium, ad curam valetudinis, quod etiam est proditum in *l. 26.* de medico liberto, à quo desiderabat patronus, ut sequeretur se, neque medicinam faceret, quod putaret, si libertus medicinam non fecerit, multo plures imperantes sibi habiturum, ubi nescio qui sunt, qui scribant, ad verbum illud imperantes (de quo hoc tantum meminisse sufficit) commune id esse verbum medici, & ægroti: obstetrix, quæ est veluti medica quædam apud Terent. in And. act. 3. sc. 2. *Quod jussi ei dari biber.* sic legendum, non *bibere*, & *quantum imperavi,*
C *date.* Subjicit autem liberales tantum operas, libero homine dignas à liberto exigi posse, ita ut possit adquiescere meridiano tempore, ut possit meridiari, & interjungere, & ut sinat eum habere rationem valetudinis, & sanitatis, & honestatis: verum ad rem. Ita concludendum est, libertum suo victu, vestituque si idoneus sit, & locuples, operas, quas debet patrono exhibere debere, inopem autem esse alendum, aut iis diebus, quibus operas edit, tantum temporis esse impertiendum, quantum sufficit ad victum sibi comparandum, & emendicandum. Non est opus, quod faciunt glossæ, ut distinguas inter operas certas, & incertas, quia nec leges hac distinctione utuntur. At quia etiam plerunque incertæ sunt operæ, quas liberti patronis debent, debent enim liberti quas indixerit patronus, quas poposcerit, quas sciverint, vel didicerint postea, ope-
D ras quascunque patrono præstare prout ex usu, & commodo fuerit suo. Verum nondum satis est. Observanda sunt hac in re duo sumptuum genera: est sumptus quidam itinerarius, viatica, vectura: est & sumptus cibarius, aut vestiarius: hunc patronus non aliter præstat, quam si parare eum sibi libertus non possit, itinerarium sumptum præstat, de quo est lex 21. dum ait, *operas eo loco edi deberi, ubi patronus moratur, sumptu scilicet, & vectura patroni,* ubi copula, &, videtur esse *διασαφητική*, sumptus scil. accipere significationem ex sequenti nomine vecturæ: viatica igitur, & vecturas patronus præstat. Quod respicit ad *§. ult. l.20.* in quo Paulus ait, *ex provincia, ubi moratur libertus, libertum Romam venire debere,* ad reddendas operas scilicet si patronus Romæ moretur, non si eo se contulerit vexandi liberti causa. Et hoc est, quod ponit, dummodo tanquam
E vir bonus, & diligens paterfam. Romæ moraretur, vel in provinciam proficiscatur. Dies autem, qui interim cedunt, dum Romam venit libertus, videlicet quum debuit operas certorum dierum, patrono pereunt, ut & hoc loco Paulus ait, & ad extremum subjicit, *si patronus vagari per orbem terrarum velit, non esse liberto injungendam necessitatem, ut ubique eum sequatur.* Sequi patronum est genus operæ, sed non operæ liberalis, qualis tantum peti à liberto potest, si indicat, ut se sequatur ubique. Ad hæc etiam addendum est in hac re, separanda esse operas servi legatas, ab operis libertorum: impendia cibariorum ipse libertus, qui est in facultatibus, facit, dum patrono edit operas: at legatis servi operis impendia cibariorum, & valetudinis, legatarius sustinet, non heres, à quo sunt legatæ ser-

vi operæ, *l.ficut impendia, de usufr.* Si usufructuarius præstat impendia cibariorum servo, cujus ususfructus legatus est, & multo magis is, cui operæ servi legatæ sunt, quia plus continetur operarum legato, quam legato ususfructus servi. Quod memini me demonstrare ad *l.a. de usuf.leg.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XLI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.VI. de Bon.poss. *Sed cum patrono quidem contra tabulas tertiæ partis bonorum possessionem prætor polliceatur, scripto autem heredi secundum tabulas alterius partis: convenit non esse jus adcrescendi. Igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur: cum cæteri, quibus adcrescendi jus est, semel debent agnoscere bonorum possessionem.*

Ad §.Bonorum possessionis *beneficium multiplex est. Nam quædam bonorum possessiones competunt contra voluntatem: quædam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus jus legitimum, vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamvis enim jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse: propter æquitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem prætor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem.*

Ad §.Notis *scriptæ tabulæ non continentur edicto, quia notas literas non esse, Pedius lib.25. ad edictum scribit.*

ABSOLUTO Lib. XL. transeundum nunc nobis est ad XLI. qui est de bonis libertorum, & de successionibus igitur, sive bonor. posses. libertorum, atque etiam ingenuorum hominum. Et prius quidem in eo egit Paulus de successione libertinorum, sicut in Cod.Justin.prius dantur tituli, qui successiones libertinorum spectant, quam qui ingenuorum. Incipiam à *l.6. de bon. poss.* cujus in initio contra quam definitum fuerit in *l.3. §.ult. hoc tit.* Paulus docet: non semper inter bonorum possessores, id est, inter eos, qui jure prætorio defuncto in universum jus succedunt, versari jus accrescendi, id est, portionem omittentis, aut repudiantis bon. possess. tacito jure non adcrescere ei, qui pro portione sua bon.possess.petiit, admisit, agnovit, vid. si iis, qui simul ad bonorum posses.defuncti vocantur, non ejusdem, sed diversi juris deferatur bon.posses. puta alii bon. posses. sec.tab. veluti heredi scripto in testamento liberti, vel generaliter heredi scripto in tabulis testamenti, alii bonorum possessio contra tabulas, veluti patrono prætetito in testamento liberti, vel heredi instituto ex modica portione. Cui quidem Paulus ait hoc loco, dati certæ partis bonorum posses. Scripserat Paul. dimidiæ partis. Sed pro eo reposuit Tribon. *certæ partis*, quia dimidiam Justin. mutaverat in tertiam. Portio debita verecundiæ patronali hodie est tertia pars bonorum, ante Justinianum fuit dimidia pars bonorum. Extraneo igitur herede instituto testamento liberti, & patrono silentio præterito, patrono omisso datur bonorum possessio contra tabul. dimidiæ partis bonorum liberti ex edicto prætoris, quod obtinuit ante Justinianum, asse inter eum, & heredem scriptum diviso ex æquis portionibus. Quod juris etiam manifesto proponitur in *leg.1. de bon. libert.* & in *l.1. §.pen. si cui plus qu. per leg. Falcid.* & *l.debitor, §.1. de pigner.act.* & *in Institut.* Et in Nerone Svetonii id satis etiam evidenter demonstratur, dum scribit: *Pro semisse Neronem decrevisse patronis dare dodrantem:* nam pars debita patronis erat semis bonorum liberti, vel libertæ. Fac vero deliberante herede scripto testamento liberti patronum præteritum petiisse bonorum posses. contra tab. dimidiæ partis, deinde heredem scriptum omisisse, vel repudiasse hereditatem; aut bonor. posses. secundum tabulas, an pars heredis scripti tacito jure adcrescit patrono? Minime, quia non eodem jure ambo invitantur ad bon.poss. patronus, & libertus: hic vocatur jure testamenti, ille jure prætorio. Jus autem adcrescendi inter eos duntaxat versatur, qui eodem jure, non qui diverso vocantur. Ideoque alterius quoque partis bonorum possess. patrono necessaria est, quam & in hunc casum prætor patrono, nominatim, inquit (quod notandum) edicto pollicetur. Ait *nominatim*. Est igitur proprii generis bonor.posses. quæ hoc casu patrono datur, ut frustra quærat Accursius quænam ea sit, in glossa magna, quæ tota circumscribenda est: si altera pars, quam omisit, vel repudiavit heres scriptus, obveniret patrono tacito jure, nec opus esset patrono nova bonor. poss. *l.2. §.si duo, de bon.poss. sec. tab. l.si ex duobus, §.1. de adq.hered.* Et hoc est, quod ait, cæteros, quibus jus adcrescendi est, semel duntaxat debere agnoscere bonor. poss. vel semel adire hereditatem, vel semel pro herede gerere. Et ad hæc confirmanda valde pertinet *l.sive patronus, §.ex duobus, de jure patron.* Quæ tamen sane desiderat explicationem, & eam quidem accurate. Patronus testamento liberti heres institutus ex minore parte, quam dimidia, extraneo herede adjecto, contra tab. testamenti partis dimidiæ bon. poss. habet, perinde atque si institutus non esset, nisi quod deest ad supplendam portionem dimidiam, portionem debitam, portionem legitimam per servum suum ex eodem testamento adquirere possit. Quod ostenditur in eadem *l.sive, §.excluditur, & in l.45. de bon.libert.* At finge: duo sunt patroni testamento liberti heredes instituti, Titius, & Cajus, nullis aliis adjectis coheredibus. Titius heres institutus est ex debita parte, Cajus ex minori parte. Titius bon.poss. contra tab. petere non potest, quia satisfactum ei est, cum sit institutus ex debita parte: Cajus, qui institutus est ex minori parte, petere potest bonorum poss. contra tab. Cajo autem repudiante, portio ejus, Caji scilicet, non adcrescit Titio ipso jure, quia diverso jure vocantur ad liberti bona, unus jure testam. alter jure prætorio. Sed Titio necessaria est ejus partis bon. possess. nova, Titio opus est titulo proprio ad eam partem obtinendam, quia non ei adcrescit ipso jure. Contra Cajo, qui ex minori parte heres institutus est, petente bon. poss. contr.tab. quod ea ei pars aliunde non suppleretur, ait, portionem Titii repudiantis ei adcrescere posse: non dicit, quod observandum, ei *adcrescere*, sed *adcrescere posse*. Itaque hoc vult portionem vacantem ei non adcrescere jure adcrescendi, sed ei adquiri accepta bon. poss. quam in hunc casum Paul. ait hoc loco, nominatim prætorem polliceri. Et ita recte ait, *non adcrescere*, quod fieret statim ipso jure tacito, sed *adcrescere posse*. Ad hæc etiam notandum est, casum hujus legis 6. non esse confundendum cum casu *legis si libertus præterito, de bon.libert.* quem tamen Accursius confundere cum isto videtur. Casus *legis si libertus*, hic est: libertus extraneum heredem instituit, & patronum silentio præteriit: patronus antequam in semissem peteret bon. poss. cont.tab. capite minutus est, quia se in adoptionem dedit, atque ita suæ familiæ, & suæ spontis esse desiit: & per hoc amisit etiam bon. poss. cont. tab. ut *l.3. §.si emancipatus, de bon.poss. cont.tab.* Postea extraneus heres scriptus testamento liberti, hereditatem repudiavit, atque ita libertum intestatum fecit deserto, destituto testamento: hoc casu patronus ad omnia bona liberti vocatur per bonorum possessionem unde legitimi, perinde atque si libertus nunquam testamentum fecisset. Hic casus longe diversus est à casu proposito in hac *l.6.* quo nempe proponitur patronus petiisse bon. poss. cont. tab. partis dimidiæ, antequam heres scriptus omitteret hereditatem, deliberante, & consultante herede scripto. Verum in hoc rursus dubitatur, qui potuerit patronus partis debitæ petere bonorum possess. contra tab. quæ non defertur ante aditam hereditatem ex testamento, ut ostenditur, & est verissimum ex *l.3. §.ut patronus, & §.si pat. de bonis libert.* & ab ipso Paulo in hoc libro in *l.4. de bonor. poss. cont. tab.* Dicam facillime patronum impetrare potuisse debitæ partis bonorum possess. contra tab. etiam ante aditam hereditatem ex tab. testam.

quia

quia prætor dat sine cunctatione cuilibet petenti bonorum poss. de plano, & in transitu, sine causæ cognitione, ut demonstratur in *l. 3. §. si causa, hoc tit.* Exceptæ sunt quædam bonorum possessiones, quæ non dantur, nisi causa cognita pro tribunali, quæ *decretales* dicuntur: cæterum *edictales* bonorum possessiones, quæ edictis à prætore promittuntur, dantur cuilibet, & quolibet tempore, quolibet die, & sine causæ cognitione: etiam heredi scripto sub conditione datur bon. poss. sec. tab. antequam conditio extiterit, & nihil est quod facilius à prætore detur, sicut & hodie literæ, quæ dicuntur Cancellariæ, quæ & iis bonor. poss. comparari possunt, dantur in foro, non in aula, cuilibet petenti facillime, litis alicujus instituendæ vel ordinandæ causa, veluti pro titulo, pro colore instituendæ litis. Verum si patronus ante aditam hereditatem præmature debitæ partis bonor. poss. cont. tabul. petierit, postea deserto testamento ab herede scripto, id est, repudiata hereditate, illius partis bonorum possessio, quam accepit, mutat jus, & conditionem suam, & patronum prætor tuetur, perinde atque si illius partis ei dedisset bonorum possessionem ex parte unde legitimi: & alterius quoque partis ei dat bonorum possessionem, ut assem habeat, veluti liberto intestato defuncto: nam & intestatus is est, cujus testamentum repudiatur. Et hoc genere modoque, ut bonor. possessio uno jure data, in aliud jus convertatur, tuitione prætoris, in hoc tractatu est frequentissimum, *l. 3. §. pen. de bon. poss. cont. tab. l. Julianus, de bon. liber. l. 2. §. 1. de bon. poss. sec. tab. l. filius, de collat. dotis:* Sequitur in hac lege divisio bonor. possess. Bonorum possessionis, inquit, beneficium multiplex est, *ευ ογετα πολύτροπος* in Basil. Alias enim bonor. possessiones facto testamento competere contra testamentum, contra voluntatem testatoris, ut bon. possessio cont. tab. quæ liberis, vel patronis præteritis, id est, neque heredibus institutis, neque exheredibus competit, alias competere secundum voluntatem testatoris, ut bon. poss. sec. tab. quæ scriptis heredibus competit, vel bon. poss. secundum nuncupationem, quæ nuncupatis heredib. competit, non scriptis, *l. si ita scriptum, §. ult. de bon. poss. sec. tab. l. 2. C. eod. tit. l. ult. C. de codicill. l. 1. C. de bon. poss. contr. tab.* Alias autem bonor. poss. competere ab intestato jus legitimum habentibus, vel, inquit, non habentibus jus legitimum, propter capitis deminutionem, ut bon. poss. unde liberi, quæ datur ab intestato liberis suis heredibus, qui in potestate, & familia morientis fuerunt, quos constat vocari ad hereditatem jure legitimo, id est, ex 12. tab. jus habere legitimum in hereditate intestati. Datur etiam eadem bon. poss. quæ dicitur *unde liberi*, liberis emancipatis, qui in potestate, & familia morientis non fuerunt, qui etsi legitimo jure non vocentur, propterea quod capite minuti sunt: emancipatio est capitis deminutio, & sui heredes esse desierunt: vocantur tamen jure prætorio rescissa capitis deminutione, ut ait hoc loco, & l. 3. *si emancip. 2. de bon. poss. cont. tab.* in illo loco: *non enim per rescissionem*, id est, quod male ibi glossa, per rescissionem capitis deminutionis, per rescissionem emancipationis, ut in *l. 9. C. Theod. de bon. prosc.* Idque prætor facit naturali æquitate motus, propter æquitatem, inquit, rescindit eorum capitis deminutionem, quia etsi non sint sui liberi, sunt tamen liberi, etsi non civiles liberi, sunt tamen naturales liberi. Et addit Paul. *legum quoque tuendarum causa prætorem dare bonorum possessionem*, videlicet cum ab intestato, ita hic locus explicandus est, libertis deficientibus dat bon. poss. unde legitimi, agnatis, qui ad hereditatem vocantur ex 12. tabul. vel etiam cognatis quibusdam, qui quamvis non sint agnati, tamen inter agnatos ex legibus quibusdam vocantur, vel ex SC. ut mater ad hereditatem liberorum, quamvis sit cognata, non agnata, ex SC. Tert. & alii quidam cognati, non omnes, vel ex lege Cornelia, vel ex legibus Julia & Papia. Harum legum tuendarum causa prætor dat bonorum poss. unde legitimi. Bonorum possessio *unde liberi* datur etiam iis, qui legibus incogniti sunt, veluti emancipatis liberis. *Unde legitimi* bonor. poss. datur tantum iis, qui jus legitimum habent, qui jure & legibus veteribus, aut novis cogniti sunt. Itaque non est valde necessaria, quia legis beneficio vocantur potius, quam prætoris, *l. 3. C. de senatusc. Orfit. l. 4. C. de legit. heredib. l. 1. C. Theod. eod. tit.* Sicut nec liberis suis heredibus admodum necessaria est bonorum possessio unde liberi, quia ipso jure heredes sunt, sine aditione, sine bonor. possessione. Sed sunt, qui non contenti jure civili, cupiant etiam habere prætorem successionis ei delatæ auctorem, accepta bon. possessione. Extrema clausula hujus legis pertinet ad bon. possessiones sec. tab. quæ ita demum dantur ex testam. paganorum (excipio enim testamenta militum) si perscriptæ sunt literis, non etiam si notis. Secundum notariam sic vocatur, non datur bon. poss. sed secundum tabulas literis exaratas, atque perscriptas. Notæ non sunt literæ, *l. Lucius, de testam. mil. l. 1. §. ludi, de extraord. cogn.* notæ sunt compendia quædam, quibus vel singulæ, vel plures voces significantur, ut notæ Tironis Ciceronis liberti, notæ Senecæ, quæ circumferuntur, notæ Astrologorum, quibus signa cœlestia significantur, & notæ, quibus glossæ nostræ Digesta significant, quarum frustra quæritur ratio. Ab iis notis diversa sunt quæ dicuntur *singula*, vel per syncopen *sigula*, aut *sigla* à Justiniano, vel *singulariæ literæ*, ut quatuor illæ literæ, quibus senatus populusque Roman. S. P. Q. R. significatur, sunt *singula*, non notæ propriæ. Et ita etiam notarii sunt diversi à singulariis: singularii sunt, qui excipiunt per singularias literas: notarii, qui per notas. Putem tamen & ex testam. pagani singulariis literis scripto, non dari bonorum possessionem: nam & hæ latiori significatione notæ dicuntur. Valer. Max. 2. *Senatusconsultis*, inquit, *litera T. subscribi solebat: eaque nota significabatur ita tribunos quoque censuisse.* Et M. quoque Tullius pro Muræna, *Notas juris auctorum vocat formulas Jurisconsultorum scriptas singularibus literis*. Notant hoc loco Græci interpretes ex χειρογράφου testamenti (utuntur eo verbo) ne fideicommissum quidem peti posse: rectissime ex *l. 11. §. 1. de leg. 3.* Sequitur *l. 4. de bonorum possess. cont. tab.*

Ad L. IV. de Bonorum poss. contra tab. *Illud notandum est, quod bonorum possessio contra tabulas, quæ liberis promittitur, locum habet, sive quis heres extiterit sive non: & hoc est, quod dicimus, contra ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem. Quod in patrono contra est.*

Ad §. Si quis filium, *quem in potestate habuit, instituerit heredem, vel exheredaverit. & ex eo nepotem omiserit, bonorum possessioni locus non est: quia non esset nepos suus heres futurus. Eadem sunt & in sequentibus gradibus.*

Ad §. Ad testamenta fœminarum *edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet: quia suos heredes non habent.*

Ad §. Si quis eum, *qui in utero est, prætermiserit: etiam nondum nato eo, alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest: quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur præteritus: ut, etsi ante moritur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest.*

Hujus l. initio quod proponitur aptissime conjungi potest initium *l. 6. de bonorum poss.* nam quæ sequuntur in ea lege de variis generibus bonorum possessionis, ea videtur Paulus in hoc lib. 41. scripsisse primore loco, quasi præparatoria, ut loquimur, ad universum tractatum de bonorum possess. deinde egisse de bon. poss. cont. tab. quam prima edicti parte prætor se daturum liberis, & patronis præteritis pollicetur. Unde & ex prima parte edicti, vel ex primo edicto petere bonorum possessionem, est petere bonorum possessionem cont. tab. *l. 2. de bonis libert. l. 4. & 12. de Carb. ed.* Quoniam hæc est omnium prima in edicto, atque adeo etiam in his libris primus titulus de bonorum possessione cont. tab. Initio autem hujus legis 4. ostenditur, hoc distare bon. possess. cont. tab. quæ datur liberis præteritis testamento parentum virilis sexus, & per virilem sexum cognatione junctorum, hoc, inquam, distare

à bon. possess. cont. tab. quæ testamento libertorum præteritis patronis datur: quod liberis quidem præteritis datur bon. possess. cont. tab. non tantum si testamento parentis heres scriptus, heres extiterit, contra ipsum heredem, qui jam extitit heres, id est, qui jam adivit hereditatem, vel petiit bon. possess. sec. tab. contra ipsum heredem, ut in *l.8. §. si ab uno, hoc tit. l. si ponat, de inoff. test.* sed etiam, si heres scriptus testam. parentis nondum heres extiterit, id est, ante aditam hereditatem, petitamve bonor. possess. sec. tab. Et hoc esse, quod vulgo dicitur, bonorum possess. cont. tab. quæ liberis silentio præteritis, omissis, prætermissis, datur, competere contra testamentum, vel ut est in *l. quod vulgo, hoc tit.* esse contra lignum, contra testament. ligno incisum, non contra heredem. Satis est, si aliquis ex testamento heres existere potuerit, nec necesse est etiam, ut extiterit, quia hujusmodi bon. possessio non tam est contra heredem, quam contra voluntatem parentis ligno incisam. Patrono autem præterito, quæ datur dimidiæ partis bon. possess. cont. tab. datur contra heredem tantum, id est, contra eum, qui ex testamento liberti heres extiterit, non cootra lignum: neque enim aliter datur competitve, quam si ex testamento liberti aliquis heres extiterit. Itaque ante aditam hereditatem petitamque bonorum possess. ex testam. liberti non datur, *l.3. §. ut patronus, & §. si patronus, & l.36. de bon. libert.* Aut si forte datur antequam aliquis liberto ex testam. heres extiterit, si datue quasi contra lignum, ut in specie *l. 6. de bon. poss.* quod & ibi Bartolus sensisse videtur, tuendus patronus est à prætore in illius portionis bonorum possessinne, perinde atque si non ex prima parte edicti, quæ est de bonorum possess. cont. tab. sed ex parte unde legitimi, ab intestato eam accepisset; & alterius quoque portionis ei petenda bonor. possessio est, & hoc repudiante herede scripto: quo genere bonorum possessio cont. tabul. quam patronus præmature petiit & admisit, sine re constituitur, adeo ut indigeat patronus tuitione prætoris in obtiuenda ea parte, quam agnovit petita bonorum possess. cont. tab. & bon. possessione nova, in obtinenda altera parte, quæ vacat per repudiationem heredis scripti, quam etiam bonorum possessionem alterius partis se in hunc casum prætor daturum nominatim in edicto pollicetur, ut ait *d.l.6.* tanquam patrono necessariam, quia portio heredis scripti, qui repudiavit hereditatem, tacito jure ei adcrescere non potest, propterea quod jus adcrescendi non versatur inter eos, quibus diverso jure bona deferuntur, ut in ea specie patrono deferebatur jure bonorum possessionis contra tabulas, heredi scripto jure bonorum possessionis sec. tab. Et quod etiam dixi in *d.l.6.* ad eam valde pertinere *l. sive libertus, §. ex duob. de jure patron.* verissimum est. Sed retractanda species illius *§. ex duob.* Duo sunt patroni testamento liberti heredes instituti, Titius, & Cajus, Titius ex debita parte, Cajus ex minori parte. Titio, cui satisfactum est, cum sit scriptus ex debita parte competit bonor. possess. sec. tab. Cajo, cui satisfactum non est ad plenum, competit bonor. possess. cont. tab. Ideoque inter Titium, & Cajum jus adcrescendi non est, quia diverso jure vocantur in liberti bona. Proinde Titio agnoscente bonorum possess. sec. tab. ac deinde Cajo omittente bonorum possessionem contra tab. portio Caji non adcrescit Titio ipso jure, sed necessaria ei est partis Caji bonor. possessio, quam etiam in hunc casum se daturum prætor nominatim pollicetur, ut ait *d. l.6.* At si non Cajus tantum, sed etiam Titius ex minore parte fuerit scriptus extraneis adjectis coheredibus, & Titius partis debitæ cont. tab. bonor. possess. petierit, Caji portio, qui eodem jure invitabatur, id est, cui etiam deferebatur bonorum possessio contra tabulas, si Cajus eam repudiaverit, vel omiserit, statim tacito jure adcrescit Titio etiam invito, & ignoranti, nec necesse ei est petere partis Cajanæ bonorum possessionem novam, quoniam in iis, quibus jus adcrescendi est, semel adire hereditatem, aut semel bonorum possessionem admittere satis est. Et hanc esse veriorem speciem illius *§. ex duobus*, & verborum proprietati convenientem magis valde perspicuum est. Nunc videamus, quæ sit ratio superioris differentiæ, cur liberis præteritis detur bonor. poss. vel contra heredem, vel contra lignum, patronis præteritis contra heredem tantum. Ratio hæc est, quæ patrono præterito datur bonorum possess. certæ partis, puta semissis, non totius assis bonor. possessio est, & consequenter, quæ patrono datur bonor. possess. contra tab. hereditatem partitur inter patronum, & heredem scriptum ex partibus æquis, vel hodie ex constitutione Justin. pro besse, & triente. Esse igitur prius heredem oportet, cum quo patronus partiatur liberti bona jure bonor. possess. cont. tab. Nam si liberto nullus heres existat ex testamento, tum patrono as defertur alio jure, nempe ex parte unde legitimi vocantur, *l. si libertus præterito, de bonis libert.* Liberis autem præteritis, sive ex test. parentis, in quo prætermissi sunt, heres existat, sive non, totius assis bon. poss. cont. tab. defertur, ne semuncia quidem heredi scripto relicta. Hæc vero sufficerent ad initium hujus legis, nisi Accursius objiceret *l. 2. §. 1. de bon. poss. sec. tab.* quæ ait, heredes scriptos expectare debere liberos præteritos, quamdiu bon. possess. cont. tabul. petere possunt: & iis demum exclusis bon. poss. sec. tab. petere posse. Ex quo efficit non male, bon. poss. contr. tab. dari, antequam heredes scripti petierint bon. poss. sec. tab. Cum tamen hoc loco dicatur, locum habere bon. poss. contra tab. etiam si aliquis ex test. heres extiterit, sive aliquis, inquit, heres extiterit, sive non. Verum id ita Accursius explicat male, quasi possit heres scriptus adire hereditatem jure civili, non expectato filio præterito, non etiam petere bon. poss. sec. tab. nam & hanc petere potest. Quidni? & quacunque alia via hereditatem testameoto delatam adquirere, vel aditione, vel gestione pro herede, vel petita bon. poss. sec. tab. Sed si bon. possessionem sec. tab. petierit, antequam filius præteritus peteret contra tabulas, bon. poss. sec. tab. quam petere occupavit, erit sine re, si postea filius præteritus petierit bon. poss. cont. tab. Itaque rectius fecerit, & hoc vult *d.l.2. §. 1.* quam objicit Accursius, si filium præteritum expectaverit, nisi sui juris plane certus fuerit, & virium testamenti. Eodemque prorsus modo diximus, patronum præteritum posse petere bon. poss. contra tab. antequam aliquis ex testamento liberti heres extiterit, ut in *d.l.6.* Sed erit sine re, sine effectu, si postea heres scriptus repudiaverit hereditatem, aut bonor. poss. sec. tabul. quia res ad intestati causam redit, & necessaria nunc patrono est tuitio prætoris in partem, quam nactus est jure bonorum possessionis cont. tabul. quasi quæsitam jure intestati, & alterius quoque partis bonorum possessio nova. Male etiam Accursius notat hoc loco, si ante aditam hereditatem ex testam. liberi præteriti petierint bonorum possess. cont. tab. testamentum ipso jure non valere: si post aditam hereditatem eam petierint jure civili, testamentum valere: sed jure prætorio rumpi, vel infirmari. Debuit enim Accursius distinguere inter liberos suos, qui in potestate morientis fuerint, & liberos emancipatos, nec distinguere inter aditam, vel non aditam hereditatem. Liberis suis præteritis ipso jure testamentum non valet, *l. filio præterito, de inj. rupto test.* Atque ideo non potest adiri hereditas ex testamento, quod nullum est. Bonorum tamen possessio secund. tab. peti potest, si modo obsignatæ fuerint, non minus quam 7. testium signis. Signa testium sunt ex jure prætorio, & prætor non servato jure civili semper dat cuilibet petenti bonorum possess. sec. tab. si animadvertat eas esse obsignatas 7. testium signis, etiamsi jure civili sit injustum, nullum, vel ruptum, vel irritum testamentum. Hæc tamen bonorum possessio secundum tabulas, postea sine re constituetur si petatur bonorum possessio contra tabulas. Emancipatis autem præteritis liberis, verum est ipso jure testamentum valere, & ex eo hereditatem adiri, & bonorum possessionem sec. tab. peti posse, sed rescindi per bonorum possess. cont. tabul. *l. 1. de leg. præst. l. ut liberis, C. de collation.* rescindi, inquam, per bonorum possess. contra tabulas, & per eam quoque bonor. possessionem sec. tab. sine re constitui. Hæc sunt certissima. Bonorum possessio facillime datur cuilibet petenti; & quolibet loco, quolibet tempore, de plano, in transitu, sine causæ cognitione, sine decreto, quæ tamen non utique

que semper cum re futura est, sicut litteræ Cancellariæ, ut A sup. dicebamus, quæ in foro conceduntur, quæque non male comparantur bonorum possessionibus non semper cum re futuræ sunt: non semper qui eas obtinuit, & rem obtinet. Inde recte Ulpianus *lib. sing. reg. tit.* 28. bonorum possessionem ait cum re dari, aut sine re, quod & ibi latius explicat, *& l. filius, C. de inoff. test. Bonorum possessionem* (in specie ibi proposita) *dari cum re*. Et similiter 9. Epistol. Divi Ambrosii: *heredes alios esse cum re, alios sine re*. Qua forma & alii auctores *tribunitiam potestatem sine re*, & de Cupidine, *Deum sine re*. Bonorum autem possessionem secund. tab. passim dari à prætore non perscrutato jure civili, id est, eo non quæsito: an testamentum valeat jure civili, si modo sint obsignatæ septem testium signis, ostendit *§. non tamen, Instit. quib. mod. test infirm. & l. postumus, de inj. rupt. testam.* Sequitur in §. 1. hujus legis B certa definitio juris.

AD *§. Si quis*. Bonorum possessionem contra tabul. dari liberis præteritis suis heredibus, quive sui heredes futuri erant. Sui heredes sunt liberi, qui in potestate morientis sunt, & quos nemo præcedit delatæ hereditatis tempore, id est, qui defuncto gradu proximiores sunt. Sui heredes futuri erant filii emancipati, si emancipatio non intervenisset. Ideoque iis, etiamsi præteriti sint, rescissa emancipatione à prætore datur bonorum possessio contra tabulas. Item suus heres avo futurus erat nepos ex filio emancipato conceptus post emancipationem filii, videlicet filio defuncto ante avum, si emancipatio filii non intervenisset, ideoque ei etiam, si testamento avi præteritus fuerit, datur bonorum possessio contra tabulas, *l. si emancipatus, §.* C *1. l. si retentus, §. ult. hoc tit.* quia suus avo futurus erat. At si testamento patris, quæ est species §. 1. filius, quem pater habuit in potestate non sit præteritus, sed institutus, vel exheredatus, nepos ex eo filio, qui etiam fuit in potestate testatoris avi sui paterni, sit præteritus, ei non datur bonorum possessio contra tabulas, quia avo suus heres futurus non erat: propterea quod filius pater suus eum priori gradu præcedebat: eadem est ratio pronepotis, & nepotis, & sequentium graduum. Item ut subjicit in *§. seq.* liberi præteriti testamento matris, vel aviæ, non habent bonorum possessionem contra tabul. quia matri, vel aviæ neque sui heredes sunt, neque sui heredes futuri erant: nulla enim fœmina suos heredes habere potest, *l. nulla, de suis, & legit. hered.* quia fœminæ liberos non habent in potestate. Leo in Novella 27. *Μόνα ἄῤῥεν προσώπω ὑπεξούσιος* D *χρηματίζει παῖς, solus mas habet liberos in potestate*. Unde patria potestas dicitur tantum, non potestas ulla, quæ nomen ducat à matre, vel avia, vel avo materno: sed quia liberi præteriti à matre, vel avia, vel etiam avo materno pro exheredatis habentur, ideoque eis tanquam exheredatis datur querela inofficiosi testamenti, & quidem contra heredem scriptum, quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela inoffic. testament. quatenus, hæc est ratio, non alia, exheredationis nullus effectus est ante aditam hereditatem, *l. Papinianus, §. si conditione, de inoff. testam. l. 12. §. ex test. de bon. libert.* Restat adhuc *§. ult. h. l.*

AD *§. ult.* Cujus quæstio communis est cum *l. si filius heres, de liber. & postum.* & cum *l. ventre, de adquir. hered.* quæ vulgo censentur inter difficiliores, & ea quidem E quæstio pertinet ad hanc speciem. Pater filium heredem instituit, & postumum, qui erat, aut existimabatur esse in utero uxoris, prætermisit, præteriit: filius heres institutus cum re bonorum possessionem secundum tabul. accipere non potest, quia in eo sunt tabulæ testamenti, ut quamprimum jure civili rumpantur agnatione postumi prætermissi, vel jure prætorio rescindantur per bonorum possessionem contra tabulas, quæ postumo præterito competit. At quæritur, an interim tamen filius, quamdiu speratur postumus, perinde ac si jam natus postumus esset, petere possit bonorum possess. contra tabulas. Jam exclusimus illum à bonorum possessione secundum tabul. nunc quærimus, an interim, dum non nascitur postumus, perinde ac si jam natus esset, filius heres institutus, possit petere bonorum possessionem contra tabulas. Quæ quæstio, ut intelligatur, sciendum est, nato postumo præterito bonorum possessionem contra tabulas, non tantum postumo competere, sed etiam fratri heredi instituto, quasi commisso edicto, ut loquimur, de bonorum possessione contra tabulas, per postumum, id est, quasi per postumum rupto testamento aperta via petendæ bonorum possessionis contra tabulas, etiam heredi instituto quasi inutili, aut irrita facta institutione, *l. 3. §. si quis ex liberis, hoc tit.* Quam etiam viam ingredi, & bonorum possess. contra tabulas filius heres institutus accipere potest, antequam postumus eam acceperit, *l. si post mortem, §. ult. hoc tit.* Inde hoc quæritur, an etiam nondum nato postumo, nondum rupto testamento possit filius heres institutus tanquam commisso edicto propter postumum præteritum petere bonorum possessionem contra tabulas? Quod magni interest scire, quia si præmoriatur filius nondum nato postumo, & nondum petita bonorum possessione, nihil ex bonis paternis transmittit ad heredem suum: bonorum enim possessio, quæ petita non est, non transfertur in heredem, sicut nec hereditas, quæ adita non est, *l. 3. §. adquirere, de bonor. possess. l. unica, §. in novissimo, C. de cad. toll.* Sed si præmoriatur filius petita, & admissa bonorum possessione, commodum bonorum possessionis transmittit ad heredem suum. Quamobrem etiam nondum nato postumo, nondum edito partu, petenti filio prætor decernit bonorum possessionem contra tabul. & si quidem filius emancipatus sit, omnimodo necesse est, ut eam agnoscat ex decreto prætoris, si quid ex bonis paternis ad heredem suum transmittere velit, quia hoc tantum remedio ad bona patris pervenire interim potest, decreti remedio, non etiam ex edicto, ac non etiam juris sui ignarus, jure civili hereditatem adire potest, dum in incerto est agnatio postumi præteriti. Verum, ut ostenditur in *l. seq.* etiamsi filius emancipatus nulla bonorum possessione petita, vita decesserit, æquum est heredibus ejus succurri similiter decreto prætoris, quia edictum deficit, causa cognita heredibus ejus data bonorum possessione secundum tab. non nato postumo, qui ventre vacuo frustra expectabatur, vel abortu facto, aut postumo nato iisdem heredibus data bonorum possessione contra tab. in portionem hereditatis quasi commisso edicto per postumum, ut sit etiam in specie *l. scriptus, de Carbon. ed.* Decretalis hæc bonorum possessio est: nam edictalis, quæ agnita non est à defuncto, ad heredes transmitti non potest. At videamus, cur dicat Paulus hoc loco, maxime in filio emancipato herede scripto necessarium esse, ut ei decernatur bonorum possessio cont. tab. interim, dum non nascitur postumus, ne si interim ipse moriatur, nihil heredi suo relinquat ex paternis bonis. Hoc vero remedium ea ratione dicit necessarium maxime esse filio emancipato, quia filius suus, id est, qui in familia testatoris retentus est, ipso jure heres est citra aditionem, & citra bonorum poss. *l. in suis, de suis, & leg. hered. l. 5. §. qui sunt, si quis omiss. caus. test.* Filius suus heres existit, statim etiam ignorans, vel ex test. si sit scriptus, vel ab intestato, si pater test. non fecerit, vel si quod fecit, ruptum, aut destitutum sit: heres, inquam, existit, vel ut Theophilus noster hoc verbum interpretatur, *ἀναφαίνεται*, statim heres apparet, existit ipso jure, non fit. Et consequenter in specie proposita, si filius, qui in potestate morientis testatoris fuit, filius suus, ut vocamus, heres scriptus sit non nato postumo, etiamsi priusquam liqueret vacuum esse uterum mulieris, filius vita functus sit, ex test. heres patri ipso jure extitisse intelligitur, atque adeo hereditatem transmisisse ad heredes suos, *l. ventre 84. l. cum quidam, §. suum, de adq. hered.* Postumo autem nato post mortem filii heredis instituti, ex testamento quidem, quod ruptum est agnatione postumi præteriti, filius proculdubio ex testamento non intelligitur heres extitisse, quod nullum est, Verum ab intestato heres extitisse intelligitur, si nullum coheredem, aut substitutum vulgari modo habuit, à quo susten-

sustentarentur vires testamenti, quia eo tempore, quo A mortuus est, certum esse cœpit neminem ex testamento heredem fore, cum coheredem non habuerit, aut substitutum. Ergo ab intestato heres extitisse intelligitur in ipso moriendi articulo. Et ita definit Africanus in *l. si filius heres, de lib. & post.* Ideoque cum intelligatur heres extitisse ab intestato, ad heredes suos portionem suam paternæ hereditatis transmisisse intelligitur. Utroque igitur casu, ut ait *l. ventre*, sive mulier uterum sit plena, sive vacua, interim decreto prætoris filiof. subveniendum est, videlicet si jure prætorio bon. poss. amplecti velit, quia & jure civili, sive postumus non nascatur, patri ex test. heres extitisse intelligitur, sive postumus nascatur jure civili, una cum postumo patri ab intestato heres extitisse intelligitur. Quæ ratio facit, ut ait *lex ventre, de adq. hered.* ut & filio emancipato heredi instituto, præterito postumo subveniri debeat, ni- B mirum data bonorum poss. decretali, quia & filius emancipatus omnimodo rem habiturus est, sive postumus non nascatur jure bonorum poss. sec. tab. sive nascatur jure bon. poss. cont. tab. commisso edicto. At in filio emancipato hæc decretalis bonorum poss. necessaria est: in filiof. non est necessaria, quia ipso jure heres existit, alterutro casu, vel ex testamento, vel ab intestato. Emancipatus autem ipso jure heres non existit, sed vel aditione hereditatis heres fit ex testamento, non nato postumo, vel rupto testam. agnatione postumi bon. possessor fit petita bonor. possess. cont. tab. Et hæc tantum hac in re differentia intercedit inter filium suum, & filium emancipatum. Nunc transeamus ad *l. 6.*

Ad L. VI. eod. *Si emancipatus filius nepotem procreaverit, &* C *ita decesserit, deinde avus ejus: nepos ad avi bonorum possessionem venire potest.*

Ad §. Quod *si & filium, & nepotem emancipaverit; vivente quidem filio, nepos non veniet: post mortem autem ejus, ad bonorum possessionem avi veniet.*

Ad §. Nepote *quoque solo emancipato, & avo mortuo, deinde patre ejus, nepos præteritus accipiet patris bonorum possessionem: quia suus heres esset futurus patri, si potestate avi non exiisset.*

Ad §. Filio emancipato, *si nepos retentus sit, & utrique præteriti: utrique accipient bonorum possessionem.*

Ad §. Si filius emancipatus, *in adoptiva familia nepotem sustulerit: ne nepos quidem ad bonorum possessionem avi naturalis veniet. Sed etsi emancipatus filius, procreatis nepotibus, in adoptionem se dederit, ut eum filii sequantur, idem* D *erit. Plane si is, qui apud adoptivum avum procreatus est, emancipatus sit, veniet ad bonorum possessionem avi naturalis. Adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in familia aliena sit. Cæterum emancipatus ad bonorum possessionem parentium naturalium venit: sed emancipatus vivis eis, non etiam post mortem eorum: hoc enim verius est, post mortem eorum emancipatum non admitti.*

Quod didicimus in *l. 4. §. 1. & §. ad testamenta*, idem comprobatur in hac *l. 6.* propositis variis exemplis: Bonorum possessio contra tab. datur liberis silentio præteritis, id est, neque institutis, neque exheredatis: liberis præteritis, qui sui fuerint, id est, qui in familia, & potestate morientis fuerint: datur etiam iis, qui sui non sunt, si modo sui futuri erant, veluti liberis emancipatis: qui si E non exiissent potestate patris, utique sui futuri erant. Et suus futurus non erat, quamvis sit ex liberis, non datur bonorum possessio contra tabulas: ei tamen, qui nunquam fuerit in familia, & potestate morientis, si præteritus fuerit, datur bonorum possessio contra tabulas, si modo suus futurus erat, ut in specie *l. 7.* & in hac specie, quæ proponitur initio legis 6. à Paulo. Filius post emancipationem nepotem procreavit, & prior vita decessit, deinde avus, nepote ex filio præterito, extraneo scripto: nepoti datur bonorum possessio contra tabulas avi, licet nunquam in potestate ejus fuerit, quia hoc casu, mortuo scilicet patre avo superstite, remoto patre, avo suus heres futurus erat, si emancipatus filius non fuisset, *l. 3. in princip. hoc tit.* Recte ait Paulus, si emancipatus filius nepotem procreaverit: recte procreaverit: nam si filius meus emancipatus extraneum adoptaverit in locum filii, huic præterito testamento meo non datur bonorum possessio contra tabulas, quia mihi ex liberis non fuit, mihi extraneus, non nepos fuit, *l. ult. in fin. hoc tit.* Adoptio enim jus tantum agnationis adfert, non jus cognationis, jusve sanguinis, *l. qui in adoptionem, de adopt.* Item finge: filium simul, & nepotem ex eo, qui erant in mea potestate emancipavi, & in testamento utrumque prætermisi: vivente filio nepos præteritus testamento meo non veniet ad bonorum possessionem contra tabulas, quia filius eum præcedit. Nec igitur nepos mihi suus heres futurus erat, sed filius, quasi gradu proximior. Mortuo autem filio me relicto superstite, & nepote, nepos ex eo filio, qui etiam fuit præteritus, veniet ad bonorum possessionem contra tabulas, quia hoc casu prius defuncto filio, & me relicto superstite, nepos mihi suus heres futurus erat, si emancipatio non intervenisset. Rursus finge: filium retinui in potestate, & nepotem ex eo emancipavi, & mortuus sum prior, deinde mortuus est filius meus facto testamento, in quo filium suum nepotem meum à me emancipatum præteriit. Nepos veniet ad bonorum possessionem contra tabul. patris sui mei filii, quamvis nunquam in ejus potestate fuerit, quia ei suus heres futurus erat, si potestate mea non exiisset. Rursus finge: filium emancipavi, & nepotem ex eo retinui in potestate, & in testamento utrumque præterivi: hoc casu nepos mihi suus heres est, quia solus est in potestate mea; contra, filius mihi, qui suus heres futurus erat, non nepos, si filium non emancipassem: nepos obstat filio jure civili, quia mansit in potestate mea: contra filius nepoti obstat jure prætorio, quia mihi suus futurus erat. Quid fiet? Utri dabitur bonorum possessio contra tabulas? Uterque fuit præteritus: & dabitur bonorum possessio contra tabulas utrique conjuncto jure civili, & jure prætorio, conjuncto nepote suo cum filio emancipato ex edicto novo de conjungendis cum emancipato liberis, quod & Julianum edictum dicitur, quoniam in ordinatione edicti perpetui Julianus, qui eam fecit auctore Adriano Imperatore, hanc edicto clausulam adjecit fretus auctoritate Adriani, ut liberi sui conjungerentur emancipatis, *l. 1. §. qui habebat, hoc tit.* Et hæc est sententia *§. filio*, in hac lege, in *§. si filius*, qui solus superest in hac *l. 6.*

AD §. Si filius, Ostendit, nepotem ex filio emancipato procreatum in adoptiva familia, in quam filius transierat, vel procreatum in familia filii, ac deinde translatum in adoptivam familiam, filio se dante in adoptionem: hunc, inquam, nepotem, si præteritus fit testamento avi naturalis, non venire ad bonor. possessionem cont. tab. avi naturalis, quia nec filius, qui se in adoptionem dedit, ad eam, si forte etiam præteritus sit, venire potest. Cur ita? Quia neuter avo, vel patri suus heres futurus erat, cum in aliena familia fuerint tempore mortis avi, vel patris naturalis. Sed, ut subjicit, quod & apertissime explicatur in *§. at ii, qui emancip. Instit. de heredit. quæ ab intestato def.* si hic nepos ab avo adoptivo emancipatus fuerit vivente avo naturali, hoc enim exigitur, præteritus testamento avi naturalis veniet ad bon. possessionem cont. tab. quia ei suus heres futurus erat: imo & eadem ratione si filius ipse emancipatus à patre naturali, si & à patre adoptivo emancipatus fuerit vivente patre naturali, postea præteritus testamento patris naturalis veniet ad bon. possess. contra tabulas, quia ei suus heres futurus erat, si desiisset esse in familia adoptiva vivo patre naturali, etsi à patre naturali emancipatus non fuisset. Adoptio enim, ut ait, tamdiu nocet, quamdiu quis in aliena familia est. Adoptio præterito non nocet. Atque ita hæc sex variis exemplis demonstrat bon. poss. cont. tab. dari ei, qui suus futurus erat, non dari ei, qui suus futurus non erat, quæ est certissima regula juris, demonstrata, ut dixi, hoc loco variis exemplis.

Ad L. XI. eod. *Si in adoptionem datus, sub conditione scriptus sit heres à naturali patre: alio committente cont. tab. edictum, & ipse veniet. Sed si defecerit conditio, repellitur ab ea possessione.*

ſeſſione. Idem puto, & in eo, qui pure quidem, ſed non jure ſcriptus ſit heres. A

Ad §. Exemplo *juris legitimi, & bonorum poſſeſſio contra tabulas diſtribuitur. Igitur nepotes ex uno filio unam partem habebunt.*

CErtum eſt, quod & jam diximus ſæpe, liberos ſuos, id eſt, retentos in poteſtate, & liberos emancipatos, vel quacunque alia ratione ſui juris effectos: Itemque eos, qui ex iis nati ſunt, ex cauſa præteritionis prætorem inducere in bon. poſs. contra tab. Verum id ita procedit, ſi per adoptionem in alienam familiam non migraverint, ſi in adoptionem dati, vel adrogati non fuerint: nam ſi in adoptionem dati, vel adrogati ſint, nec vivente patre naturali emancipati à patre adoptivo, ad bonorum poſseſs. contra tab. patris naturalis ex cauſa præteritionis venire B non poſſunt; quia in aliena familia ſunt, *l.6. §. ult. l.9. l.17. hoc tit.* Emancipati, quibus ex ea cauſa patet aditus ad bonorum poſseſs. cont. tabul. licet ex patris naturalis familia exierint, non ſunt tamen in aliena familia, ſed ipſi ſuæ familiæ ſunt, nec alium patrem habent, quam naturalem. Et ideo jure prætorio veluti emancipatione reſciſſa, admittuntur ad bona patris, perinde atque jure civili admitterentur, ſi emancipati non fuiſſent. At dati in adoptionem, ut dixi, plane ſunt in aliena familia: nec poſſunt igitur quaſi ſint etiam in familia patris naturalis venire ad bonorum poſſeſſionem contra tab. patris naturalis, quia duarum familiarum eſſe, aut videri non poſſunt, aut fingi. Igitur non poſſunt committere edictum de bonorum poſſeſſione contra tab. quamdiu ſunt in adoptiva familia: committi tamen eis illud edictum poteſt, ſi heredes inſti- C tuti ſint teſtam. patris naturalis: Vel ſic dicamus, petere bonorum poſſeſſionem contra tabul. non poſſunt, competere, ſive *συγκρᾶν*, quo verbo hoc loco Baſilica utuntur, bonorum poſſeſſionem contra tab. poſſunt: non poſſunt petere, ſed poſſunt competere, cum alio ſcilicet filio præterito. Ut ſi quis duos habens filios, unum emancipatum, alterum extero in adoptionem datum, emancipatum præterierit, in adoptionem datum heredem inſtituerit, emancipatus, qui præteritus eſt, committit edictum de bon.poſſeſſione contra tab.id eſt, edicto locum facit, *fait ouverture*, atque ita per eum fit, ut & frater in adoptionem datus admittatur ad bonorum poſſeſſionem contr. tab. in ſemiſſem, quia habet patris naturalis voluntatem, qui cum inſtituerit eum heredem, & hoc ſane voluit, ut veniret in partem bonorum, nec etiam in totum extraneus eſt. Et hoc etiam D edicto fuiſſe nominatim expreſſum oſtendit *l.8. §. in adopt. hoc tit.* Et nunc in hac l.51. Paulus hoc ipſum verum eſſe oſtendit, ſive filium datum in adoptionem pater naturalis pure heredem inſtituerit, modo jure inſtituerit, ſive ſub conditione: nam exiſtente conditione competere poterit, id eſt, una cum emancipato præterito petere poterit bonorum poſſeſſionem contra tab. Sed ſi conditio inſtitutionis defecerit, repellitur à competitione bonorum poſſeſſionis contra tabul. id eſt, edictum ei non committitur, quia pro non inſtituto eſt. Itemque ſi pure quidem, ſed non jure pater naturalis eum heredem inſtituerit, ut ſi eum non inſtituerit verbis civilibus, verbis Latinis, & directis, quod olim omnimodo exigebatur, ut valeret inſtitutio, ſi, inquam, eum heredem non inſtituerit verbis civilibus, adjectis aliis heredibus, qui ex teſtam. heredes exiſtere poſſunt, qui, quan- E tum poteſt teſtamentum ſuſtentare poſſint, hic etiam repellitur à bonorum poſſeſſione contra tab. quia & hic pro non inſtituto habetur. Non jure aliquid fieri, & non fieri ſunt paria. Neque vero cum hac ſententia Pauli pugnat *l.3. §. ſed ſi ſub conditione, hoc tit.* quam opponit Accurſius, quia non loquitur de filio dato in adoptionem, ſed de filio non dato in adoptionem. Hic ſi fuerit inſtitutus ſub conditione, deficiente conditione, quaſi præteritus bonorum poſſeſſ. contra tabul. petere poteſt, non etiam pendente conditione, *l.18. hoc tit.* At filius in adoptionem datus, & heres inſtitutus ſub conditione teſtamento patris naturalis, alio committente edictum, nec deficiente conditione venire poteſt ad bonorum poſſeſſionem contra tabul. nec pendente conditione. Et hæc ſunt, quæ pertinent ad priorem partem hujus l.51. Sequitur in poſteriori parte: *Exemplo juris legitimi, & bonorum poſſeſſio contra tabulas diſtribuitur*, hoc eſt, quod ait *l.1.§.1. hoc tit.* ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem liberos præteritos vocari eo jure, eoque ordine, quo vocantur ad ſucceſſionem, id eſt, ad hereditatem legitimam jure civili. Et ideo ſi ſit unus filius, & ex altero filio jam mortuo nepotes duo, vel tres, vel quinque, nihil refert, & omnes ſint præteriti teſtam. parentis, ad bonorum poſſeſſionem contra tabul. omnes veniunt, non quidem in capita, ex æquis portionibus, ſed in ſtirpes, *εἰς ῥίζας*, ut hic Baſilica habent. Ita ſcilicet, ut parentis hereditas dividatur in duas partes, unam ferat filius, alteram duo, vel tres, vel quinque nepotes ex altero filio, ut *l.ſi nepotes 7. inf. de collat. bon.* nam & ab inteſtato jure civili eadem diſtributio ſervatur inter patruum, & filios jam defuncti fratris, id eſt, inter filium, & nepotes ex altero filio jam mortuo. Denique idem eſt ordo hereditatis, & bonorum poſſeſſionis, idem ordo utriuſque juris, utriuſque poſſeſſionis. Nunc tranſeamus ad *l.9. tit. ſeq. de leg. præſt.*

Ad L.IX. de Legat.præſtand. *Sed etſi plus ſit in legato, quam in dote, dabitur illis actio.*

SI filius emancipatus præteritus teſtamentum patris reſciderit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, res redit ad cauſam inteſtati, inteſtatum patrem facit, *l. ut liberis, C. de collat.* Et ideo nihil in teſtamento ſcriptum valet. Proinde nec legata ex eo teſtamento, nec fideicommiſſa debentur, præterquam ea, quæ relicta ſunt liberis, aut parentibus, quæ eis ex æquitate prætor conſervat hoc edicto *de legatis præſtandis*. Et ſi quidem liberi, aut parentes, quibus in eo teſtamento legata relicta ſunt, legata petant à filio emancipato præterito, qui per bonorum poſſeſſionem contra tabul. teſtamentum reſcidit, & filius opponat hanc exceptionem, ſi non deſtitutum, aut reſciſſum teſtamentum eſt: ſi non deſtitutum, ab heredibus ſcilicet ſcriptis, qui metu præteriti omiſerunt hereditatem, ſi, inquam, filius opponat hanc exceptionem, ſi non deſtitutum, aut reſciſſum teſtamentum eſt, quo legata relicta ſunt, liberi, aut parentes tueri ſe poſſunt æquitate hujus edicti, oppoſita replicatione doli mali in hunc modum, ſi non per te factum eſt, ut deſtitueretur, vel uti reſcinderetur teſtamentum. Conſervat etiam hoc edicto prætor legatum, quod uxori, vel nurui relictum eſt in eo teſtamento dotis nomine, quia debitum ei legatum videtur: vel ut ait *l.8. §. pen.* uxor, vel nurus ad æs alienum venit, quæ venit ad legatum ſibi relictum dotis nomine. Uxori ergo, vel nurui conſervatur legatum relictum dotis nomine, petita bonorum poſſeſſione contra tabul. etiamſi in eo legato plus ſit, quam in dote, ut ex hoc libro Pauli proponitur in hac l.9. Et proponitur abſolute, ſimpliciter, indiſtincte. Non dicit conſervari legatum pro modo, ſive pro quantitate dotis, ſi plus ſit in legato, quam in dote, ſed indiſtincte conſervari legatum dotis nomine relictum, etiam ſi plus ſit in legato, quam in dote, nulla adjecta conditione, nullo adjecto modo. Et ideo ſi pro fundo digno 100. quem teſtator acceperat in dotem, uxori legaverit mille nummos, 1000. debentur uxori, non ut Accurſii animus arbitratur, 100. duntaxat. Satis eſt, ſi uxor dotem aliquam habuerit: nam ſi fuerit prorſus indotata, quod ei veluti pro dote relinquitur, non debetur, reſciſſo ſcilicet teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabul. *l.15. §. ei, quæ dotem, hoc tit.* Quod tamen non reſciſſo teſtamento alias deberetur, quod ſcilicet indotatæ veluti pro dote adſcriberetur, *l.6. de dot. præleg.* Ad hæc notandum eſt ex *l.11. hoc tit.* quæ ſumpta etiam eſt ex eodem lib. Pauli.

Ad L.XI. eod. *At ubi inſtitutus, & ſubſtitutus vivant, licet nemo adeat hereditatem: ea tamen legata deberi dicimus, quæ ab inſtituto data ſunt.*

SI pater duos gradus heredum fecerit, ut ſi heredi inſtituto dederit ſubſtitutum vulgari modo, *ſi heres non*

eſſet,

Digitized by Google

esset, qui & ipse institutus dicitur, *l.12. hoc tit.* institutus A scilicet secundo gradu. Quid est substitutio vulgaris? Institutio secundi gradus, vel ut in *l. ex facto*, *§. Lucius*, *in fine, de vul.substitut.* institutio secundi heredis. Si igitur pater heredem instituerit, eique substituerit vulgariter, & ab utroque gradu filium emancipatum præterierit, ab utroque gradu legata reliquerit liberis, aut parentibus, vivente utroque, id est, vivente instituto, & substituto, & neutro adeunte hereditatem ob metum, sive periculum bonorum possessionis contra tabulas, quæ filio emancipato competit, filius emancipatus, qui interim petiit bonor. possessionem contra tab. præstat tantum legata liberis,aut parentibus relicta à primo gradu, id est, ab instituto, non etiam relicta à 2. gradu, id est,à substituto. Cur ita? Quoniam primo gradui primum ex testam. defertur hereditas, atque adeo & contra primum duntaxat gradum, ex quo B heres existere potuit, nata filio est bonorum possessio contra tab. & consequenter ejus tantum gradus legata præstat, non sequentis. Quod & verum esse subjicitur in l.12. quæ sequitur.

Ad L.XII. eod. *Sive autem omiserint instituti, sive non omiserint: dicendum est, legata, quæ ab ipsis relicta sunt, præstanda: quamvis secundo gradu instituti omittentibus eis adierint hereditatem.*

ETiamsi post petitam bon. possessionem cont. tab. heres institutus omiserit hereditatem, eamque substitutus adierit, sed exclusus fuerit jure bon. possess. contra tab. nam & hoc casu filius non præstat nisi legata relicta à primo gradu, quem primum gradum ab initio duntaxat im- C pugnasse videtur, quod ex eo solo primum deferretur hereditas eo tempore, quo filio nata est bon. possessio cont. tab. At si (qui est alius casus) post mortem testatoris heres institutus ante aditam hereditatem vita decesserit, & hereditas ad substitutum pervenerit, quamvis filio emancipato revera nata sit bonorum possessio contra heredem institutum, qui supervixit testatori, ut *l.8. §.à primo, sup. tit.prox. de bonorum possess. cont. tab.* tamen filius præteritus non præstat legata relicta ab instituto, exceptis personis scil. quia nec institutus ea debuit, nec quo minus ea deberet, nempe ut omitteret hereditatem causa præteriti, sed præmatura mors fecit. At legata relicta à substituto, cui vita superest, & qui hereditatem omisit, filius præteritus præstat, quia palam est, filium in causa fuisse, ut substitutus hereditatem omitteret, & consequenter, ut nemini le- D gata deberet, ut corruerent legata. *l.4. hoc tit.* Et hæc ratio ejus, quod traditur in *l.10. §. ult. hoc tit.* Recte autem hæc omnia diximus de filio emancipato præterito.

Ad L.XV. eod. *Is, qui in potestate est præteritus, legata non debebit præstare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia & non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli mali huic noceat. Et absurdum est,eum cogi legata præstare, quia bonor.possessionem petierit, cum & sine hac hereditatem habiturus sit suo jure. Unde si duo præteriti sunt, emancipatus, & is, qui in potestate est: quidam nec emancipatum præstare debere legata existimant: quia effectu fratris aufert partem dimidiam: cum etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi præteritus sit suus? Verius est, quod dictum est.* E *Ubi vero scriptus est, & voluntatem patris habet, debet teneri legatariis, etiamsi omiserit bonorum possessionem.*

Ad §. Sed si unus *emancipatus heres scriptus sit,alter præteritus, & utrique contra tabulas bonorum possessionem acceperint: & institutus eadem præstat, quæ præteritus. Sed si solus heres institutus contra tabulas bonorum possessionem acceperit: omnibus debebit legata præstare, perinde atque si adisset hereditatem. Sed si scriptus quidem adierit hereditatem, præteritus autem bonorum possessionem acceperit, hic quidem, qui bonor. possessionem acceperit, certis personis legata debebit. De scripto autem quæritur: & complures putant, certis personis & eum præstare debere. Quod puto verius esse. Nam & prætor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui contra tabulas petere potuerunt.*

Ad §. Ita autem *tuendus est in partem dimidiam, si aut ex majore parte, quam dimidia, heres institutus sit, aut ex semisse. Quod si ex minore parte, quam dimidia, institutus sit: dicimus non ex majore parte, quam institutus sit, tuendum eum esse: qua enim ratione majorem partem habere potest, cum nec bonorum possessionem accepit, nec ex majore parte institutus sit.*

Ad §. Ei, quæ *dotem non habet, nullum legatum debebitur, licet sub prætextu dotis legetur.*

Ad §. Si extraneo *herede instituto, sub hac conditione exceptæ personæ legatum sit, si heredi decem dederit: ita ei legatorum actio dabitur, si ei, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit, dederit, non si herede instituto. Quia absurdum est, illum commoda hereditatis habere, alium onera sustinere in præstando legato. Sed & si Titio jussus fuerit dare: non illi, sed filio dare debet.*

NAm ut idem Paulus ostendit in *l.15.* quæ est etiam ex hoc libro, & cujus tantum initium evolvam, filius suus præteritus, si veniat ad bonorum possessionem cont. tab. nemini præstat legata, nec liberis, nec parentibus testatoris, ut *l.pen.§.legata, sup.de bonor.possess.cont.tab.* Et ratio hæc est, quia nec filio suo, qui in potestate morientis fuit, necessaria est bonorum possessio contra tabulas, cum ipso jure, mero jure, ut ait *§.legata*, ab intestato heres fit, quia ipso jure nullum est testamentum, in quo filius in familia retentus præteritus est. Ideoque cuilibet petenti legata recte opponet exceptionem, *si non ipso jure nullum testamentum est*, nec ut Paulus ait in hac l.15. ei nocet exceptio doli mali, ut emancipato. Exceptio, id est, replicatio,ut in *l.nam postea 9.§.si minor, de jurejur.& l.apud, §.si quis pupillo, de doli except.* & in multis aliis locis, *exceptio*,id est, replicatio: & ut ait eleganter, absurdum est filium suum cogi legata præstare exceptis personis, quod bonor. possess. petierit, cum & sine hac bonor. possess. hereditatem habiturus sit suo jure. Unde quæritur, quid sit dicendum, si sint duo filii, unus suus, alter emancipatus, & ambo præteriti, ambo petant bonor. possess. contr. tabul. an propter concursum sui, emancipatus relevabitur à præstatione legatorum relictorum liberis, aut parentibus? propter suum, ut dixi, quia effectu ipso, ut ait, fratri suo, qui solus jure civili tanquam suus heres ex asse patri heres est ab intestato, ac proinde effectu ipso, emancipatus suo aufert portionem dimidiam, non heredi scripto, quoniam as pertinet ad suum ipso jure. Et ita quidem, ut Paulus refert,quidam existimarunt. Verius tamen est,emancipatum non relevari, *d. l.pen. §. legata*, suum esse immunem à præstatione legatorum. Quid rursus, si filius suus institutus sit, non præteritus, emancipatus autem præteritus,& emancipato committente edictum, suus quoque admiserit bon. possess. contra tabul. vel ab intestato immiscuerit se bonis, omissa bonorum possessione contra tabulas, an saltem hoc casu suus præstabit legata? Sic videtur. Et quidem, si se immiscuerit bonis jure civili, præstabit legata omnibus, quia patris voluntatem habet, qui eundem heredem fecit in testamento, *l.si filius 23. si quis omissa causa test.* Sed si non miscuerit se, verum petierit bonorum possessionem contra tabulas, quasi commisso edicto per emancipatum, legata præstabit exceptis tantum personis in hoc edicto: facilius obligatur legatis institutus, quam præteritus.

Repetam, & facilius explicabo ea, quæ heri dixi ad initium *l.15. de leg. præst.* eaque connectam cum iis, quæ sequuntur in eadem l. atque ita legem absolvam. Hæc est præcipua differentia inter filium suum præteritum,& filium emancipatum præteritum, quod filius emancipatus præteritus, accepta bonorum possessione contra tabulas præstat legata testamento relicta personis exceptis in hoc titulo, id est, liberis & parentibus, vel uxori, aut nurui adscripta dotis nomine. Et non tantum his personis legata præstat, si accipiat bonorum possessionem contra tabulas, sed etiam, si ea non accepta ab intestato possideat hereditatem nondum aditam ab heredibus institutis, accepta nimirum bonorum possessione unde liberi, ut *l. quia autem*, *§. ult.*

ult. si quis omissa causa test. Filius autem suus præteritus sive accipiat bon. possessionem contra tabul. sive omittat, & suo jure veniat ab intestato ex 12. tabul. nulli præstat legatum. Hæc differentia proponitur initio hujus legis 15. Non est autem, quod Accursio in dubium venit, ut nobis dubium, aut mirum videatur, si suus heres, qui solus jure civili ab intestato heres est, tabulis test. in quibus præteritus est, ipso jure nullis, non mirum, si veniat ad bonorum possessionem contra tabul. si eam amplecti malit, quam jure civili niti. Nam id plerumque facit, ut occurrat heredibus scriptis. Qui, & si tabulæ testamenti nullæ sint jure civili, quia nullæ tamen non sunt jure prætorio, secundum eas bonorum possessionem petere, & accipere possint, prætore utique eam daturo, sine cunctatione, sine controversia, si modo obsignatæ sint, non minus, quam septem testium signis. Tabulas enim, quas ita obsignatas cernit prætor, si modo testatorem, & civem Romanum, & patremfamilias fuisse mortis tempore constet, pro justis habet, & legitimis semper: atque adeo secundum eas dat bonorum possessionem heredibus scriptis, licet jure civili injustæ sint, aut nullæ, vel ruptæ, vel irritæ, vel etiam falsæ. Qua de re postea quæritur, & prout de jure constiterit tabularum, bonorum possessio, quæ data est, vel sine re constituitur, vel rem trahit secum. Quod ostenditur in *l. postumus, de injust. rupto testam. l. 1. C. de iis, qui sibi adscribunt, §. non tamen, Institut. quibus modis testament. infirm.* Et Ulpianus *libro singul. tit. quemadmodum testam. rump. Si septem signis testium*, inquit, *testamentum signatum sit, licet jure civili ruptum, aut irritum factum sit, prætor scriptis heredibus juxta tabulas bonorum possessionem dat.* Quæ bonorum possessio cum re, id est, cum effectu, inquit, habetur, si nemo alius jure heres sit. Et similiter in edicto translatitio Caii Verris, *si de hereditate ambigitur*, inquit, *& tabulæ testamenti obsignatæ non minus multis signis, quam lege oporteat, ad me præferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo.* Hoc igitur prætor, à quo petitur bonorum possessio secundum tabul. tantum observat, an sint obsignatæ septem testium signis, ac si ita obsignatæ sint, sine mora protinus dat bonorum possessionem secundum tabul. Cui rei, ut viam præcludat filius suus præteritus, plerumque ab eodem prætore festinat petere bonorum possessionem contra tabulas, qua rescindat tabulas, atque ita excludat heredes scriptos à bonorum possessione secundum tabul. Et hæc quidem dicimus de uno filio præterito vel suo, vel emancipato. Utroque autem præterito, emancipato scilicet, & suo, & utroque accipiente bonorum possessionem contra tabulas, quidam existimabant, ut Paulus refert hoc loco, quod ex sua persona non habet emancipatus, id eum habere per fratrem suum, qui fuit in familia mortis tempore, sicut evenit sæpe in jure, ut quod quis non habet ex sua persona, quod quis non habet per se, habeat per alium, *l. cum hereditate, de adquir. hered. l. Aristo, in fine, quæ res pignori oblig. possunt.* Id, inquam, existimabant habere emancipatum, per fratrem suum videlicet, ut nemini legata præstet, ne exceptis quidem personis, sicut nec suus cuiquam præstat legata, licet acceperit bonorum possessionem contra tabulas, quia & non concurrente emancipato, suus solus jure legitimo assem obtineret: nec cuiquam præstaret legata. Verum Accursius hoc loco, illorum opinionem, quam refert Paulus, improbat, quasi æquius sit, ut emancipatus legata præstet exceptis personis, etiam suo præterito, & concurrente in agnitione bonorum possessionis contra tabul. Quod tamen Accursius male colligit ex *l. si duo*, quæ sequitur in hoc titulo: quia ea lex de emancipato herede instituto loquitur, non de præterito. Et facilius utique institutus, quam præteritus legatis obstringitur, quod par sit, atque conveniens, eum, qui institutus est, qui hoc honore à defuncto affectus est, tueri ejus voluntatem, saltem in præstandis legatis defuncti liberis, aut parentibus. Id tamen melius comprobabitur argumento *l. pen. §. legata, sup. tit. prox.* ubi suo exheredato, emancipato præterito, & herede scripto non adeunte hereditatem propter præteritum, atque ita exheredatione irrita facta non adita hereditate, dicitur suum quidem nulli præstare legata, emancipatum tamen præstare legata exceptis personis, deminuta tamen in partem dimidiam, quæ suo relinquitur. Quæ ratio servatur suo exheredato, & exheredatione irrita facta, & emancipato præterito: quæ distinctio in legatis præstandis ab emancipato non à suo, cur non observabitur eadem suo præterito, & emancipato quoque præterito: Non erat tamen inelegans ratio, qua nitebantur ii, quorum opinionem hoc loco refert Paulus, quam rationem supra satis luculenter explicavimus. Nunc dicamus de filio herede instituto, vel suo, vel emancipato. Et in utroque commune hoc est, ut & filius emancipatus, & filius suus heres institutus, tertio filio præterito committente edictum, si accipiat bonorum possessionem contra tabulas, exceptis personis legata præstet, ut *l. 5. in princ. hoc tit. l. 14. sup. tit. prox.* Sin autem, vel ex testamento adeat hereditatem filius emancipatus, aut ab intestato hereditatem possideat in fraudem legatariorum, vel filius suus ex testamento, aut ab intestato similiter in fraudem legatariorum immisceat se bonis, legata omnibus præstet, *l. si filius 23. si quis omissa causa testam. & d. l. 14.* Id tamen inter prudentes controversum fuit, an filius suus heres institutus, qui miscuisset se, vel filius emancipatus, qui adiisset hereditatem, cogeretur præstare legata omnibus, & ea controversia quemadmodum dirimenda sit, paulo infra demonstrabitur. Verum iis, quæ hactenus diximus, congruit quod sequitur in *§. sed si unus*, quæ supra sunt, jam explicavimus. Si duo sint filii emancipati, unus heres institutus, alter præteritus, & uterque petat bonorum possessionem contra tabulas: recte ait Paulus, tam institutum, qui se coæquat præterito, competita bonorum possessione contra tabulas, quam præteritum præstare legata exceptis personis, non omnibus. Sed, hac in re attentione opus est, sicut & in omni hoc tractatu, qui tamen non est adeo difficilis, ut si quis paulum modo attentus sit, non possit eum adsequi: sed cognitio hujus juris prætorii perquam utilis, & necessaria est. Si duo sint filii emancipati, unus institutus, alter præteritus, est hic alius casus, & solus heres institutus acceperit bonorum possessionem contra tabulas, præteritus, qui commisit edictum, qui locum fecit edicto, qui instituto patefecit viam adeundi prætoris, & petendæ bonorum possessionis contra tabulas, eam repudiarit, rectissime etiam ait, institutum præstare legata omnibus, perinde atque si adiisset hereditatem ex testamento, vel quod idem est, quodve tantundem potest, si secundum tabulas bonorum possessionem accepisset, quia nihil ei præteritus abstulit, & sine obstaculo præteriti assem habet ex voluntate defuncti. Unde par est, perinde ac si commissum non esset edictum, & per omnia eum voluntatem defuncti conservare, ac tueri, denique legata præstare omnibus, & fideicommissa. Et ut in hanc rem eleganter ait lex 14. quæ præcedit in hoc titulo, *Occasio emancipati præteriti non debet institutum lucro efficere*, id est, exonerare præstatione legatorum omnium, cum præteritus jure suo non utatur, atque adeo cum præteritus nemo fuisse videatur, cum edictum commissum fuisse effectu ipso non videatur, neque vero sit, ergo cum præteritus, qui commisit edictum, jure suo non utitur, id est quum repudiat bonorum possessionem contra tabulas, bonorum possessio contra tabulas, quam heres scriptus petere antevortit, petere occupavit, ut potuit, *l. si post mortem, §. ult. sup. tit. prox.* ea, inquam, bonorum possessio contra tabulas, quam heres scriptus ante præteritum, non exspectato præterito, petere occupavit, postea præterito repudiante, redigitur ad jus, & conditionem bonorum possessionis secundum tabulas, ac proinde omnibus legatis præstandis obstringitur, non secus, quam si bonorum possessionem secundum tabulas accepisset, & quod memini me dicere etiam in *l. 6. de bon. possess.* migrat bonorum possessio ex uno jure in aliud, bonorum possessio contra tabulas vertitur in bonorum possessionem secundum tabulas. Quid autem dicemus e contrario, si e duobus filiis emancipatis unus heres scriptus sit, & adierit hereditatem ex testamento, alter vero præteritus acceperit bonorum possessionem contra tabulas? Quo casu sciendum est omnino, prætorem tueri

heredem scriptum in partem dimidiam bonorum, si ex dimidia parte, vel etiam si ex majore parte, quam dimidia scriptus sit: sed si ex minore parte, quam dimidia scriptus sit, veluti ex uncia, prætorem eum tueri in unciam tantum. Qua enim ratione majorem uncia partem habere potest, cum adierit hereditatem ex uncia tantum, qui & ex uncia tantum heres institutus erat? Ergo hæc ratio, sive distributio tunc duntaxat servatur, cum heres scriptus adivit hereditatem, vel quod effectu idem est, quum accepit bonorum possess. secundum tabulas: nam si non adierit hereditatem, sed acceperit bonorum possessionem contra tabulas, etiamsi ex uncia tantum heres scriptus sit, tuendus est in semissem, in dimidiam partem bonorum, altera dimidia filio præterito relicta, perinde atque si ambo ab intestato succederent. Unde etsi ex majore parte fuerit scriptus, veluti ex dodrante, vel ex asse, non est tuendus ultra semissem, ultra dimidiam, quod ostenditur in *l.* 8. *§. ult. & l. pen. §. videamus,* illo loco, *& hoc sit consequens, sup. tit. prox.* Aliter ergo fit distributio bonorum inter filium heredem institutum, & filium præteritum, quum heres institutus adivit hereditatem, aut petiit bonorum possessionem secundum tabulas, aliter quum petiit bonorum possessionem contra tabulas, eodemque jure venit ad bona, quo & præteritus jure prætorio, & beneficio bonorum possessionis contra tabulas. At videamus nunc in casu proposito, cum heres scriptus adivit hereditatem, præteritus accepit bonorum possessionem contra tabulas, quid statuendum sit de legatis in testamento relictis? Et Paulus ait, præteritum quidem præstare legata exceptis personis tantum, quod est certissimum. At dubitatur, & vero dubitare se ait Ulpianus in *l. seq.* an heres institutus, qui adivit hereditatem omnibus debeat præstare legata? an exceptis tantum personis in hoc edicto? tandem Paulus concludit, heredem institutum, sive eum tutatus sit prætor in partem dimidiam, sive in partem minorem, ex qua heres scriptus erat, heredem, inquam, institutum non omnibus præstare legata, sed exceptis personis tantum, sicut præteritum. Hac ratione, quia etsi contra tabulas bonorum possessionem non acceperit, tamen hac ratione eum prætor tuetur, & consociat fratri præterito, quod sit ex liberis, qui contra tabulas petere potuerunt bonorum possessionem, quamvis non petierit, sed adiverit hereditatem. Non est igitur onerandus supra quam oneretur is, qui contra tabulas bonorum possessionem petiit. Verba Pauli hæc sunt: *nam & prætor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui contra tabulas petere potuerunt, quamvis non petierit contra tabulas, sed adiverit hereditatem.* Contra Paulum Africanus scribit in *l. 14 sup. tit. prox.* eum, qui adiit hereditatem, legata præstare omnibus, etiam extraneis, non exceptis personis tantum: Hac ratione, quia adeundo hereditatem, judicium defuncti secutus est, & approbavit, ergo id exsequi, & adimplere debet. Sane hoc etiam loco Paulus fatetur, rem fuisse controversam. Videtur autem omnis controversia dirimi posse, adhibita distinctione hujusmodi: Aut filio heredi instituto, qui hereditatem adiit, non minuitur portio hereditatis per concursum fratris præteriti, sed plena fruitur voluntate, ut si institutus sit ex semisse, vel triente, & prætor eum tueatur in semissem, vel trientem: Et hoc casu præstat legata omnibus, quod & Ulpianus probat *in l. seq.* Aut portio hereditatis, quæ ei testamento adscripta est, minuitur per concursum præteriti, nec plena fruitur voluntate, ut si institutus sit ex dodrante, & prætor eum tueatur in semissem tantum, ut fieri debere diximus ante: Et hoc potissimum casu valet sententia Pauli, ut non nisi exceptis personis legata præstare cogatur. In §. ult. & hoc ostenditur.

AD *§. ult.* Conditionem dandæ certæ pecuniæ heredi scripto, adscriptam legatario cuidam ex personis exceptis, id est, ex liberis, & parentibus, hoc modo: *Lego illi fundum, si heredi scripto 10. dederit,* conditionem eam esse implendam in persona filii præteriti accipientis bonorum possessionem contra tabulas, quia & ei præstatio legati vice heredis incumbit. Et hoc est secundum naturam, ut quem onus, sive incommodum sequitur, sequatur & commodum. Sed etsi, quod ostenditur in *§. ult. hujus legis,* non heredi, sed Titio extero cuidam, legatarius, qui est ex exceptis personis, dare jussus sit filio præterito, qui petiit contra tabulas bonorum possessionem, non Titio dare debet, quia rescisso testamento per bonorum possessionem contra tabulas sicut extraneis non debentur legata (Titius est extraneus) ita nec mortis causa capiones, alioquin Titio omnino dandum esset, *l. 4. §. si sub conditione, de fideicommiss. hered.* Mortis causa capio est, quod datur, & accipitur conditionis implendæ causa: *lego fundum, si Titio 10. dederis:* fundum tu capis jure legati, Titius 10. capit jure mortis causa capionis, quod alicui datur conditionis implendæ causa, id ille mortis causa capere dicitur.

Ad L. II. de Collat. bonor. *Cum emancipati filii nomine nepotem postumum post avi mortem editum dicimus, bonorum possessionem accipere oportere: necessarium erit dicere, bona sua non conferre: licet non potest dici, mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat. Igitur sive hereditatem à patre, sive legatum acceperit: hoc conferre debebit.*

Ad §. Illud autem *intelligendum est, filium in bonis habere, quod deducto ære alieno superest. Sed si sub conditione debeat, non statim id deducere debebit, sed id quoque conferre. Contra autem caveri ei oportebit ab eo, qui in potestate est, ut existente conditione defendatur pro ea parte, quam contulit.*

Ad §. De illis, *quæ sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quæritur ad cujus detrimentum ea pertinere debeant? Et plerique putant, ea, quæ sine dolo, & culpa perierint, ad collationis onus non pertinere. Et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus prætor viri boni arbitratu jubet conferri bona. Vir autem bonus non sit arbitraturus, conferendum id, quod nec habet, nec dolo, nec culpa desiit habere.*

Ad §. Id quoque, *quod sub conditione ex stipulatu debetur, emancipato conferri debet. Diversum est in legato conditionali: quia etsi in potestate fuisset, & post mortem patris conditio exstitisset, ipse haberet actionem.*

Ad §. Emancipatus *filius si injuriarum habet actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictæ, quam pecuniæ habet persecutionem. Sed si furti habeat actionem, conferri debebit.*

Ad §. Si tres emancipati, *duo in potestate sint: Cajus Cassius libro septimo juris civilis tertias conferendas, puta, ut emancipati, quia invicem non conferunt, unius loco sint: nec indignari eos oportere, si plus conferant, & minus accipiant, cum in potestate eorum fuerit, bonorum possessionem omittere. Julianus quoque Cassii sententiam sequitur.*

Ad §. Si ex emancipato *filio nepos emancipatus, mortuo patre simul, & avo, bonorum possessionem utriusque acceperit, cum uterque eorum suum heredem reliquerit: eo modo collatio explicari potest: ut si (verbi gratia) centum in bonis habuit: & patruo quinquaginta, & fratri quinquaginta conferre debet. Hoc enim ratio facit sive personas, sive portiones numeremus.*

Ad §. Si duo nepotes ex *filio mortuo emancipati, bonorum possessionem avi petant: utrum dimidias, an quartas patruo conferre debeant, quæritur? Et verius est, semisses conferre eos oportere. Quia etsi vivo avo, cum in ejus potestate essent ducenta (puta) adquisissent: centum filius, centum duo fratres per hereditatem avi haberent.*

Ad §. Si duo emancipati *bonorum possessionem petierint & unus contulerit, alter non contulerit: hujus portio tantum ei, qui in potestate est, prodesse debet, non etiam emancipato. Quoniam ejus causa, qui in potestate est, denegantur ei actiones.*

Ad §. Si per inopiam *emancipatus cavere non possit: non statim ab eo transferenda est possessio. Sed sustinendum, donec possit invenire fidejussores, ut tamen de his, quæ mora deteriora futura sunt, his, qui in potestate sunt, actio detur, ipsique caveant in medium collaturos, si cautum eis fuerit.*

SCiendum est liberos emancipatos, qui simul cum suis, qui in potestate parentis remanserunt, defuncto parente communi ad bonorum possessionem contra tabulas, vel ad bonorum possessionem *unde liberi*, venire desiderant, antequam petant bonorum possessionem, aut reipsa

bona

bona propria, quæ habuerunt tempore mortis patris, vel avi communis, & quæ si emancipati non fuissent, ei acquisituri erant jure patriæ potestatis, ea debere viri boni arbitratu in medium conferre, & in commune redigere, quod in idiotismo est, *raporter*, aut datis fidejussoribus cavere debere, se ea bona collaturos, communicaturos. Dico, *filios emancipatos* bona propria conferre, non suos. Nam sui nulla bona propria habere possunt, quæ in collationem cadant. Castrensia enim, & quasi castrensia bona, qualia fere tantum bona sui habere possunt nulli liberi conferunt, sed ea sibi excipua, aut præcipua habent, *l.1.§.nec castrense, hoc tit.* Et ratio æquitatis hujus edicti apertissima redditur in *d. l.1.in princip.* Et eleganter ab Ulpiano in Institut. his verbis: *æquissimum putavit prætor, neque emancipatos bonis paternis carere per hoc, quia non sunt in potestate, neque præcipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus*, qui scilicet soli jure civili heredes sunt, ut didicimus ex *l.15.sup.tit.prox.* Hoc cognito, videamus, quæ species proponatur initio hujus legis secundæ. Ea, meo quidem judicio, cui & deprehendi omnino congruere judicium Græcorum interpretum, est hujusmodi: Patremfamil. habuisse filios duos, unum emancipatum, alterum suum, & filium emancipatum eo tempore emancipasse, quo nurus, uxor ejus prægnans erat, eundemque filium emancipatum, prægnante adhuc, nondum enixa uxore, vita decessisse, patre superstite, ac deinde patrem vita decessisse, relicto altero filio, quem habuit in potestate, & post mortem patris uxorem filii emancipati filium enixam esse, qui defuncto patri nepos est ex filio emancipato, eique quasi succedenti in locum filii emancipati sui patris, si præteritus sit testamento avi, deferri bonorum possessionem contra tabulas, una cum patruo, sive patruus heres institutus sit, cui idem edictum committitur, sive & ipse patruus præteritus sit, vel utrique ab intestato deferri bonorum possessionem unde liberi. Ait lex, *cum emancipati filii nomine nepotem postumum post avi mortem editum dicimus bonorum possessionem accipere oportere, &c. Emancipati filii nomine* hoc loco, id est, quasi succedentem nepotem postumum in locum filii emancipati patris sui, vel, ut vulgo loquimur, quasi repræsentantem patrem suum. In Basilicis rectissime *ὡς εἰς τόπον τοῦ ἰδίου πατρὸς ὑπεισιόντα, quasi succedentem, aut subintrantem locum patris sui*, filii emancipati scilicet. Et hoc jure scilicet fretum, post mortem avi editum postumum nepotem, bonorum possessionem accipere, & concurrere cum liberis relictis in potestate avi patruis suis. Consequens igitur esse, ut patruis suis, patruove suo, conferat bona propria, quoniam bonorum possessio, quæ datur emancipatis, aut iis, qui ex emancipatis procreati sunt, semper habet adjunctum onus collationis bonorum propriorum, concurrentibus suis heredibus. Dubitationem faciebat edictum prætoris, quo cavetur nominatim, ut liberi emancipati, vel qui ex emancipatis liberis nati sunt, quorum est eadem ratio, *l. 6. in princ. sup. tit. prox.* conferant bona propria, quæ habuerunt tempore mortis parentis, de cujus bonis agitur, *l. 1. §.qui ab hostibus, & §.si ab ipso, & l. pen. hoc titul. leg. 6. 12. 15. Cod. de collationibus.* Atquin is nepos ex filio emancipato tempore mortis avi, quo nondum exierat utero matris, nulla habuit bona. Ita est. Ergo nihil patruo videtur debere conferre. Sed cum in locum patris sui, vicemque succedat, & una cum patruo veniat ad bonorum possessionem contra tabulas, vel unde liberi, hoc casu necessitati succumbimus, necessitas rei id exigit, *necessarium est*, inquit, *dicere, non habita ratione verborum edicti*, compellendum eum esse ad collationem bonorum, quæ à filio emancipato patre suo, in cujus locum successit post mortem avi, ad eum pervenerunt jure hereditario, vel si exheredatus sit, jure legati, aut fideicommissi. Et ita ponenda, atque explicanda est species, de qua agitur initio hujus legis. Nihil est neque certius, neque manifestius. Casum Azo male ponit: Filium emancipatum bonorum possessionem transmisisse in postumum heredem suum, & nepotem postumum bonorum avi possessionem petiisse filii emancipati patris sui nomine, id est, ex persona filii emancipati, quasi ab ea ad se transmissa: male, in-

A quam, quia Paulus ait, nepotem postumum bona sua debere conferre, bona sua omnino. In casu Azonis conferre debere non sua, sed patris bona, quæ scilicet pater ipse fratri relicto in potestate conferre debuit. Item Paulus spectat, quid nepos habuerit in bonis moriente avo, vel paulo post habere cœperit in lucem editus, quod in casu Azonis non spectaretur: sed spectaretur id duntaxat, quod pater, id est, filius emancipatus habuit in bonis tempore mortis avi. Item in casu Azonis, nepos veniret ad bonorum possessionem, & collationem, tanquam heres filii emancipati patris sui. At Paulus ait, eum venire, etiamsi heres non sit filii emancipati patris sui, si ei legaverit tantum pater, non heredem eum instituerit: Venit ergo ex persona sua, non ex persona filii emancipati patris sui. Pergamus ad reliqua.

B AD *§.Illud autem.* Sequitur in *§.1.hujus legis.* In hoc edicto, quum dicitur, filium emancipatum bona propria filio suo, id est, filio defuncti suo conferre: bona intellige, quæ deducto ære alieno supersunt, ut in lege Falcidia. Et fere in omnibus partibus juris, id est, deducto eo, quod filius emancipatus aliis pure debet, *l.6.C.de collat.* Pure, inquam: nam, quod debet sub conditione, non deducit, sed confert fratri suo, si modo ei frater suus, cui id confert, contra caveat, ubi conditio exstiterit, defensum iri eum adversus creditorem pro parte pecuniæ debitæ sub conditione, quam contulit. Notanda est illa locutio, *contra cavere.* Et rursus bona intellige, quæ filio emancipato salva, & incolumia post mortem patris permanserunt, non quæ perierunt sine dolo malo, & culpa ejus. Dolum enim malum, & culpam levem ipse præstat, id est, confert, quæ dolo malo ejus, vel culpa post mor-
C tem patris deperierunt ex propriis bonis in fraudem suorum, *§.de illis, in hac lege.* Cæterum vim majorem non præstat: non confert ergo, quæ casu majore amisit post mortem patris, quod & satis notat Paulus edicto expressum videri, dum prætor jubet collationem bonorum propriorum à filio emancipato fieri viri boni arbitratu, quia vir bonus non est arbitratus conferendum esse à filio emancipato id, quod nec habet, nec dolo malo, aut culpa desiit habere. Et hæc etiam verba nominatim inserta fuisse edicto, *viri boni arbitratu bona propria conferri*, ostendit *l.5.§.ult.hoc tit.* Præterea bonorum appellatione in hoc edicto contineri non res tantum corporales, sed etiam jura, quæ pertinent ad filium emancipatum, nomina sua, obligationes, actiones, & nomina sua tam pura, quam conditionalia, nomina aliena pura deduci, ante dictum est, conditionalia conferri; nomina sua
D & pura, & conditionalia conferri: Nam & quod sibi debetur sub conditione, filius emancipatus confert, id est, nomen illud conditionale confert in medium, obligationem illam conditionalem, quod, inquam, sibi debetur ex stipulatu, vel ex quocunque alio contractu, non quod sibi legatum est sub conditione: quia ea tantum confert emancipatus, quæ vivo patri acquisivisset, non sibi, si non exiisset ex ejus potestate, si emancipatus non fuisset. At quin si emancipatus non fuisset, ex stipulatione conditionali patri adquisivisset statim, etiam si post mortem patris conditio exstitisset: ergo eam obligationem conferre debet. Ex legato autem conditionali sibi acquisivisset, si conditio legati post mortem patris exstitisset, *l.78.de verb.oblig.l.18.de reg.jur.* Ergo legatum conditionale conferre non debet. Hæc est differentia notissima inter stipulationes, & legata, quam &
E hoc loco Paulus attingit in *§.id quoque.* Id quoque, inquit, quod sub conditione ex stipulatu debetur emancipato, subdistingue, *debetur*, ut in Florentinis. Et ita ergo legito: *Id quoque, quod sub conditione ex stipulatione debetur emancipato, conferri debet:* Differentia, inquam, illa notissima est: In stipulationibus spectatur tempus contractus: in legatis tempus, quo dies legatorum cedit. Ergo tempus, quo conditio legatorum exstitit, non tempus facti testamenti. In stipulationibus tempus, quo contracta est stipulatio, non tempus, quo conditio stipulationis exstitit. Qua ratione & stipulatio conditionalis in heredem transmittitur pendente conditione: legatum conditionale non item, *l.5. quando dies legati ced. §. ex conditionali, Institut. de verb.oblig.* Stipulator conditionalis creditor esse dicitur, non etiam lega-

tarius conditionalis, qui nec conditionalis creditor dicitur, antequam conditio extiterit, *l.42. de obligat. & act. l. qui in fraudem 27. qui, & à quibus man.* Quod ergo dixi, nomina conditionalia venire in collationem, & generaliter omnes obligationes, omnes actiones, quæ filio emancipato competunt, quia & hæc intelliguntur esse in bonis emancipati; ab ea definitione generali primum excipiamus ea, quæ ex testamento debentur filio emancipato sub conditione, quia nec proprie ei debentur, antequam conditio exstiterit; quod satis liquet ex superioribus. Deinde in *§. emancipatus* hujus legis, excipiamus actionem injuriarum, quia & hæc actio non intelligitur esse in bonis filii emancipati ante litem contestatam, *l.28. de injur.* quandoquidem non pecuniæ, aut rei familiaris, sed vindictæ tantum persecutionem habet, *l.prætor, §.1.eod.tit.* Nec igitur quamcunque aliam actionem confert filius emancipatus, quæ sit similis actioni injuriarum: non actionem de moribus, quia & hæc vindictæ, non rei persecutionem habet. Actionem furti confert, ut ait Paulus, quia pecuniæ persecutionem habet, id est, duplum, vel quadruplum ejus pecuniæ, quæ mihi abest, vel quæ mihi furto ablata est. At actio injuriarum, non pecuniæ, sive rei familiaris, quæ absit actori, sed honoris imminuti ulciscendi persecutionom habet. Unde & actiones populares, quæ jus populo tuentur, & omnibus patent, filius emancipatus non confert, veluti actionem sepulchri violati, actionem albi prætoris corrupti, actionem ex edicto de iis, qui dejecerunt, vel effuderunt, interdictum de via publica. Et in summa omnes actiones populares filius emancipatus non confert, quia actiones populares Reipublicæ, aut vindictæ publicæ magis, quam pecuniæ, aut rei familiaris persecutionem habent, & cuilibet competunt ex populo, nec in cujusquam bonis privatim esse intelliguntur ante litis contestationem, *l. 12. de verb. signifi. l.pœnales, ad leg.Falcidiam, l. licet, de procurat.* Et ut de actione injuriarum ait Ulpianus in *d.l.28. de injur.* injuriarum actionem in bonis nostris non computari antequam litem contestemur, actionem injuriarum non esse in bonis ante litem contestatam, ita licet idem omnino dicere de quacunque populari actione, eam non esse in bonis ante litem contestatam: occupatione sola fieri juris nostri. Quod & hoc loco scripsisse Paulum pervincit, & coarguit *lex penult. de popul. act.* quæ est ex hoc libro 41. in qua & Paulus, ut hoc confirmaret magis, ait, *etiam in restitutione hereditatis ex Senatusconsulto Trebelliano populares actiones non venire*: restituta hereditate ex Senatusconsulto Trebelliano populares actiones non transire in fideicommissarium: quia neque in bonis, neque in hereditate fuisse intelliguntur. Et ut subjicit in eadem *l.pen. qui habet actiones populares, non intelligitur esse locupletior*.

AD *§. Si tres, & duos seqq.* Legem 2. de collat. bonor. duxi à principio usque ad *§. si tres emancipati*, quem nunc explicabo, & reliquos omnes, qui sequuntur. Ut intelligatur *§. si tres emancipati*, atque etiam duo, qui sequuntur, sciendum est, liberos emancipatos his fratribus solis bona propria conferre, qui patris sui heredes sunt, id est, qui in potestate patris fuerunt tempore mortis, & quibus, tametsi jure civili omnia bona paterna ad eos solos pertineant, beneficio prætoris auferunt eorum bonorum partem virilem: emancipatos autem ipsos, invicem bona propria non conferre, quia jura eorum paria sunt, nec quicquam alter alteri aufert, *l. 1. §.ult. hoc tit. l. 9. C. de collat.* Denique collationem bonorum propriorum, quam emancipati faciunt, iis solis proficere, qui in potestate sunt, non etiam emancipatis invicem, ut est scriptum in *l. 3. seq. §. Julianus*. Hoc cognito videamus, quam liberi emancipati distributionis rationem servent in conferendis propriis bonis, quamque in auferendis paternis bonis. Aliud in hoc titulo est *bona conferre*, aliud *auferre*, vel *ferre*, vel *accipere*. Bona paterna emancipati ferunt, & auferunt suis ex parte: bona autem propria conferunt suis, etiam ex parte: Et in ferendis quidem bonis paternis plerunque partium distributio fit pro numero liberorum, id est, quot sunt liberi emancipati, quotque sui, tot fiunt partes bonorum paternorum, & singuli singulas ferunt, vel retinent: In conferendis autem propriis emancipatorum bonis, aliquando distributio fit pro numero liberorum, aliquando non pro numero liberorum, sed κατ' ἀναλογίαν partium, pro ratione portionum legitima, & congrua. Sed hoc omne appositis exemplis explanandum est. Et primum quidem, si unus sit filius emancipatus, unus suus, ambo præteriti, vel emancipatus præteritus, suus heres institutus ex asse, tam patris, quam filii emancipati bona dividuntur in duas partes, ita ut filius emancipatus dimidiam partem bonorum paternorum ferat, & alteram dimidiam partem frater retentus in patris potestate retineat, & similiter bonorum propriorum partem dimidiam fratri suo conferat, partem alteram sibi retineat. Atque ita fit divisio pro numero liberorum. Duo sunt liberi, & duæ quoque partes fiunt utrorumque bonorum. Eadem ratio servatur, si sint duo filii in potestate, unus emancipatus. Nam & patris, & filii emancipati bona dividuntur in tres partes pro numero liberorum, ita ut singuli habeant tertiam partem bonorum paternorum, & similiter tertiam partem in bonis emancipati propriis. Igitur si filius emancipatus habeat trecenta in bonis, singulis fratribus, qui sunt in potestate, centena confert, centena retinet. Similiter si in bonis paternis sint mille quingenta, filius emancipatus ex eis fert 500. mille reliqua fratres retinent, & ex æquo partiuntur inter se, *l. 1. §. pen. h. t.* Iis casibus divisio fit pro numero liberorum. Et eadem ratio servatur in conferendis bonis propriis emancipatorum, quæ servatur in conferendis, sive partiendis bonis paternis. Aliquando tamen alia ratio, sive ἀναλογία servatur in ferendis bonis paternis, & longe alia in conferendis bonis propriis, ut puta, si duo, vel plures sint liberi emancipati: Nam etsi omnium liberorum personæ numerentur in partiendis bonis paternis, personæ tamen omnium non numerantur in partiendis bonis emancipatorum propriis, sed duo pluresve emancipati pro uno computantur: in ferendo, pro pluribus computantur: in conferendo pro uno: ferunt quasi plures sint, uti sunt: conferunt, quasi omnes unus sint, ut in specie hujus *§. si tres*: Si tres sint emancipati, duo in potestate, quia enim sunt quinque liberi, singuli in bonis paternis habent quintas, singuli tamen emancipati non conferunt quintas. Alioquin si personas numerarent, viderentur sibi invicem conferre, quod jus non patitur, ut proposui initio, & ita minus conferrent, plus auferrent, sed conferunt tertias, quia pro uno computantur, ut si singuli filii emancipati habeant 300. in bonis, singuli conferunt non quintas, puta 120. id est, singulis, qui sunt in potestate sexaginta, ita ut retineant 180. duntaxat, sic fit, ut plus conferant, minus ferant. Conferunt enim tertias, & ferunt quintas tantum, & tertiæ utique majores sunt, quam quintæ. Nec ut Paulus ait, propterea est, quod emancipati indignentur, vel expostulent, cum sit eis in proclivi, in facili, omissa bonorum possessione contra tabulas se isto onere levare. Idemque dicemus, si duo sint emancipati, unus suus: singuli enim emancipati ex bonis paternis ferunt tertias, quia tres sunt liberi; conferunt autem ex bonis propriis dimidias, non tertias tantum, alioquin viderentur sibi invicem conferre: id est, collatio tertiarum non iis tantum, qui in potestate sunt, ut oportet, proficeret, sed etiam ipsis emancipatis. Plus autem in hoc portione: portione intelligo *plus portione*, quod tamen possit esse summa minus: ut è contrario plus summa, possit esse portione minus, ut *l. seq. §. Julianus*. Sed in hoc tractatu non summarum, sed portionum quantitas spectatur. Porro idem quoque dicemus, si duo sint emancipati, duo in potestate, bonorum scilicet paternorum, quia sunt quatuor liberi, singulos ferre quartas; bonorum autem propriorum singulos emancipatos non conferre quartas, quia hoc si facerent, sibi invicem conferre viderentur, sed quasi unius loco sunt, id est, perinde atque si tres duntaxat liberi essent, unus emancipatus, duo in potestate, conferre tertias. Sume exemplum ex *l. 1. 8. ult. hoc tit.* eadem positione retenta, duos esse emancipatos, & duos suos: singuli emancipati habent 300. in bonis. In bonis autem paternis sunt 400.

ex

ex bonis paternis singuli ferent quartas, id est, centum. Ex bonis autem propriis singuli emancipati conferent tertias, id est, ducenta, nempe singulis ii, qui sunt in potestate 100. & retinebunt 100. vel etiam, ut in exemplo legis sequentis, *§. Julianus*, si unus ex emancipatis habeat 100. in bonis, alter 60. Ille, qui habet 100. conferet singulis iis, qui sunt in potestate, triginta tria, & trientem, in summa 66. & bessem, id est, conferet tertias, & retinebit 33. & trientem: Ille vero, qui habet 60. in bonis, conferet singulis liberis suis viginti, in summa 40. & retinebit viginti. Et hæc sufficiunt ad *§. si tres*, sequitur *§. si ex emancipato*, male explicatus ab Accursio.

AD *§. Si ex emancipato*. In hujus §. specie nepos emancipatus ex filio emancipato procreatus, nihil retinet ex bonis propriis, sed omnia confert. Qua ratione? in extremo dicam: finge: qui habebat filium in potestate, & filium emancipatum, & ex filio emancipato nepotem unum emancipatum à filio emancipato patre suo, & alterum nepotem retentum in potestate filii emancipati, simul & pariter uno eodemque momento periit ruina, vel naufragio una cum filio emancipato: nepos emancipatus præteritus tam patris sui, quam avi testamento, qui bonorum possessionem accepit contra tabulas utriusque, si centum habuerit in bonis, exempli gratia, is patruo conferre debet 50. id est, dimidiam suorum bonorum, quia ei aufert dimidiam ex bonis avi, & fratri æque conferre debet alia 50. quia & ei similiter aufert dimidiam ex bonis patris, atque ita nihil retinet sibi. Et est tamen ea distributio rectissima, sive personas numeres, sive portiones. Ratio hæc est, quia duæ hereditates sunt, de quibus agitur, non una: una hereditas patris, quæ fratri defertur retento in potestate, alia hereditas avi, quæ patruo defertur, qui fuit in potestate avi, quarum hereditatum, uti oportet, ratione habita separatim, atque distincte, quemadmodum ille nepos ex bonis patris fert dimidiam, & ex suis confert dimidiam fratri, ita ex bonis avi fert dimidiam similiter, & ex suis confert dimidiam patruo. Eademque est ratio personarum, & portionum, per quam fit necessario, ut nihil apud eum remaneat ex suis bonis, qui tamen retineret 33. & trientem, si de una tantum hereditate ageretur, ut in *l. seq. §. Jul.* Sequitur *§. si duo nepotes*.

AD *§. Si duo nepotes*. In hujus §. specie, nec in ferendis paternis bonis, nec in propriis conferendis distributio fit pro numero liberorum, sed pro portionum ratione legitima. Species hæc est: Quidam decessit relicto uno filio in potestate, & duobus nepotibus ex altero filio jam mortuo, à se emancipatis, qui ex causa præteritionis, ut dictum est in *l. 1 1. de bonor. possess. cont. tabulas*, eo jure vocantur ad bonorum possessionem contra tabulas una cum patruo, quo vocarentur ad hereditatem jure civili, si emancipati non essent: nempe vocantur in dimidiam partem, sive duo sint, sive tres, sive quinque, vel decem, id est, vocantur in partem, quam pater eorum si viveret habiturus esset, quem repræsentant, cujusve locum subeunt, vocantur in stirpem, non in capita: Alteram vero partem dimidiam retinet patruus, atque ita tantum habet patruus, quantum cæteri omnes nepotes. Singuli igitur nepotes ex bonis avi secundum hanc rationem ferunt quartas, non tertias, cum sint duo nepotes, ut posui: dividunt enim inter se dimidiam bonorum paternorum ex æquo. Unde quæritur, utrum patruo ex bonis propriis conferant quartas: quia singuli ferunt quartas, an dimidias: quia ambo ferunt dimidiam? Et ait, eos, quasi scilicet unius loco sint, ut ait *lex 7. hoc tit.* puta patris sui loco: quem repræsentabant conferre dimidias propriorum bonorum: quia, quæ ratio est evidentissima, etsi emancipati non fuissent, & singuli ducenta acquisiissent avo mortuo, ea inter eos, & patruum dividerentur ex portionibus æquis, id est, in duas dimidias. Itaque non personas numerant, sed portiones, sive partiantur cum patruo bona avita, sive bona propria. Denique & in hereditate avi, & in collatione bonorum propriorum unius loco sunt, *d. l. 7.* Et hoc vult *§. si duo*.

AD *§. Pen.* In §. pen. hujus legis, ostenditur filium emancipatum præteritum, qui bona propria non confert, per contumaciam scilicet, sic est hoc accipiendum, non confert, inquam, filio, qui fuit in potestate, vel non admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, vel si jam eam acceperit, ei denegari possessorias, sive hereditarias actiones, ut *l. 1. §. si frater*, *& §. si cum duobus*, *hoc tit. l. 11. l. 14. C. de collation.* & ut est in *l. seq. paulo post principium*, totam hereditatem sive omnia bona patris apud suum heredem remanere. Unde si duo sint emancipati (quæ est species §. pen.) unus suus heres, & ex emancipatis alter conferat, alter per contumaciam non conferat, portio non conferentis remanet apud heredem suum, qui fuit in potestate morientis, cujus etiam causa illi denegantur actiones. Nec in ea portione igitur non conferentis, quidquam habet alter filius emancipatus, qui bona sua contulit.

AD *§. ult.* Ad §. ultim. notandum est, collationem, aut reipsa fieri, bonis in commune collatis, & divisis, aut fieri cautione, puta emancipato promittente stipulanti suo heredi datis fidejussoribus (Nam hæc cautio satisdatio est) se bona collaturum, quæ moriente patre habuit, *l. 1. §. jubet*, *hoc tit. l. pen. §. videamus*, *de bonor. possess. cont. tab.* Et re quidem ipsa fit plerunque collatio post petitam bonorum possessionem. Cautione autem interposita fieri solet ante petitam bonorum possessionem contra tabulas, vel unde liberi, ut Paulus scribit *5. Sent. tit. 8.* & probat lex, quæ sequitur, *§. emancipatus præteritus*. Sed & post petitam, & acceptam bonorum possessionem, eo quoque modo, id est, cautione fieri posse collationem, eadem lex, quæ sequitur, ostendit in principio. Quid tamen (hæc est quæstio §. ultimi) si post acceptam bonorum possessionem filius emancipatus per inopiam, de conferendo cavere non possit: per inopiam, inquam, quia vix ulli inveniuntur, qui pro inope fidejubere velint, ut *l. denuntiasse, in fine*, *ad leg. Jul. de adulter. l. si constante*, *§. quotiens*, *sol. matr. l. 3. de custod. reor.* Quid ergo; si propter inopiam post petitam bonorum possessionem, & acceptam, filius emancipatus non possit cavere, non possit satisdare, an statim ab eo possessio transferenda est? an statim possessione quasi præmature accepta, aut quasi non jure accepta expellendus est, an statim bonorum possessio sine re constituenda est? minime. Verum, ut Paulus ait, adhuc sustinendus est, donec possit invenire fidejussores, ita tamen, ut interim iis, qui sunt in potestate permittatur distractio, sive auctio rerum, quæ tempore perituræ, aut mora deteriores futuræ sunt, rerum, quæ servando servari non possunt, veluti frugum; præstita tamen cautione, se pecuniam, quam ex venditione redegerint, in medium collaturos, ubi de collatione ab emancipato eis cautum fuerit. Vel etiam, ut in *l. 1. §. si frater*, *hoc tit.* curator est constituendus portioni filii emancipati non caventis, ut eam portionem administret interim, quoad invenerit fidejussores. Et ita est explicandus *§. ult.* In quo animadvertendum est illo loco, *actio detur*, more vetusto scriptum esse, *actio*, pro *auctio*. Quod interpretes neque Græci, neque Latini assecuti sunt. Mos est auctoribus frequens, ut dicant, vel scribant, *actor* pro *auctor*, & *actio* pro *auctio*. Puto Paulum etiam hic quæsiisse de loco, quo emancipatus de conferendo cum satisdatione cavere debet, quæsiisse, quo loco eam cautionem emancipatum suo præstare oporteret, & docuisse, ibi eum ea de re cavere debere, ubi domicilium habet, ubi sedem bonorum, & fortunarum suarum collocavit, ubi bona propria habet, *ut l. 5. §. ult. ut leg. nom. cav.* Quapropter senatores populi Romani cavere debere in urbe, quoniam in urbe domicilium habent, vel in patria originis suæ, quia & ibi domicilium habent, senatores utroque loco domicilium habere intelliguntur, in urbe, & in patria germana, ut *l. filii*, *§. senator*, *& §. pen. ad munic.* Quod etiam ex hoc libro Pauli est proditum in *l. pen. de senat.* quæ ita est reddenda huic tractatui, addita hac ratione: quia dignitas non permutat domicilium. Sed adjicit, & potest quis pluribus locis domicilium habere, *l. Labeo*, *ad municip.* Potest quis plures patrias habere. In

mu-

Digitized by Google

muliere numerabo quinque: patriam germanam, sive originalem, patriam adscititiam per allectionem: patriam mariti: patriam patroni: patriam adoptatoris. Ex hoc etiam libro Pauli est *lex ult. de coll. bon.* quæ docet.

Ad L.ult. eod. *Si quis prægnantem uxorem reliquerit, & ea ventris nomine in possessionem missa fuerit: interim cessat collatio: Nam antequam nascatur, non potest dici in potestate morientis fuisse. Sed nato conferetur.*

POstumo suo nondum nato, etiamsi defuncti uxor missa sit in possessionem ventris nomine, vice bonorum possessionis contra tabul. vel unde liberi, non conferre postumo nondum nato, quia nondum etiam postumus admisit, aut admittere potuit bonorum possessionem, nec potest etiam videri, antequam nascatur in potestate morientis fuisse: nato conferri, sed nondum nato non conferri. Recte igitur cum temperamento *l.pen.de statu hom.*ait,eum, qui est in utero, in toto pene jure civili pro nato haberi. Nam hic est unos casus, quo pro nato non habetur. Et sunt alii complures.

Ad L.II. de Conjung. cum emancip. lib. *Nihil in hac parte edicti cavit prætor,ut legata exceptis personis nepos præstet. Sed potest superior sermo & ad hunc casum referri: Nam absurdum est, patrem quidem ejus legata præstare, ipsum vero plus habere: cum eadem conditione in eandem partem vocantur.*

EX legibus, quæ ex lib.41. restant, prima est *lex 2. de conjung. cum emancip. liber.* Ex hoc edicto de conjungendis cum emancipato liberis, quod *edictum novum* dicitur, & nova clausula, quia est addita novissime à Juliano Jurisconsulto in ordinatione edicti perpetui, quam fecit auctore Adriano Imperatore, si filius emancipatus præteritus sit, & nepos ex eo retentus in potestate, heres institutus, vel etiam præteritus, filio emancipato, in petenda bonorum possessione contra tabulas jungitur nepos ex eo retentus in potestate avi, qui tamen solus jure civili ad hereditatem vocabatur, quasi solus suus heres; sed ex hoc edicto patri suo conjungitur, & veniunt ambo eodem jure ad bonorum possessionem contra tabulas, quod & ex hoc libro jam habuimus supra in *l.6. §.filio, de bonor.possess. cont.tabul.* Cum quo §.ita videtur hæc lex 2. conjungi posse, ut adjicias, utroque accipiente bonorum possessionem contra tabulas, patre emancipato, & nepote ex eo retento in potestate avi, utrumque etiam præstare legata exceptis personis, parentis testamento relicta. Ergo non emancipatum tantum, sed etiam filium, id est, nepotem retentum in potestate avi præstare legata exceptis personis, hac ratione, *quia absurdum est, & incongruum, filio defuncti conjuncto nepote ex eo nato,* id est, patri conjuncto filio, *meliori conditione filium esse, quam patrem:* plus habere filium, quam patrem, cum ex hoc edicto eodem jure, eademque conditione, ut ait, conjungantur in unam, eandemque partem. Itaque superior sermo, ut Paulus ait hoc loco, id est, superius edictum, quod est de legatis præstandis, ut & Accursius interpretatur recte, ad hunc casum non refertur, quia hoc casu etiam suus heres legata præstat exceptis personis. Cæterum hoc casu excepto, suus heres, qui cum emancipato concurrit in petenda bonorum possessione contra tabulas legata nemini præstat, *l.15. de leg. præst. l.pen. §. videamus, de bon. possess. cont. tab.* Ait, posse superiorem sermonem, id est, edictum de legatis præstandis, referri etiam ad hunc casum. Recte, ut scilicet uterque legata præstet. Nec tamen ideo minus verum est, superius edictum de leg. præst. non referri ad hunc casum, quia in illo edicto separatur emancipatus à suo: emancipatus præstat legata exceptis personis, non etiam suus, in hoc casu conjungentur, & hæc separatio non fit. Et hæc sufficiunt ad l. 2.

Ad L.II. de Vent. in possess.mitt. *Sed & si eum ediderit, qui repulsus est, discedere debet.*

A Ad L.IV. eod. *Habitatio quoque, si domum defunctus non habuit, conducenda erit mulieri.*

Ad §. Servis *quoque mulieris, qui necessarii sunt ad ministerium ejus, secundum dignitatem cibaria præstanda sunt.*

Ad L.LXII. de Legat. I. *Si ancilla cum liberis legata sit, & ancilla sola, si non sint liberi: & liberi soli, si non sit ancilla, debentur.*

EX hoc edicto uxor, quam quis moriens ex se gravidam reliquit, ventris nomine mittitur in possess.bonor. defuncti, vice bonorum possessionis cont. tab. si postumus præteritus sit patris testamento, vel vice cujuslibet alterius bonor. possessionis: Et interim, donec pariat alenda, vestienda, toleranda ex defuncti bonis, tectum etiam ei præbendum est, *l.1.§.mulier, hoc tit.* quæ pars est alimentorum,
B *l.legatis, l.ult. de alim. leg.* Habitatio, inquit Paulus in *l.4.* conducenda est mulieri, si domum defunctus non habuit, id est, domum propriam. Domus appellatione proprietas significatur. Fac eum habuisse tantum habitationem in domo aliena, quam morte ejus finiri constat, sicut usum domus alienæ, *l.si habitatio, de usu, & habit.* Vel fac gratuito eum habitasse in ædibus amici cujusdam, quibus uxorem ejus, eo mortuo, dominus ædium excluserit. Et addit etiam, non tantum cibaria esse præbenda mulieri missæ in possess.ventr. nomine, quibus & se, & ventrem tueatur, sed etiam servi mulieris secundum dignitatem ejus, quos in ministerio habet. Verum, ut ex eod. Paulo scriptum est in *l.2.* si mulier eum ediderit, qui repulsus sit, mulierem de possess. confestim discedere oportet, ut si mortuum ediderit: nam & abortivi edi, & nasci dicuntur, *l.qui mortui, de verb.signific.*
C Et in Hecyra Terentii, *natum obortum*. Hoc vero exemplo non male Basilica utuntur hoc loco, si mortuum ediderit, εἰ δὲ ϗ νεκροτοκήσῃ. Non est autem dubium, quin & alia multa hoc libro Paulus scripserit de hoc edicto. Et inter cætera *l.62. de leg.1.* conjecturam hoc loco facit, docuisse Paulum tractantem de hoc edicto, quod tametsi verba hujus edicti ita concepta sint, *ventrem cum liberis, quibus scilicet bonorum possess. dederim, in possess. esse jubebo*, tamen etiamsi nulli sint alii liberi, quibus dederit bon.possess.si solus venter sit, ventrem ex hoc edicto in possess.mittendum esse, ut etiam ostenditur in *l.7.in fine, hoc tit. l.121.de leg.1.* ubi pro *jubeo* legendum *jubebo*, *l.13.§.ult.de manumiss.testam.* Et hoc Paulum confirmasse eo, quod proponitur in *dict. l.62.* ex hoc ipso libro, nempe eodem modo ancilla cum liberis legata: *Lego tibi ancillam cum suis liberis.* & ancillam solam debe-
D ri, si non sint liberi, & liberos solos, si non sit ancilla: quia scilicet hæc adjectio, *cum liberis*, conditionem non facit.

Ad L.VI. de Carb.edict. *De bonis matris an decretum interponendum sit, quæritur? Et decretum quidem non est interponendum, dilatio autem longissima danda est, quæ in tempus pubertatis extrahet negotium.*

Ad §. Plane *si simul de paternis, & de maternis bonis controversia sit, vel etiam de fratris: & has controversias in tempus pubertatis differendas esse, Julianus respondit.*

Ad §. Huic autem *edicto locus est, etiamsi ab intestato ad bonorum possessionem veniant liberi: tametsi ex inferioribus partibus petant, qua legitimi vocantur, quoniam sui sunt: vel ex illa, quo cognatis datur.*

Ad §. Ita demum *autem huic edicto locus est, si status, & he-*
E *reditatis controversio sit: nam si tantum status, quod (puta) servus dicatur esse, nec ulla bonorum controversia sit, hoc casu liberale judicium statim explicandum erit.*

Ad §. Qui pupillo *controversiam facit, si simul cum eo in possessionem missus est, ali ex bonis defuncti non debebit, nec quicquam de bonis deminuere: Hæc enim possessio pro satisdatione cedit.*

Ad §. Non solum *alimenta pupillo præstari debent: sed & in studia, & in cæteras necessarias impensas debet impendi pro modo facultatum.*

Ad §. Post pubertatem, *quæritur, an actoris partes sustinere debeat, qui ex Carboniano missus est in possessionem? & responsum est, rei partes eum sustinere debere: maxime si cavit. Sed & si non caverat, si nune paratus sit cavere, quasi pos-*

ses-

sessor conveniendus est. Quod si nunc non caveat, possessio transfertur adversario satis offerente, perinde atque si nunc primum ab eo peteretur hereditas.

Ad L. ult. eod. *Sed sicuti de bonis paternis emancipato cavetur: ita de istis, quæ ipse confert, cavendum est.*

EX edicto Carboniano liberis impuberibus præteritis testamento patris, quibus fit controversia bonorum paternorum, hereditatis paternæ, alio quodam hereditatem suam vocante, simul & fit controversia de statu, quia dicuntur non esse liberi, vel non esse justi liberi defuncti, cujus de bonis agitur, interim quoad puberes facti fuerint, quoad pubuerint, datur bonor. possessio contra tabulas ex edicto Carboniano, non quidem de plano, ut ceteræ bonor. possessiones dari solent, sed pro tribunali causa cognita. Decretalis ergo bonorum possessio, non edictalis, dilata tantisper controversia status, & bonorum paternorum in tempus pubertatis, & impubere interim tolerante vitam suam ex paternis bonis, quasi præsumatur esse defuncti filius, licet existat, qui neget, eum ejus esse filium. Et hoc totum favor pupillaris ætatis extorsit. Ergo huic edicto, sive bonorum possessioni Carbonianæ locus est, si de bonis paternis controversia fiat liberis impuberibus: Nam si de maternis bonis, aut de fraternis bonis, aut de bonis liberti patroni, impuberibus controversia fiat, simul atque de statu capitis, vel familiæ, neque bonorum possessio Carboniana compesit, neque ex edicto Carboniano negotium differtur in tempus pubertatis, *l. 3. si is, cui status, l. seq. §. si pupillus, hoc tit.* sed ex constitutionibus Principum sine possessione quæstio status differtur ad tempus pubertatis, *l. 3. §. 1. & 2. hoc tit. l. 7. §. pen. de vent. in possess. mit. l. divi, de liber. caus.* Et hoc supplendum est ad initium hujus l. 6. dum ait, *de bonis matris non esse interponendum decretum*, id est, non esse dandam Carbonianam, quæ decretalis est, bonor. possessionem: *dilationem tamen longissimam dandam esse, quæ in tempus pubertatis extrahat negotium*. Dandam scilicet esse hanc dilationem ex constitutionibus, non ex edicto Carboniano, non ex jure ipso, quod sæpissime separatur à constitutionibus, quæ sæpenumero deviant à jure publico & prudentia veterum. Si tamen, ut subjicit, fiat simul controversia de paternis, & maternis bonis filio impuberi, vel de paternis, & fraternis bonis simul, & de statu, proculdubio ex edicto Carboniano negotium omne extrahitur in tempus pubertatis, data interim bonorum possessione Carboniana: *has*, inquit, *controversias in tempus pubertatis differendas esse Julianus respondit*: ex edicto Carboniano scilicet; priori parte ex constitutionibus, & sine possessione; posteriori parte, ex hoc edicto, & data bonorum possessione Carboniana. Sequitur in *§. huic autem*.

AD *§. Huic autem*. Edictum Carbonianum non tantum pertinere ad bonorum possessionem contra tabulas, sed etiam ad bonorum possessiones ab intestato: Nam & has scilicet impuberibus dari ex decreto, quibus fit controversia status, & bonorum paternorum, ut *l. seq. §. interdum, l. 3. in prin. h. t. l. 1. §. sed etsi ex Carbo. si tab. testam. nullæ ext.* Liberis ergo impuberibus, quibus fit controversia status, & bonorum paternorum ex edicto Carboniano, causa cognita ab intestato dari posse bonorum possess. unde liberi, vel unde legitimi, vel unde cognati. Nam si sint sui liberi, id est, si in potestate morientis fuerint, ab intestato non tantum eis defertur bonorum possessio unde liberi, sed etiam ex sequenti parte edicti bonorum possess. unde legitimi. Quia (est elegans ratio Pauli) qui sui sunt, & legitimi, id est, agnati sunt, filius suus patri est agnatus proximus, *l. si filius, de suis, & legit. hered. l. Jurisconsultus, §. 1. de grad. & adfin.* sicut ex diverso, qui non sunt sui, nec agnati, vel legitimi sunt, *l. scripto, si tab. testam. nul. extab.* Potest etiam eis dari bonorum possessio unde cognati: Nam qui agnati sunt & cognati sunt. Et ita vero liberi sibi ipsi succedunt ex iis edicti partibus, *l. 1. §. sed videndum, de success. ed.* Filii sui omissa bonorum possess. unde liberi, veniunt ad bonorum possess. unde legitimi, vel rursus hac omissa, veniunt ad bonorum possess. unde cognati. Ad extremum, & ex edicto Carboniano, si impuberes sint, quibus fiat controversia status, & hereditatis paternæ, admittuntur ex omnibus partibus edicti. Hoc vult *§. huic autem*. Post hæc subjicit Paulus, ita demum huic edicto Carboniano locum esse, si status, & hereditatis paternæ simul controversia fiat. Nam si fiat controversia status tantum, ut si filius defuncti impubes, dicatur esse servus, statim liberale judicium explicandum esse sine dilatione, sine cunctatione: statim, ut brevius dicunt Basilica, τὸ κατὰ στατικὸν explicandum est, id est, liberale judicium, capitis judicium, status judicium. Quod ita verum est, si hoc edictum inspicias, si ad jus ipsum animum advertas, statim explicandum est liberale judicium sine mora. Nam ex Constitutionibus favore pupillaris ætatis causa cognita quæstio status, quæ fit impuberi, ad tempus pubertatis, quo se ipse tueri possit, differenda est, etiam si hereditatis paternæ nulla ei moveatur quæstio, *d. l. divi, de lib. caus. l. 3. §. quamvis, hoc tit.* Sequitur *§. qui pupillo*.

AD *§. Qui pupillo*. Pupillus, cui data est bon. poss. Carb. solus possidet bona, non cum adversario, qui movet illi quæstioonem status, & hereditatis paternæ, nisi adversarius sit etiam ex liberis, sed si sit exter, si sit extraneus, solus ex hoc edicto possidet bona, dummodo eum satisdatione caveat adversario de restituendis bonis, si post pubertatem cootra eum judicatum fuerit. Ita si satisdederit adversario, solus possidet bona dilatis controversiis omnibus ad tempus pubertatis, solus fruitur utitur bonis. Sed si non satisdederit, si noluerit, aut non potuerit satisdare, bona solus non possidet, quia vice satisdationis non præstitæ adversarius simul cum eo mittitur in possessionem bonorum, quæ ob id possessio *vicaria* dici potest, ut in *l. postquam, §. 1. ut leg. nomine cav.* Et hac ratione, quia vicaria tantum possessio est, id est, quia tantum est vice satisdationis, adversarius, qui simul missus est in possessionem, non alitur ex defuncti bonis, nec ex iis quicquam diminuere potest vescendi causa, quia vice satisdationis tantum missus est, non ut frueretur bonis, quod & servatur, quum creditores mittuntur in possessionem rei servandæ causa, non etiam rei fruendæ causa, aut bonorum fruendorum causa, *l. Fulcinius in principio, quib. ex caus. in poss. eatur.* Non alitur etiam ex iis bonis impubes, qui satis non dedit, nisi si se aliter videatur alere non posse, ut *l. prox. §. quotiens, sup.* Pupillo autem, qui satisdedit adversario, etiam si aliunde se tueri, & alere possit, alimenta præstantur ex defuncti bonis, & præceptoribus ejus mercedes, impendia, inquit, præstantur, quæ fieri convenit in studia. Præstantur & omnia alia impendia necessaria pro modo facultatum defuncti, præstatur vestiarium, calcearium, ministeria servorum. Hæc omnia præstantur ei, qui satisdedit: ei, qui non satisdedit, non item, nisi videatur se aliunde alere non posse.

AD *§. ult.* Præterea in *§. ult.* hujus leg. notatur alia differentia inter impuberem satisdantem de restituendis paternis bonis, si victus fuerit post pubertatem, & non satisdantem. Bonorum possessionis Carbonianæ emolumentum finitur pubertate: est bon. possess. pupillaris, & ut pupillaris substitutio finitur pubertate, ita bon. possess. Carbon. quæ est bon. possess. pupillaris, finitur pubertate, *l. 3. §. puberi, hoc tit.* Et tunc, id est, post pubertatem, siquidem satisdederit is, cui data est bonor. possess. Carbon. in judicio centumvirali de petitione hereditatis, quo disceptabitur de hereditate paterna inter eum, & adversarium, rei, sive possessoris sustinet partes. Idemque est, etsi non satisdederit ab initio: sed nunc post pubertatem satisdare paratus sit de restituendis bonis paternis, si judicio centumvirali superatus fuerit. Nam & hoc casu qui satisdat, sustinet partes rei, *c'est le deffendeur*, cujus conditio melior, & verior est. At si nec nunc post pubertatem satisdare velit, aut possit, possess. bonorum transfertur in adversarium, si modo & hic eandem satisdationem offerat. Ac proinde tunc adversarius rei partibus fungitur. Ille vero partibus petitoris, partibus actoris, & consequenter onus probandi illi incumbit, se filium esse, & justum filium ejus, de cujus here-

hereditate agitur,& hereditatem ad fe pertinere,ut *l.14.inf.* A Actoris partes fuftinere grande eft onus , nullum fere fuftinere partes rei. Favorabiliores enim funt rei,quam actores. Ex *l.ult.hujus tit.*quæ eft etiam ex hoc lib.Pauli .

Ad L.ult.eod. cujus verba fupra funt adfcripta.

NOtandum eft filio impuberi , qui gerit fe pro fuo herede patris accipienti bon.poff.Carb.quod fiat ei controverfia ftatus,& hereditatis paternæ, interim etiam ei fratrem emancipatum cavere debere de conferendis bonis propriis, *l.pen.*& viciffim ipfum filium impuberem debere emancipato cavere de reftituendis bonis paternis,fi in judicio petendæ hereditatis fuperatus fuerit , atque etiam de reftituendis bonis propriis emancipati jam ab eo collatis, vel de femittenda cautione . Nunc ex hoc libro reftat tantum *l.3.* B *de bonor.poffeff.fec.tab.* quæ eft facillima.

Ad L.III.de Bon.poff.fec.tab. *Verum eft , omnem poftumum, qui moriente teftatore in utero fuerit, fi natus fit , bonorum poffeffionem petere poffe.*

CErtum eft jure civili, poftumum fuum heredem,id eft, qui teftatori fuus heres futurus eft quum natus erit, recte heredem inftitui:alienum autem poftumum,id eft,qui teftatori fuus heres futurus non eft, jure civili inftitui non poffe, ob id ipfum, quia non eft, *§.t. Inftit. de bonor. poff.* at, ut Paulus ait in hac *l.3.* & veriffimum eft , jure prætorio , omnis poftumus heres inftitui poteft . *Verum eft,* inquit , *omnem poftumum* ; ergo etiam alienum poftumum heredem inftitui poffe , & natum petere poffe bonorum C poffeffionem fecundum tab. fi modo fuerit in utero moriente teftatore, alioquin inftitutio ejus , qui nondum conceptus eft, qui nondum eft in rerum natura, nihil valeret.

JACOBI CUJACIJ J.C.

Ad Lib. XLII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.IV. de Bon.libert. *Si necem domini detexerit fervus: prætor ftatuere folet, ut liber fit,& conitat eum,quafi ex Senatufconfulto libertatem confecutum, nullius effe libertum.* D

Ad §.Si libertus *captus ab hoftibus,ibi decefferit : quamvis liberti appellatio eum non tangat: tamen propter legem Corneliam,quæ teftamentum fic confirmat,atque fi in civitate decefferit, patrono quoque bonorum poffeffio danda erit.*

Ad §.Si deportatus *patronus fit , filio ejus competit bonorum poffeffio in bonis liberti , nec impedimento eft,fi ei talis patronus,qui mortui loco habetur.Et difsimile eft,fi patronus apud hoftes fit, nam propter fpem poftliminii obftat liberis fuis.*

Ad §.Si extraneus *à liberto heres inftitutus,rogatus fit filio hereditatem reftituere: cum ex Senatufconfulto Trebelliano reftituta hereditate, heredis loco filius habetur , patronus fummovendus eft.*

SERVUS , qui indicavit , & vindicavit necem E domini , qui coarguit , & detexit necem domini , pro præmio confequitur libertatem ex Senatufconfulto Syllaniano , non quidem ipfo facto, fed prætore decernente eum effe liberum . Decreto prætoris opus eft, *l.fi fervus, de Senatuf.Syllan. l.æris alieni, ad leg.Falcid. l.teftam.de heredib.inftit.l.1.C.pro quib.caufis fervi pro præmio accip.libert.* Ac fi quidem prætor non adfignaverit cujus libertus effet, is, quem liberum effe decernit ob caufam detectæ necis domini, ut *l.3. §.quid fi necem , de fuis , & legit. hered.* ille fit libertus orcinus , fi prætor ei non adfignaverit patronum, quum ftatuit eum effe liberum , orcus erit ei patronus , ut ait *l.5. qui fine manum. ad libert. perven.* Paulus ait, initio hujus legis , *eum nullius effe libertum.*

Orcus enim , quem folum patronum agnofcit , pro nullo A eft . Contra, imo non orci videtur libertus effe , fed ejus, cujus proxime fervus fuit,ut ait *dicta lex 3. §.quid fi necem.* Proxime autem fervus fuit heredis occifi domini, ergo heredis libertus eft , non libertus orcinus . *Libertus* , inquit, *is eft ejus , cujus proxime fervus fuit.* Male Accurfius , id eft, teftatoris, inquit, & fit libertus orcinus . Omnino male, quoniam fubjicit, *ei deferri liberti inteftati hereditatem legitimam.*Et confequenter, fi teftatus fit libertus, eo præterito dimidiæ partis ei deferri contra tabulas bonorum poffeffionem, quæ necato domino, five teftatori fane deferri non poteft. Libertus ergo eft ejus,cujus proxime fervus fuit, id eft, heredis necati domini, vel teftamentarii , vel legitimi : non eft ergo libertus orcinus . Hoc explicandum eft adhibita diftinctione: fi heres vindicaverit necem defuncti, fer- B vus, qui eam detexit,fit liber decernente prætore, & libertus heredis , cujus proxime fervus fuit , non libertus orcinus: fed fi heres non vindicaverit , & arguerit necem defuncti, folus fervus eam arguerit, & detexerit, quia heredi hereditas aufertur quafi indigno , tunc fervus ille fit liber, & libertus Acheronticus,five orcinus hoc folo cafu , *l.pen. de jure patron.* videlicet quum ipfe folus ceffante herede indicavit, & vindicavit necem domini. Nihil eft certius. Sequitur in *§.1.* hujus legis.

AD *§.Si libertus* . Liberto capto ab hoftibus, & mortuo apud hoftes, quamvis in eum proprie liberti nomen non cadat, quia fervus deceffit, & confequenter nec teftatus deceffiffe,vel ex teftamento , aut ab inteftato heredem habere videri poteft,*l.3.§.ult.de verb.fignific.* tamen quia lex C Cornelia ejus liberti, qui deceffit apud hoftes teftamentum confirmat,morti juncto tempore captivitatis, ex die , quo captus eft,*l.juftio,in fine, de ufurpat. & ufucap.* patrono præterito datur bonorum poffeffio contra tabulas , quia lex Cornelia fingit , ut jam fignificavi , libertum deceffiffe in civitate,deceffiffe liberum , *l.in omnibus , & l.bona , de capt. & poftl.*Poft hæc tractat Paulus de patrono capto ab hoftibus, quem hoc differre oftendit à patrono deportato in infulam , quod fi poft deportationem patroni libertus vita deceflerit , patroni filio competit bonorum poffeffio in liberti paterni bonis, quia patronus habetur pro mortuo, ut *l.1. §.pen.de bonor.poffeff.cont.tab.* Deportatus, inquam, habetur pro mortuo . Cur ita ? quia fifcus in ejus bona omnia,in univerfum jus ejufdem fuccedit, nunquam deportatur quifquam,quin fimul & bona ejus omnia publicentur. D Fifcus igitur in jus univerfum deportati fuccedit, *l.actione, §.publicatione , pro foc.* Viventis nullus eft fucceffor univerfi juris, aut neceffario vivus , cui aliquis eft fucceffor univerfi juris , pro mortuo habetur . Ergo hoc cafu patronus non obftat filio fuo,fed filius ftatim atque mortuus eft libertus paternus , petit bonorum poffeffionem in liberti paterni bonis . Neque quicquam in contrarium facit,quod deportatus reftitui in civitatem poteft, & pœna liberari , quod tamen odio caducorum in confiderationem venit in *l.integ tercidit 59. de cond.& demonftrat.* quia reftitutio illa pendet ex beneficio, & indulgentia Principis,de qua certam fpem animo concipere nullo quis argumento poffit. Quis poffit fibi certo quicquam polliceri de animo, aut de indulgentia Principis ? Et longe alia eft ratio patroni capti ab hoftibus. Nam etfi interim , dum is potitur hoftium , dum eft apud E hoftes , libertus moriatur , patronus obftat filio fuo , quo minus ei deferatur bonor.poffeffio , quia non habetur pro mortuo. Et hoc fpes poftliminii facit, quam femper noftri auctores habent pro certiffima, propterea quod pofita eft in virtute populi Romani , fi quis fit captus ab hoftibus, eum exiftimat mox recuperaturum. Huic fimilis differentia eft inter deportatum, & captivum in *l.ult. §.pen. de adfign.lib.* Poftremo in *§.ult.hujus l.4.* oftenditur.

AD *§.ult.*Bonorum poffeff.contra tabulas liberti patrono præterito dari, fi extraneus heres inftitutus fit teftamento liberti, non etiam fi filius liberti: tunc enim excluditur patronus omnino , *§.prodeffe, Inftit. de fucceff. libert.* non

non etiam si extraneus, qui heres institutus est testamento liberti, pure rogatus sit filio liberti restituere hereditatem, & restituerit ex Senatusconsulto Trebelliano, quia tunc filius liberti effectu heres est, *l.5.§.ult.quod cum eo,qui in alterius est pot. l.filiusfam. in fine, ad leg.Falcid.* Et est hic locus in hanc rem elegantissimus. Sequitur in eod.tit. *de bon. libertor.l.9.* quæ hoc tantum vult.

Ad L.IX. eod. *Qui in servitutem libertum paternum petierit: nec nomine libertorum bonorum possessionem accipere potest.*

FIlium patroni, qui libertum paternum in servitutem petiit, vel, quod idem est, capitis accusavit, nec obtinuit, neque suo, neque liberorum suorum nomine accipere posse bonorum possessionem cont. tab. liberti paterni. Quod ostendit etiam aperte *l.si filius, §.pen. de fideicomm.libert.* Patronus ipse ob eam causam non amitteret bonorum possessionem, non amitteret jus patronatus: filius patroni ob eam causam amittit jus patronatus. Et recte in *l.eum patronum, de jure patronat.* patronum interpretantur rectissime, & verissime patroni filium: Nam & patroni filius, patronus est, sed non patronus primus, non manumissor. Sequitur in *l.5. si quid in fraud.pat.*

Ad L.V. Si quid in fraud. *Tenetur Faviana actione tam is, qui accepit ipse, quam qui jussit alii dari id, quod ipsi donabitur.*

Ad §.In actione Faviana, *si res non restituatur, tanti damnabitur reus, quanti actor in litem juraverit.*

QUæ libertus alienavit in fraudem patroni ex suis bonis deminuendæ portionis patrono debitæ causa, patronus revocat actione Faviana ad finem debitæ portionis, si modo (nam & hoc quoque pertinet ad tractatum de bonorum possess.) bonorum possessionem contra tabulas liberti petere potuerit, *l.3. §.patronum, hoc tit.* Qui amisit bonorum possessionem, & actionem Favianam amisit. Igitur si cui libertus donaverit dolo malo in fraudem patroni, patronus id revocat, ut ait Paulus in hac lege, vel ab ipso donatario, si id acceperit, vel ab eo, cui id donatarius dari jusserit, cui donatum scilicet, & quæsitum volebat. Hoc autem judicio subjicit, tanti damnari reum, quanti actor in litem juraverit, id est, rem, quæ non restituitur patrono, æstimari non justo pretio, sed pretio quod juratus patronus ipse fecerit. Quod addendum est *l.in action. de in litem jur.* ubi sat multæ recensentur actiones, in quibus juratur in litem, nec ista recensetur, in qua tamen hic locus singularis ostendit etiam jurari in litem. Videtur fuisse actio arbitraria. Persequitur ergo hoc judicio, id est, actione Faviana patronus etiam quod sciens prudensque libertus indebitum solvit. Nam & hoc donasse videtur, *l.qui fundus, §.servus meus, pro emp. l.12. de donat. l.cum post mortem, §.1. de adminst. tut.* Quod & hoc libro scripsisse Paulum coarguit *l.53. de reg.jur.* quæ sumpta est ex hoc libro, in qua ita definit.

Ad L.LIII. de Reg.jur. *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.*

CUjus per errorem dati repetitio est, per condictionem, indebiti scilicet, ejus consulto dati, à sciente, & prudente, donationem esse. Unde si per errorem imprudens libertus indebitum solverit, id actione Faviana revocare patronus non potest, quia dolo caret libertus: sed vel libertus, vel heres ejus id potest repetere condictione indebiti. Explicit liber 42.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XLIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XVI. de Test.milit. *Dotalem fundum si legaverit miles, non erit ratum legatum propter legem Juliam.*

DOCUIT in hoc Libro Paulus legem Juliam de fundo dotali pertinere etiam ad testamentum militis, ideoque nec maritum militem testamento suo recte fundum dotalem legare, *l.16. de milit. testam.* quæ est ex hoc libro, quod pervincit quam sit falsum quod Accursius notavit in *l.1. de fundo dot.* legem Juliam non pertinere ad legata. Quod & in ea l.1. non ita dudum refutavi, adducta, quæ etiam id probat *l.13. §.ult. ejusd. tit. de fund. dot.* Hoc vero scripsisse Paulum crediderim, cum doceret, & in petenda bonorum possessione militis, tempora edicto prætoris determinata (puta 100.dierum, vel anni unius) observari, ut in *l.15. §.ult. de milit.testam.* nam & jus commune in testamentis militum servari plerisque aliis in causis, ut in dotali fundo legato, quod & legatum non valet: nam & hic liber, & duo superiores, & liber, qui sequitur, omnes fuerunt de bonorum possessionibus. De quibus cum tractaret, & doceret, in bonis militum servari tempora petendæ bonorum possessionis, quæ servantur in bonis paganorum, tradidit & pleraque alia, quæ sunt communia: nec testamento militis relictum legatum incertis personis valere, *§.incertis, Instit. de legat.* nec ex testamento militis captatorias institutiones valere, *l.11. C.de hered.instit.* nec ex testamento militis legata deberi, nisi ante omnia deducto ære alieno, *l.1. §.denique, ad Trebell.* & pleraque alia. Sequitur in *l.18. de bon.libert.*

Ad L.XVIII. de Bon. libert. *Patronæ quidem liberi etiam vulgo quæsiti accipient materni liberti bonorum possessionem. Patroni autem nonnisi jure quæsiti.*

FIlium patroni patrono mortuo, aut deportato accipere bonorum possessionem contra tabulas liberti paterni, si modo justus filius sit, ex justis nuptiis procreatus, non si vulgo quæsitus sit: filium tamen patronæ (differentiam facit inter patronum, & patronam hac in re) filium patronæ, inquam, vulgo quæsitum admitti ad bona liberti materni. Ratio non redditur, sed hæc est evidentissima, quia & ad bona matris filius vulgo quæsitus admittitur ex SC. Orfit. *l.1.§.sed & vulgo, ad Senatusc.Tertull.* Ergo non mirum, si admittatur etiam ad bona liberti materni. At vulgo quæsitus non admittitur ad bona patris, quia nec patrem habere intelligitur, cum pater ejus incertus sit, nec possit igitur admitti ad bona liberti paterni. Restat tantum ex hoc libro *l.3. unde legitimi.*

Ad L.III. Unde legitimi. *Generaliter igitur sciendum est, quotiescunque vel lex, vel senatus defert hereditatem, non etiam bonorum possessionem ex hac parte eam peti oportere. Cum vero etiam bonorum possessionem dari jubet, tum ex illa parte, qua ex legibus peti debere, sed ex hac parte poterit.*

HÆc l.3. docet, bonorum possessionem *unde legitimi* dari iis, quibus lex 12.tab. vel alia lex, veluti lex Cornelia, quæ etiam confirmat legitimas hereditates eorum, qui apud hostes vita defuncti sunt, *l.10. de capt. & post. l.8. C.de leg. heredit.* Itemque iis, quos SC. veluti SC. Tertull. & SC. Orfit. vocat ad hereditatem intestatorum non facta mentione bonorum possessionis, quos non vocat nominatim ad bonorum possessionem, sed ad hereditatem:

sis prætor dat bonorum possessionem unde legitimi, legum, aut Senatusconsultorum tuendorum causa. Iis autem, quos etiam lex, vel Senatusconsultum nominatim vocat ad bonorum possessionem, id est, ad hereditatem, & bonorum possess. simul, vel ad bonorum possessionem tantum, dari bonorum possessionem, *ut ex legibus Senatusveconsultis bonorum possess. detur*, de qua in illo titulo, *ut ex legibus Senatusc.* Iisdem quoque si vocati sint ad hereditatem, & bonorum possessionem simul, dari, si hanc malint, bonorum possessionem unde legitimi. Itaque bonorum possessio *tum cui*, hæc sunt verba ejus, *ex lege, Senatusveconsulto bonor. possessionem dari oportet*: sic eam Græci nuncupant, quæ dicitur ut ex legibus, concurrit cum bonorum possessione, *tum quem heredem ei esse oportet*, sive, *tum uti proximum quemque heredem esse oportet*: quæ est bonorum possessio unde legitimi. Quæ verba *tum quem heredem*, plane indicant tantum heredem vocari. Illa autem verba edicti, *ut ex legib. tum cui ex lege Senatusveconsulto bonorum possessionem dari oportet*, indicant vocari tantum bonorum possessorem. Differentia igitur proposita in hac l.3. ex verbis edictorum proficiscitur. Explicit liber 43.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XLIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. I. de Jur. & fac. ignor. *Ignorantia vel facti, vel juris est.*

Ad §. Nam si quis nesciat, *decessisse eum, cujus bonorum possessio defertur, non cedit ei tempus. Sed si sciat quidem defunctum esse cognatum: nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem sibi deferri; aut se sciat scriptum heredem, nesciat autem, quod scriptis heredibus bonorum possessionem prætor promittit: cedit ei tempus, quia in jure errat. Idem est si frater consanguineus defuncti credat, matrem potiorem esse.*

Ad §. Si quis nesciat, *se cognatum esse, interdum in jure, interdum in facto errat: Nam si & liberum se esse, & ex quibus natus sit sciat, jura autem cognationis habere se nesciat, in jure errat. At si quis forte expositus, quorum parentium esset ignoret, fortasse & serviat alicui, putans se servum esse, in facto magis, quam in jure errat.*

Ad §. Item *si quis sciat quidem alii delatam esse bonorum possessionem, in facto errat. Idem est si putet eum bonorum possessionem accepisse. Sed si sciat eum non petiisse, tempusque ei præteriisse, ignoret autem, sibi ex successorio capite competere bonorum possessionem, cedet ei tempus, quia in jure errat.*

Ad §. Idem dicemus, *si ex asse heres institutus, non putet se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas. Quod si nesciat esse tabulas, in facto errat.*

HUIC Libro XLIV. tres leges tantum adscribuntur, *l.1. de jur. & fact. ignor. l.2. si quis aliqu. test. prob. & l.3. quis ordo in bonor. possess. serv.* Sed ex his tribus *dict. l.2.* rejicienda est in librum sequentem, qui est de testibus: hic liber 44. fuit de bonor. poss. ut & tres, qui præcedunt, & specialiter de temporibus, intra quæ iis, quibus priore loco defertur bonorum possess. defuncti, petenda ea, vel admittenda est. Petenda olim erat solemniter à prætore, vel præside, *l.1. & 2. C. comm. de success.* Hodie satis est eam, si sit edictalis scilicet, non decretalis bonor. possess. quæ desiderat causæ cognitionem, hodie, inquam, satis est edictalem bonorum possess. admitti quocunque indicio voluntatis, etiam non adito prætore, vel præside, *§. ult. Inst. de bon. possess.* quæ res efficit, quod notandum, ut in Digestis locis innumeris, pro *petere* Tribonianus reposuerit *admittere*, quod non sit hodie petenda, quodque satis sit hodie eam admitti, agnosci ab eo, cui competit, cuique edicto prætor, se eam daturum pollicetur, Quę pollicitatio prætoris, delatio est. Et liberis quidem, aut parentibus intra annum utilem bonorum possessio petenda, vel admittenda est, *l. 1. §. largius, de success. ed. l.2. Cod. qui adm. ad bonor. poss.* Cæteris autem agnatis, vel cognatis bonorum possessio petenda est intra centum dies utiles, id est, intra tres menses utiles: nam cum unus mensis lege præstituitur, mensi additur semper unus dies. Et similiter duobus mensibus unus dies, & tribus mensibus unus dies, anno unus dies. Quod ostendit *l.2. C. de temp. appell. & l. ubi lex, de reg. jur.* Sicut 100. dies sunt tres menses, superaddito uno die, qui omnibus temporalibus præscriptionibus superaddi solet, & mensibus singulis in jure, ut & aliis disciplinis τεχνικῶς, sive μεθοδικῶς tribuuntur dies 30. tantum. Cæteris ergo agnatis, vel cognatis, ut cœpi dicere, quæ defertur bonorum possess. petenda, vel admittenda est intra centum dies utiles, quibus scierint defunctum esse eum, de cujus bonis agitur, & quibus delatam bonorum possessionem petere, & admittere potuerit. Denique quibus scierint, & potuerint petere, *l.2. quis ordo in bonor. possess.* Sicut jure civili hereditas adeunda est intra 100. dies, quibus, ut est in formula cretionis, sive aditionis, *heres scierit, poteritque*, id est, intra 100. dies utiles, *l. si Titio, §.1. quando dies leg. cedat, l.3. §. etsi heres, de minor. l.2. de jur. delib.* Et ita dies aditionis, dies legitimus, scilicet aditionis accipiendus est in *l. pen. §. si filiusfam. de jur. & fact. ignor. & l. Pannonius, de adquir. hered.* Tempora ergo illa petendæ, vel admittendæ bonorum possessionis scientibus duntaxat cedunt, & imputantur, non ignorantibus. At duplex est scientia, duplex item ignorantia. Scientia, vel ignorantia juris, & scientia, vel ignorantia facti, id est, rei gestæ: sive ἀποτελέσματος. Et scientibus quidem factum, & jus, vel scientibus factum tantum. Jus autem ignorantibus tempora petendæ bonor. possess. cedunt. Ignorantibus autem factum, & jus, vel ignorantibus factum tantum, scientibus vero jus, tempora non cedunt, non currunt, non imputantur. Quod variis exemplis propositis Paulus demonstrat in hac leg. ut puta, si quis nesciat vita decessisse eum, cujus bonorum possessio ei defertur, tempora petendæ, vel admittendæ bonorum possessionis ei non cedunt, non computantur, quia in facto errat, facti ignarus est. Error, vel ignorantia facti non nocet. Sed si sciat quidem cognatum intestatum vita decessisse, nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem unde cognati, sibi deferri, quæ est species *legis 2. C. qui admitti*, aut si sciat, se heredem scriptum esse, nesciat autem scriptis heredibus deferri bonorum possessionem secundum tabulas, prætore nempe eam in edicto promittente heredibus scriptis testamento obsignato non minus quam septem testium signis: ei proculdubio, id est, scienti factum, & ignoranti jus, cedit tempus petendæ, vel admittendæ bonorum possessionis, eoque præterito excluditur à commodo bonorum possessionis, & defertur successio ex edicto successorio ad sequentem gradum. Ergo erranti in jure, non etiam in facto. Hic error juris nihil prodest, quo minus tempus ei cedat. Juris civilis, vel prætorii ignorantia nocet. Idemque est, ut Paulus hic ostendit, si quis fratrem suum consanguineum, id est, ὁμοπάτριον, ex eodem patre, sciat quidem intestatum vita decessisse, sed nesciat in ejus successione potiorē se esse matre defuncti fratris consanguinei: quia & hic errat in jure, quo comparatum est, fratrem consanguineum prorsus excludere defuncti matrem, *l.3. §. si mater, de Carbon. edict. §. præferuntur, Instit. de SC. Tertull. l.2. C. Theod. de sec. nuptiis.* Frater consanguineus in successione intestati fratris consanguinei omnino præfertur matri defuncti, etiam si quæsitus sit per adrogationem, non natura, ut indicat *l.7. ad Senatusc. Tertull.* Quod jus omne Justinianus immutavit, & quidem varie, & inconstanter. Primum enim *l. ult. Cod. de SC. Tertull.* matrem cum fratre, aut fratribus consanguineis filii defuncti vocavit in virilem portionem; deinde *Novella* 118. distinctionem adhibuit inter fratres consanguineos ex eodem patre, eademque matre, cum quibus matrem vocavit in virilem portionem, & fratres consanguineos matre diversos, quibus prætulit omnino defuncti matrem, Recte autem Paulus hic ait, *idem est, si frater consanguineus*

neus defuncti credat matrem potiorem esse. Recte frater consanguineus: nam frater uterinus, qui non est consanguineus, non est agnatus, sed cognatus tantum: non erat potior matre defuncti: neque etiam frater naturalis, id est, quæsitus ex concubinatu, defuncto fratre legitimo quæsito ex justis nuptiis. Quamvis (quæ est species *l. Lucius, de vulg. & pup. substit.* summe notanda) Quamvis, inquam, testamento patris filius legitimus, id est, quæsitus ex justis nuptiis, & filius naturalis, id est, quæsitus ex concubinatu heredes instituti sint, & invicem vulgari modo substituti, & frater legitimus impubes intra pubertatem vita decesserit, quia hoc casu in substitutione vulgari facta invicem, in substitutione vulgari reciproca, non inest pupillaris, quia alter fuit pubes, alter impubes, nec in utrumque potuit cadere pupillaris substitutio, vulgaris potuit. Itaque mortuo filio legitimo impubere, mater ei succedit, excluso fratre naturali, qui ei in secundum casum substitutus esse non intelligitur: fratrem autem naturalem certum est consanguineum non esse, quia nunquam fuit in familia patris. Sequitur in hac l. eum, qui nescit se esse cognatum defuncti intestati, interdictum in jure, interdum in facto errare. In jure errare, si sciat, ex quibus parentibus natus sit, & se esse liberum hominem, jura autem cognationis se habere nesciat. Et ideo ex die mortis temporis præstituti ad petendam successionem rationem haberi, ex die mortis tempus ei cedere. In facto autem errare, si ex quibus parentibus natus sit ignoret, forte à matre projectus & expositus, ut ait, qui [illegible] Theocrito, si expositus, inquam, sit, & ab eo, qui eum sustulit, quasi servus educatus: ut olim iis, qui expositos sustulissent, permissum erat, eos habere servorum loco, *l. 1. Cod. Theod. de expositis*: Seneca controvers. 33. *Expositi*, inquit, *in nullo numero sunt, servi sunt, hoc legumlatori visum est*. Et ita vero, qui ignorat se defuncti cognatum esse, quia ignorat, quorum parentum sit, ei ignorantia prodest, quo minus dies petendæ bonorum possessionis cedat, quoad scierit quorum parentum sit. Et similiter ei, qui per errorem facti putat cognatum gradu proximiorem accepisse defuncti cognati bonorum possessionem, quam non accepit, vel non omisisse bonorum possessionem, quam omisit; hic error; hæc ignorantia; hæc opinio, vel credulitas prodest, quo minus ei tempus cedat. Sed si sciat cognatum proximiorem repudiasse, vel omisisse bonorum possessionem, id est, non petiisse eam intra tempus constitutum; nesciat autem sibi bonorum possessionem competere ex capite, sive edicto successorio, quo prætor pollicetur bonorum possessionem sequentis gradus cognato, eo, qui gradu præcedebat repudiante, vel intra tempora non admittente bonorum possessionem. Ex successorio capite, inquit, id est, ex successorio edicto. Basilica, [illegible], id est, ex transmissione, quæ fit ad insequentem gradum, ex parte successoria, ex edicto successorio. Ei vero, qui ita, ut proposui, facti gnarus, juris autem, id est, edicti successorii ignarus non petiit bonorum possessionem intra 100. dies, dies cessisse intelligitur. Itaque post 100. dies utiles submovetur à successione defuncti, quia dies cedunt juris ignaro, si modo facti ignarus non fuerit. Eodemque modo, ut proponitur in extremo hujus legis, si quis nesciat extare tabulas testamenti, quibus heres scriptus sit, tempus petendæ, vel admittendæ bonorum possessionis secundum tabulas ei non cedit, non currit, quia in facto errat, vel quia facti ignarus est. Sed si sciat extare tabulas, quibus heres scriptus sit ex asse, & putet tamen per imperitiam juris, se ante apertas tabulas bonorum possessionem petere non posse, tempus ei cedit, quia in jure errat. Jure enim is, qui ex asse heres scriptus est, statim à morte testatoris ante apertas tabulas potest petere bonorum possessionem secundum tabulas, non etiam heres scriptus ex parte. Heres scriptus ex parte non potest admittere bonorum possessionem ante apertas tabulas. Quod præter hunc locum, ostendit etiam *l. nullam, in fine, de condit. & demonstrat. & l. in bonorum, de bon. possess. & l. 1. §. sufficit, de bonor. possession. contra tab.* Et inde Ulpianus *lib. singul. regul. tit. de caducis*, caducam fieri hereditatem, si ex parte heres scriptus post mortem testatoris ante apertas tabulas vita decesserit, id est, ante aditam hereditatem, agnitamve bonorum possessionem secundum tabulas: quæ distinctio juris veteris, quam abrogavit Justinianus, servabatur tantum in extraneis heredibus, non in suis, aut necessariis, *l. ex parte, de adquir. hered. l. 3. C. de jure delib.* Rem omnem ita concludamus, ut tempus petendæ, vel admittendæ bonorum possessionis secundum tabulas, vel cujuscunque alterius, cedat & imputetur, sat est, si is, cui bonorum possessio defertur, cui bonorum possessionem prætor promittit, sciat se heredem scriptum ex asse; nec necesse etiam est, ut sciat heredi scripto ex asse competere bonorum possessionem etiam clusis tabulis testamenti. Sat namque est, si copiam habuerit jurisperitorum, quos consuleret: juris ignorantia nocet non utique semper, sed in urbe potissimum, ubi licet consulere prudentiores. Neque enim ab eo, cui defertur successio, juris scientia exigitur eadem, quæ Jurisconsultis inest: sed ea, quam quis per se habet, aut quam consulendo prudentiores adsequi potest, *d. l. in bonor. de bon. poss. l. 2. §. ult. quis ord. in bonor. possess. serv. l. pen. §. sed juris, h. tit.* Hanc juris scientiam, quam consulendo prudentes adsequi potest, si aspernatus fuerit, plane ignorantia juris ei nocebit, quia ignoratio fuit vincibilis, ut Theologi loquuntur, non male, minus latine tamen. Quia vincibilis est, quæ facile vincitur, ut in Phormione, *causa vincibilis*. Illi ignorantiam vincibilem vocant, quæ facile vinci potest, consultis peritioribus. M. Tullius 1. de Orat. *Juris*, inquit, *utilitas ad quamque causam juris repente, vel à peritis, vel de libris depromi potest*. Quod congruit superioribus legibus. Et hæc sunt, quæ pertinebant ad legem 1.

Ad L. III. Quis ord. in bonor. possess. *Circa tempora bonorum possessionis patris scientia ignoranti filio non nocet.*

QUibus adjecit Paulus, quod est in *l. 3. quis ord. in bon. possess.* circa tempora petendæ bonorum possessionis scientiam patris filio ignoranti non nocere, ut si sciat pater filium heredem scriptum, filius nesciat, scientia patris nescienti filio non nocet: & generaliter, ut ait *lex 5. in princ. h. t.* iniquissimum videtur cuiquam scientiam alterius, quam suam nocere. Nec obstat *legi 3. l. 7. §. ult. de bon. poss.* quæ ait, dies, quibus pater scit, cedere, neque enim dicit eos cedere filio: fateor eos cedere patri, maxime si filius infans sit, quia infantis nomine pater solus accipere, aut repudiare bonorum possessionem potest, *l. 1. de bonor. possess. fur. infanti, muto comp. d. l. 7. §. pen.* non cedunt tamen filio. Et ideo si filius antequam scierit se heredem scriptum esse, emancipatus sit, postea cognito testamento petere bonorum possessionem potest, etiamsi 100. dies præterierint.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XLV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. Si quis aliq. test. prohib. *Si quis dolo malo fecerit, ut testes non veniant, & per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi: deneganda sunt actiones ei, qui dolo fecerit: sive legitimus heres sit, sive priore testamento scriptus.*

Ad §. Fratris *autem factum fratri non nocet*.

Ad §. Si fidei ejus, *qui dolum admisit, commissum est, ut hereditatem restitueret: ea hereditas caduca cum suis oneribus fiet, ut commodum legis Falcidiæ fiscus sentiat: dodrantis autem fideicommissarius.*

REJECI *l. 2. si quis aliq. testari prohib.* in lib. 45. qui est de testamentis. Qua de re illa lex 2. quamquam & aliquatenus possit accommodari ad bonorum possessionem, ut ex interpretatione ejus manifestum fiet, à qua incipiam. Initio lex ait.

ait. Ei, qoi cognatum, cui ab initio succeſſurus eſt, vel ei, A qui eum, à quo priore teſtam. heres ſcriptus eſt, prohibet facere, aut mutare teſtamentum data opera, forte ne conveniant ſignatores, vel claſſici teſtes: ſic proprie vocantur teſtes teſtamentarii, vel ne teſtamentarius, id eſt ſcriptor teſtamenti, ſive *συνώμος*, ſic appellatur, introducatur teſtamenti ſcribendi cauſa, atque ita, ut non ſit illi copia, & facultas teſtamenti faciendi, aut mutandi, ei, inquam, denegari hereditarias actiones, atque etiam poſſeſſorias, ut indicat *lex unica, quibus non compet. bonorum poſſeſſ.* & hereditatem, quæ ab initio, vel ex priore teſtamento ei defertur, & quæ forte jam ab eo adita eſt, ei auferri & eripi quaſi indigno, & fiſco vindicari. Quod eſt ex conſtitut. Adriani, ut indicat *lex 1. hoc tit.* Et denegantur vero actiones hereditariæ, vel poſſeſſoriæ, veluti petitio hereditatis civilis, aut petitio hereditatis poſſeſſoria, quæ prætoria eſt B actio, aut actio famil. erciſcund. ſi coheredes habeat. Ei, inquam, ex hac cauſa denegantur actiones, vel, ut autumat Accurſius oppoſita exceptione doli mali, vel quod magis eſt, citra exceptionem officio prætoris, ut in *l. veluti, de verbor. obligat.* Subjicit autem Paulus, factum fratris fratri non nocere: factum coheredis coheredi, ſive conſorti non nocere: ut ſi duo ſunt fratres, qui parentis inteſtati legitimi heredes futuri ſint, quorum unus prohibeat parentem facere teſtamentum, quo forte eum exheredaturus erat, alter non prohibeat, pars tantum prohibeotis caduca fit, nec factum ejus fratri innocenti quicquam nocet. Alterius ſcilicet dolus alteri non nocet, *l. electio, §. ult. de noxal. act.* Verum huic ſententiæ obloqui, & repugnare videtur *lex 1. §. ſi dominus, hoc tit. & d. lex unica, quibus non compet. bonorum poſſeſſ.* quæ leges dicunt, factum domini, C vel patris, qui dolo malo fecit, ne teſtamentum mutaretur, in quo ſervus, aut filius ejus heredes ſcripti erant, ſervo, vel filio poſtea manumiſſo, vel emancipato nocere, ac proinde ei denegari hereditarias, vel poſſeſſorias actiones, & fiſco locum eſſe, quamvis ipſe non prohibuerit: Sed, ut breve faciam, hoc ideo, quia ſervus, vel filius non habent defuncti ſupremam voluntatem, cum mutaturus teſtamentum fuerit, ni pater, vel dominus obſtitiſſet. In ſpecie autem propoſita frater, quia non prohibuit parentem facere teſtamentum, non poteſt videri non habuiſſe defuncti patris voluntatem. Imo factum fratris, qui prohibuit, argumentum eſt, eum ſolum non habuiſſe defuncti voluntatem, eum ſolum parenti nec gratum, nec acceptum fuiſſe. Separari etiam hac in re oportet factum fratris à ſcientia patris. Scientia patris filio non nocet circa tempora petendæ D bonorum poſſeſſionis, ut ſupra didicimus ex *l. 3. quis ord. in bonorum poſſeſſ.* quia filius ex voluntate, ex judicio defuncti venit. At *in dicto §. ſi dominus*, & in *d. l. un.* factum patris filio nocet, quia filius non venit ex judicio defuncti, quandoquidem pro filio defunctus poſteriore teſtamento alium heredem facturus erat, ni pater obſtitiſſet. Poſtremo additur in *§. ult. hujus legis*.

AD *§. ult.* Si heres priori teſtam. ſcriptus, & rogatus eodem teſtamento alii hereditatem reſtituere dolo malo fecerit, ne teſtamentum mutaretur, eam hereditatem caducam fieri cum onere fideicommiſſi, cum onere reſtituendæ hereditatis, ita ſcilicet, ut fiſcus retineat Falcidiam, quam heres ſcriptus retenturus erat, & dodrantem fideicommiſſario reſtituat ex Senatuſconſulto Trebellian. ut *l. 3. §. ult.* E *ad Trebell.* Quod generaliter ſervatur in omnibus caducis: nimirum, ut ſemper caduca fiant cum ſuis oneribus, quæ ſcilicet ab heredibus ſcriptis recidunt in fiſcum, ita ut fiſcus ſit heredum loco, *l. quidam, §. quotiens, de leg. 1. l. in facto, §. ult. de cond. & demon.* Obſerva autem in hoc *§. ult.* Paulum loqui de hereditate, non de legato: nam ſi legatarius teſtatorem prohibuerit mutare teſtamentum, legatum ei relictum non fit caducum, ſi id alii reſtituere per fideicommiſſum rogatus fuerit, *l. 1. §. pen. hoc tit.* Et ratio eſt evidens, quia legatarius oneratus fideicommiſſo non utitur beneficio legis Falcid. Quare nec ex legatarii perſona quicquam cadere in fiſcum poteſt, & fideicommiſſum integrum debetur fideicommiſſario. Et hæc ſunt, quæ pertinent ad illam *l. 2. ſi quis aliqu. teſt. prob.* Sequitur *l. 9. de cond. inſt.* quæ apertiſſima eſt.

Ad L. IX. de Cond. inſt. *Conditiones, quæ contra bonos mores inſeruntur, remittendæ ſunt: Veluti ſi ab hoſtibus patrem ſuum non redemerit: ſi parentibus ſuis, patronove alimenta non præſtiterit.*

AIt, conditiones inſtitutionibus, extraneorum heredum ſcilicet, adſcriptas contra bonos mores, veluti ſi patrem ſuum ab hoſtibus non redemerit, ſi parentibus ſuis, aut patronis alimenta non præſtiterit, quod eſt, ſi impius erga parentes, aut patronos fuerit, haſce conditiones non vitiare inſtitutionem, ſed vitiari ipſas, aut haberi pro non ſcriptis, aut ipſo jure videri remiſſas, ut *l. 14. eod.* Dixi *extraneorum heredum*: nam filiorum ſuorum heredum inſtitutiones factæ ſub conditione turpi, & probroſa vitiantur, *l. 15. hoc tit.* hac ratione, quia filii ſui heredes, qui ſunt in poteſtate inutiliter inſtituuntur ſub conditione, quæ non eſt in eorum poteſtate. At conditio turpis non intelligitur eſſe in noſtra poteſtate.

Ad L. IX. Teſt. quemad. aper. *Si mulier ventris nomine in poſſeſſione ſit: aperiendæ ſunt ſecundæ tabulæ, ut ſciatur cui mandanda ſit curatio.*

APeriuntur tabulæ teſtamenti ſtatim poſt mortem teſtatoris, in foro, aut Baſilica, præſentibus teſtibus, & ſignatoribus teſtamenti, vel optimæ opinionis viris, honeſtis viris. Et hoc ideo ne mora fiat heredibus ſcriptis, aut legatariis, aut libertatibus, aut fiſco, ut Paulus ſcribit aperte 4. Sent. *tit. de viceſima*: heredibus, inquam, extraneis ſcriptis ex parte, qui ante Juſtinianum adire hereditatem non poterant ante apertas tabulas teſtamenti, ut ſupra didicimus ex *l. 1. §. ult. de jur. & fact. ignor.* vel etiam heredibus ſcriptis ex aſſe, qui mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum ex edicto Divi Adriani non poſſunt ante apertas tabulas teſtam. *l. filian, ad Trebell. l. 3. C. de edicto Divi Adriani toll.* Legatariis autem, & libertatibus, quia per legem Papiam legatorum dies cedebat ex apertis tabulis demum, & libertatum ex die aditæ hereditatis, ut conſtat ex tit. *de cad. toll.* Ut autem fiſco mora non fiat, quia ex apertis tabulis fiſco debebatur viceſima hereditatum extraneis relictarum: Quod à Paulo in ſupradicto loco appellatur neceſſarium vectigal: *Aperiendæ*, inquit, *ſunt teſtam. tabulæ ſtatim, ne mora fiat neceſſario vectigali*, id eſt, viceſimæ hereditatum. Aperiendæ autem ſunt principales tabulæ teſtamenti, quas ſibi paterfam. fecit, non etiam ſecundæ tabulæ, id eſt, tabulæ pupillares, quibus continetur ſubſtitutio pupillaris, quam pater fecit liberis impuberibus, quos habuit in poteſtate, vel poſtumis relicta uxore prægnante. Pupillares, inquam, tabulæ non ſunt aperiendæ, antequam exſtiterit caſus ſubſtitutionis pupillaris, videlicet ſi ſeparatim eas pater ſignatas reliquerit ſeptem teſtium ſignis. Poteſt pater, & ſuas, id eſt, principales tabulas, & pupillares tabulas ſimul obſignare ſeptem teſtium ſignis, utriſque ſufficiunt 7. ſigna teſtium, *l. patris, de vulg. ſubſt.* Sed poteſt etiam ſeorſim ſuas obſignare 7. teſtium ſignis, & ſimiliter pupillares ſeorſim totidem teſtium ſignis. Et hoc ita ſi fecerit, pupillares tabulæ temere non ſunt aperiendæ, ſed cauſa cognita tantum, ut ait *l. 8. hoc tit.* Ad quam ſtatim juſtæ cauſæ exemplum ſubjicitur in *l. 9.* hic: Si ei, qui eſt in utero uxoris, pater fecerit ſubſtitutionem pupillarem, ejuſque nomine uxor miſſa ſit in poſſeſſionem, & de curatore ventri, boniſque dando agatur, & quæratur, nunquid ut ſubſtitutum, ita & curatorem ventri dederit pater: nam ut hoc ſciatur, hæc ſat juſta eſt cauſa aperiendarum pupillarium tabularum, quia etſi jure nullus curator teſtamento detur, tamen confirmari ſolet curator, qui à patre datus eſt. Et ita eſt explicanda *l. 9.* Verum ad cauſam aperiendarum tabularum teſtamentum etiam refero, *l. 5. ad municip.* quæ etiam huic libro adſcribitur, & docet hoc tantum.

Ad

Digitized by Google

Ad L. V. ad municip. *Labeo indicat eum, qui pluribus locis ex æquo negotietur, nusquam domicilium habere. Quosdam autem dicere refert, pluribus locis eum incolam esse, aut domicilium habere: quod verius est.*

PLuribus quem locis domicilium habere posse, nec verum esse, quod Labeo indicavit, eum, qui in pluribus locis æqualiter moratur, & negotiatur, nusquam domicilium habere, quia imo omnibus locis domicilium habere intelligitur. Ad quod facit *l. ejus, §. Celsus, eod. t.* Nihil denique vetat plurium quem civitatum civem, aut incolam esse: Incolam esse, est domicilium habere. Unde in aperiendis tabulis testamenti mittendæ sunt tabulæ, ubi signatores testamenti sunt, ut ait aperte *l. 7. test. quemadmodum ap.* ut signum quisque suum, & manum agnoscat: nam revocari eos signi sui cognoscendi causa onerosum est. *Quippe*, ut ait *l. 7. sæpe, cum magna captione* à rebus suis revocentur, & iniquum sit, damnosum cuique esse officium suum: ergo non sunt evocandi signatores, sed mittendæ sunt ad eos tabulæ, ut signa sua cognoscant. Unde si signatorum aliquis pluribus locis domicilium habeat (ita l. 5. huic tractatui accomodanda est) non quemlibet in locum tabulas mitti fas est, sed eo mitti tabulas oportet, quo loco ipse nunc consistit, & diversatur: nemo potest omnibus locis, omnibusve domiciliis eodem tempore consistere. Non tam igitur spectatur ubi domicilium habeat, quia & pluribus locis habere potest, quam ubi nunc sit, ubi degat. Porro ex hoc libro est etiam *l. 9. si quis omiss. caus. test.*

Ad L. IX. Si quis omiss. caus. test. *Sed & si adhuc parendi conditioni tempus habeat, hac parte edicti non tenetur.*

SUb hoc tit. proponitur edictum prætoris, quo legatariis subvenitur, & fideicommissariis, & servis testamento manumissis directo, vel per fideicommissum, quorum scilicet in fraudem testamento heres scriptus, qui forte & ab intestato rem habere potest quasi proximus agnatus defuncti, qui deserit testamentum, qui repudiat hereditatem ex testamento, & eam amplecti mavult ab intestato, ut scilicet exoneret se præstatione legatorum, aut fideicommissorum, aut libertatum: Nam huic calliditati hoc edicto occurrit prætor palam edicens, teneri eum legatariis, & fideicommissariis, perinde atque si ex testamento hereditatem adiisset. Verum addendum est, non teneri tamen eum, qui omissa causa test. ab intestato possidet hereditatem, iis, quibus dare, vel facere jussus est, puta heredem institutum sub conditione, *si Titio decem dederit*, si omittat testamentum, & ab intestato gerat se pro herede, non teneri Titio decem dare, quia Titius legatarius, aut fideicommissarius non est, *l. 8. hoc tit. l. Mævius, in fine, de condit. & demonstrat.* nec si heres institutus Titio decem dederit conditionis implendæ causa, legatum id dicitur, aut fideicommissum, sed dicitur mortis causa capio, *l. mortis causa cap. de mort. caus. donat.* Ex qua quidem mortis causa capione, ut hoc fiat manifestius, etiam interveniente lege Falcid. non detrahitur quarta, *l. 1. §. item si legatum, & l. acceptis, ad leg. Falcid.* quæ tamen detrahitur ex legato. Ergo mortis causa capio non est legatum. Unde, ut ex Paulo traditum *l. 9.* si quis heredem instituerit sub conditione dandi Titio 100. præstituta etiam die, intra quam daret, quamvis adhuc parendi conditioni heres tempus habeat, & ab intestato hereditatem possideat: Titio tamen ex hoc edicto tenetur, ut numeret 100. quia legatarius non est, aut fideicommissarius, aut manumissus testamento. Et hujus tantum generis personis hoc edicto succurrit prætor.

Ad L. XVI. de Injur. *Sed non esse æquum, pro majore parte, quam pro qua dominus est, damnationem fieri, Pedius ait. Et ideo officio judicis portiones æstimandæ erunt.*

HUic etiam lib. 45. adscribitur *lex 16. de injuriis*; sed falso cum sit adscribenda 55. ut & complures aliæ leges in eo tit. de injuriis sunt ex *lib. 55.* quadragesimus quintus de testamentis fuit, non de injuriis. Verum breviter exponamus, quod est in ea lege 16. in qua refertur à Paulo sententia Pedii JC. qui servo communi plurium facta atroci injuria, dicebat singulis dominis competere actionem injuriarum, & damnationem fieri pro portione dominica, id est, pro portione, qua quisque servi dominus esset. Et ita officio recuperatoris, vel judicis, portiones domini esse æstimandas. Nihil præterea. Cui sententiæ obstat *§. si communis, Instit. de injur.* Pedius dicebat, æquum esse damnationem fieri, verba sunt legis, *pro portione, qua quisque dominus esset.* Contra ille §. ait, *æquum esse æstimationem injuriæ non fieri pro portione domini, sed ex persona dominorum*, adjecta optima ratione, quia ipsis dominis injuria facta est: injuria nulla fit servo, sed dominis. Et ideo ex persona dominorum injuriæ æstimatio facienda est, non ex persona servi, habita ratione dominii, quod quisque in servo habet. Pedius vero quasi servo facta esset injuria, non dominis, quod est falsum, portiones, quas in servo habuerint, ac si per servum acquisissent actionem injuriarum, spectandas esse putabat. Cæterum non ex persona servi adquirunt actionem injuriarum, quæ in nullo numero est, sed ex persona sua, quia ipsis facta est injuria. Itaque æquior est sententia *§. si communis.* Qui locus est singularis in jure, & satis apertus, quum ait, *quia ipsis dominis fit injuria*, quamvis non nominet Pedium, refellit tamen sententiam Pedii.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XLVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. VI. de SC. Syllan. *Etsi percussor certus sit: tamen habenda quæstio est, ut cædis mandator inveniatur. Utique autem ipse maxime quæstioni dabitur, quamvis & cæteri puniantur.*

Ad §. Quamvis *alias in caput domini servi non torqueantur: recte tamen fiet quæstio, etiam si heredem accuset, sive extraneus heres, sive ex suis sit.*

Ad §. Si unus *ex dominis non compareat, quærendum est de casu ejus per servos, quos communes habuerunt, magis enim de salute, aut ultione domini non comparentis, quam in caput præsentis torquebuntur.*

Ad §. Si appetitus sit, *nec occisus dominus: nihil Senatusconsulto cavetur. Ipse enim in familiam suam potest animadvertere.*

IN hoc Libro XLVI. sunt tantum duæ leges, *lex 6. & 8. de SC. Syllan.* Ex SC. Syll. quod factum est Augusti temporibus, Dolabella, & Syllano consulibus hereditas ejus, qui à familia sua, à servis suis occisus esse dicitur, non potest adiri, neque bonorum possess. peti, antequam de omni familia quæstio publica habita sit tormentis adhibitis: de omni, inquam, familia, quæ sub eodem tecto fuerit, vel ut uno verbo est apud Festum, *quæ subfuerit.* Quo verbo hic Neratius usus videtur. Quod ita Festus interpretatur, *quæ sub eodem tecto fuerit*, eo scilicet tempore, quo dominus occidebatur: alioquin hereditas adita ante quæstionem de familia habitam, sumptumque supplicium de noxiis, caduca fit, & heredi, qui adiit, aufertur quasi indigno, *l. 3. §. ult. ad SC. Treb. l. 5. §. 1. h. t.* Liquere autem prius semper debet, dominum scelere peremptum, scelere suorum, non sua manu: & rursus scelere, non obsequio, veluti imperante domino, ut se occidat servus, ut vitam sibi eripiat. Liquere igitur primum debet scelere occisum dominum, deinde quæstionem haberi, *l. 1. §. item illud hoc tit.* Unde & hodie priusquam homicidii quæstio introducatur, liquere debet de occiso, nec tamen temere credendum est morienti domino, qui se à servo illo, vel illo occisum dixit, nisi potuerit id probari, ut eleganter ait *l. 3. §. 1. hoc tit.* Un-

Unde nec hodie si quis mortifere vulneratus moriens dixerit, se ab illo occisum, non est ei temere credendum, quia potuit hoc errans dixisse, ipso scilicet momento moriendi. Sed si certum ejus rei judicium protulerit, non dubito quin credendum ei sit. De familia autem quæstio habetur non tantum, si incertus sit percussor, sed etiam si certus, ut Paulus ait initio l.6. etiam si certus sit percussor, non ideo minus habendam esse quæstionem de familia, nimirum ut cædis mandator, si quis sit, inveniatur. Sic enim hæc verba Pauli accipienda sunt: *Etsi percussor certus sit, tamen habenda est quæstio*, de familia scilicet, non ut glossa de percussore, qui certus est: ut, inquit, cædis mandator inveniatur: nam & de percussore subjicit, ipsum maxime quæstioni dari ob eam rem, nempe ut prodat mandatorem. Et hoc est, quod ait: *utique autem ipse maxime quæstioni dabitur*. Ipse percussor scilicet, non ut de se interrogetur, cum certus sit, sed ut interrogetur de mandatore, quo mandante facinus admisit, qui quidem mandator ipse, perinde atque percussor est puniendus, *quamvis*, inquit, *& cæteri quoque puniantur*. Quid hoc est? Cæteri scil. servi. Non punitur tantum percussor, aut mandator, sed etiam cæteri servi, qui sub eodem tecto fuerint, & auxilium non tulerint. Cæteri ergo, id est, cæteri servi, non ut glossa, *cæteri mandatores*, quæ hanc Pauli sententiam non intellexit, neque etiam de sequenti quicquam affirmare ausa est. Certus autem percussor, ne hoc ignoremus, est is, qui confitetur, qui etsi de consciis interrogari, & torqueri non debeat, qui desperat de sua salute, qui de se confitetur, etsi de consciis interrogari, & torqueri non debeat, aut possit, *l. repeti, §. 1. de quæst. l. ult. C. de accusat.* tamen interrogari potest de mandatore, *l. prius 17. hoc. tit.* convictus autem reus potest interrogari de quolibet, de consciis, participibus mandatoribus. Sequitur in hac lege: *Quamvis alias in caput domini servi non torqueantur*. Vetustissimum jus est, quod obtinuit etiam in republica, ut ex Miloniana constat, *servos in caput dominorum non torqueri*, non interrogari. Sunt enim natura, ut est in proverbio, hostes dominorum: *quot servi tot hostes*. Excipiuntur tamen tres casus, triave crimina, adulterii, perduellionis, & fraudati census, sive vectigalis in *l. 1. C. de quæst.* Quibus casibus addi potest quartus ex hoc *§. 1.* si suus heres, qui statim à morte testatoris heres exsistit, sive aditione, sive cretione, sive bonorum possessione, & consequenter statim servorum hereditariorum dominus fit, si hic, inquam, suus heres testatorem occidisse dicatur: nam & hoc casu servi in heredem dominumque suum torquentur, & generaliter, ut definit Paulus hoc loco, qui non habet alium sensum, Accursius adfert tres, aut quatuor, ut, inquam, definit Paulus hoc loco, & 3. Sententiarum hoc titulo. De familia habetur quæstio, etsi heres testatoris occidisse dicatur: nec interest, inquit, extraneus, an ex liberis sit, hoc loco ait, sive extraneus heres, sive ex suis sit.

AD *§. penult.* Ad hæc notandum est ex *§. pen. hujus legis.* Si unus ex dominis alterum, qui nusquam comparet, occidisse dicatur, de servo communi haberi quæstionem, quia hoc pro domino fore videtur, qui occisus est, potius quam contra dominum, qui accusatur. Et ita est proditum aperte, quem locum omisit glossa in *lege extraneo. §. pen. de quæst.* vel, ut Paulus ait in hoc *§. pen.* eodem sensu, *magis de salute, aut ultione domini non comparentis, quam in caput præsentis torquebitur*. Præsentis, qui insimulatur homicidii: alias vero, ut idem Paulus ait *5. Sent. tit. de servor. quæst. Communis servus in caput alterius ex dominis torqueri non potest.* Sed in hac specie magis torqueri videtur pro domino, id est, pro salute, aut ultione domini. Et hoc colore, sive prætextu etiam dicitur in *l. 2. Cod. Theodos. ne præter crimen majestatis servi dominos accusent*: In crimino perduellionis, quod ad salutem principis pertinet, servos audiri contra dominum proprium: quia hæc est colorata ratio, *pro salute domini rerum*, id est, Principis, intervenire videntur.

AD *§. ult.* In §. ult. hujus legis ostenditur. Senatusc. Syll. locum esse, si dominus occisus sit. Senatusconsultum loquitur de occiso, non ergo, si duntaxat dominus ferro, aut insidiis appetitus sit, non occisus, quia, inquit, hoc casu ipse in familiam suam, quæ auxilium non tulit, vel quæ ipsum appetivit, animadvertere potest. Qua ratione etiam dicitur, si servus domino furtum fecerit, necesse non habere dominum, vel extraneum adversus furem agere furti, cum ipse in furem statuere possit, *l. servi, aut filii, de furt.*

Ad L. VII. eod. *Et in libertos extraordinarium auxilium habebit.*

ET iis additur statim in *l. 7. h. t.* libertos, in quos patronus animadversionem non habet, quia liberi homines sunt, si patroni vitam appetierint, licet rem non peregerint, extra ordinem coerceri tanquam ingratos, & inofficiosos extra ordinem, quia legibus, sive jure ordinario non est prodita actio ingrati, sed præbetur hoc casu in libertos extra ordinem, sicut & in donatarios, *l. 1. C. de libert. & eor. lib.* Judicium, inquit, extra ordinem præbetur, quod optime congruit his verbis legis 7. ubi ait idem Paulus, & *& in libertos*, qui scilicet patronum gladio appetierint, *extraordinarium auxilium habebit*, id est, extraordinariam actionem ingrati. De libertis etiam hoc notandum ex constitutione Trajani, patrono occiso, & de libertis, qui sub eodem tecto mansitarunt quæstionem haberi, & supplicium sumi: quos scilicet vivus manumiserit. Primum autem de servis tantum quæstio habetur ex Senatusconsulto Syll. qui sub eodem tecto fuerunt, deinde de libertis etiam testamento manumissis quæstio habetur, & supplicium sumitur patrono occiso ex Senatusconf. Pisoniano, sive Neroniano, ut constat ex Cornelio Tacito 13. Annalium. *De his*, inquit, *servis, qui testamento manumissi essent*. Post ex constitutione Trajani, cœpit etiam quæstio haberi de libertis, quos qui occisus est, vivus manumisisset, id est, inter vivos, etiamsi illi liberti jure annulorum aureorum donati essent. Quod ostenditur in *l. 10. §. ult. & l. seq. hoc tit.* *Idem erit*, inquit, *de iis libertis, qui jus annulorum petierint.* Non ergo, ut arbitror, de iis libertis, qui natalibus restituti sint: quoniam hi sunt prorsus ingenui, non ii, qui aureo tantum annulo, aut facultate gestandi annuli donati sunt. Qui natalibus restituti sunt, plane ingenui sunt, & difficilius torquentur ingenui, quam libertini: nam & libertini perraro torquentur. Hoc tantum casu torqueri possunt, si ipsi eodem loco fuerint, quo occisus patronus est, ex const. Trajani. Qua de re exstat epistola Plinii lib. 8. ad Aristonem Jurisconf. de libertis Afranii Dextri consulis cum de cæde ejus quæreretur. Et ante Trajanum quoque Dio scribit, Domitianum Imperatorem de Epaphrodito liberto Neronis sumpsisse supplicium, quod Neroni opem non tulisset, cum occideretur. Et apud Corn. Tacit. 14. *Annal.* tempore Neronis etiam Varro in senatu censuit, ut liberti quoque, qui sub eodem tecto fuissent, cum patronus occideretur, Italia deportarentur. Transeamus ad *l. 8.*

Ad L. VIII. eod. *SC. Pisoniano cavetur, ut si pœnæ obnoxius servus venisset, quandoque animadversum in eum esset, ut venditor pretium præstaret: ne emptori injuriam fecisse videatur senatus.*

Ad §. Si filiusfam. *qui in castrensi peculio testatus est, occisus sit: omnimodo id defendendum est, ut ex quibus casibus ad fiscum patrisfam. bona pertinent; his casibus & hujus peculium potius quam ad heredes, qui deliquerunt in adeundo, & similibus, ulti ve non sunt.*

INitio hujus legis 8. proponitur aliud caput SC. Pisoniani, sive Neroniani, quod scilicet factum est Nerone, & Pisone Consulibus, ut si domino à familia occiso post quæstionem familiæ heres vendiderit, & tradiderit noxium quendam servum: pœnæ, inquit, quendam obnoxium servum ob cædem domini, bonæ fidei emptori, sumatur quidem supplicium de servo vendito ex SC. Syllan. sed absque injuria emptoris: quoniam venditorem emptori pretium reddere oportet. Sumi debent supplicia, & pœnæ sine injuria cujusquam (quod notandum) sed hac ratione, quia noxius venierat. At venditor non prædixerat, noxia solu-

A solutum esse, fateor: nec tamen ideo minus debet emptori pretium restituere. Alioquin Senatus injuriam faceret emptori, si illi eriperet servum, eumque raperet ad supplicium, à venditore ei pretio non restituto: alioquin si servus venditus post venditionem noxiam fecerit, periculum est emptoris, *l. Lucius, de evict.* In altera parte legis 8. ostenditur, non tantum patrisfamil. hereditatem, sed etiam filiifam. peculium castrense, vel quasi castrense, si de eo testamentum fecerit, caducum fieri, si filiofam. à familia sua, à servis suis castrensibus occiso, heres scriptus contra SC. Syll. peculium, sive hereditatem castrensem filiifam. adierit, vel si aperuerit tabulas testamenti ante quæstionem habitam de fam. vel etiam si mortem filiifam. testatoris sui inultam reliquerit: quia ex hac causa heredi aufertur hereditas quasi indigno, qui vel non vindicavit necem domini, sive testatoris, vel non ante habuit quæstionem de famil. quam adi- B ret hereditatem. Alioquin non ex omnibus etiam aliis caussis, ex quibus publicatur patrisfam. hereditas, etiam publicatur castrense peculium, sed retinetur à patre jure peculii, si filiusfam. testamentum non fecerit, *l. 1. C. de bon. proscript.* Ut si deportatus sit paterfam. in insulam, tacito jure omnia ejus bona publicantur: sed si filiusfam. deportatus sit, non publicantur castrensia, vel quasi castrensia, sed remanent apud patrem superstitem. Cæterum heredibus filiifam. auferuntur, videlicet si testamentum fecerit de castrensi peculio, vel quasi castrensi. Libri sequentes sunt de servitutibus realibus, & personalibus.

JACOBI CUJACIJ J.C. C

In Lib. XLVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LXVI. de Usufr. *Cum usufructuario non solum legis Aquiliæ actio competere potest, sed & servi corrupti, & injuriarum, si servum torquendo deteriorem fecerit.*

PAULUS Libro XLVII. egit quidem aliquantulum de servitutibus personarum, & rerum, verum obiter, ut animadvertit: neque enim ejus hoc fuit propositum principale, sed præcipue, ut tractaret de cautionibus, sive stipulationibus prætoriis, ut & Ulpianus post tractatum de testamentis, de iisdem cautionibus D tractavit lib. 51. 52. & 53. Ac primum quidem egit Paulus, ut opinor, de stipulatione fructuaria; sic appellatur in *l. 4. §. ult. de verb. obligation.* qua scilicet usufructuarius proprietario stipulanti promittit datis fidejussoribus, ut ostenditur in *l. 13. de usufr.* finito usufructu se restituturum quod inde exstabit, & interim se viri boni arbitratu usurum fruiturum, id est, se rem causamve ususfructus, & proprietatis deteriorem non facturum, *l. 1. usufruct. quemadmodum cav.* Unde & re deteriore facta à fructuario, cum eo dominus proprietatis statim ex stipulatu agere potest. Quamquam & aliæ eo nomine ei sint cum usufructuario actiones, ut quod Paulus ostendit in *l. 66. de usufructu*, quæ est ex hoc lib. cum fructuario proprietarius agere potest actione legis Aquil. si forte, exempli gratia, servum fructuarium injuria occiderit, quod etiam osten- E dit *d. l. 13. §. de præteritis*, *eod. tit.* Itemque actione servi corrupti proprietarius cum usufructuario agere potest, si usufructuarius servum fructuarium bonæ frugi ad delinquendum perpulerit. Quod etiam ostendit *l. 9. §. si in servo, de ser. corr.* Itemque actione injuriarum, si usufructuarius torquendo servum fructuarium deteriorem fecerit, si flagellis ceciderit: neque enim vi eum torquere, neque flagellis cædere potest, *l. 23. in fine, hoc tit.* Paulus 3. Sententiarum tit. de leg. *Servos*, inquit, *neque torquere, neque flagellis cædere, neque in eum casum facto suo perducere usufructuarius potest, quo deteriores fiant.* Et secundum hanc interpretationem igitur recte Florentini in hac lege, *cum usufructuario non solum actione l. Aquiliæ*, ut in Basil. quod A idem est ἁρμόζει καὶ τῷ χρῆσιν ἔχοντι ὁ ἀκύλιος. Accursius legit male sine præpositione *usufr. actuaria*; nam usufructuario hæ actiones non competunt, sed earum exemplo utiles tantum, sive in factum, quod & leges, quas adducit Accursius probant. Sequitur *l. 26. de servitut. præd. rustic.*

Ad L. XXVI. de Servit præd. rustic. *Si via, iter, actus, aquæductus legetur simpliciter per fundum: facultas est heredi per quam partem fundi velit constituere servitutem: si modo nulla captio legatario in servitute sit.*

SI cui simpliciter, id est, ἀορίστως testator legarit viam, vel iter, vel actum, vel aquæductum per suum fundum, nec dixerit per quam partem fundi, Paulus in hac l. 26. ait, electionem non esse legatarii, per quam partem fundi ser- B vitute legata utatur, sed electionem, & facultatem esse heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem, cum modo tamen æquo, & pari, ita scilicet, ut id faciat ex usu, & commodo legatarii, sine captione, sine incommodo legatarii (†). Cui sententiæ Pauli statim opponitur quod Celsus scribit in *l. 9. de servit.* si cui simpliciter, vel ut ibi est scriptum, si cui simplicius per fundum via relinquatur, quod est, legetur (vivi cedunt viam, morientes autem relinquunt legati genere, aut fideicommissi) si cui, inquam, simpliciter per fundum via legetur, legatario facultatem esse, per quam ejus fundi partem viam munire, & ire agere velit: modo ut ait, id faciat civiliter: nam ut eleganter ait, in sermone omni indefinito quædam semper tacite excipiuntur, quem modum etiam suæ sententiæ adjecit Paulus in hac *l. 26.* his verbis, *si modo nulla captio legatario in* C *servitute sit.* Sed Paulus electionem dat heredi, Celsus legatario. Itaque in summa, re dissident inter se, & discordant. Verum missis glossarum, & DD. traditionibus ex veteri jure, veroque hæc adhibenda distinctio est: Aut servitus legata est per damnationem, *Heres meus damnas esto illi viam dare, cedere per fundum illum*: Et hoc casu electio est heredis, quia & sermo dirigitur ad heredem: Aut legata est per vindicationem, *lego tibi viam per fundum meum*, & electio est legatarii, per quam partem ire agere velit. Quæ distinctio etiam servatur in homine, vel alia re simpliciter, sive generaliter, non nominatim legata: nam si homo legatus sit simpliciter, sive generaliter per vindicationem, legatarii electio est, quem ex universa familia testatoris malit accipere: civiliter modo: neque enim optimum eligere potest, veluti servum actorem, cujus amissio sæpe evertit totam D domum, ut ait *l. ult. de offic. præf.* Denique optimum eligere non potest. Et ita est scriptum in *l. legato generaliter, de leg. 1.* Sin vero homo legatus sit per damnationem, heredis electio est, ita tamen ut non pessimum præstet, non compeditum, aut compunctum notis, non noxium. Et cum modo igitur semper, vel heredis, vel legatarii electio est, secundum speciem, genusve legati, *l. si à substituto, §. 1. de legat. 1.* Ulpianus *lib. sing. reg. Optione*, inquit, *legati per vindicationem data, legatarii electio est, veluti hominem optato, eligito.* Sequitur, idemque est (ut restitui) si generaliter legaverim Titio hominem: *At*, inquit, *si ita: heres meus damnas esto hominem dare, heredis electio est, quem velit dare.* Hæc Ulpianus. Et est apertissimum. Unde & M. Tull. de Invent. *Cum paterfam. sic uxori suæ legavit: heres meus uxori meæ vasorum argenteorum* 100. *pondo, quæ volet, dato,* E *quod est legatum per damnationem*, recte ait, *refelli heredem, qui se, quæ ipse vellet, debere dicit, qui ve sibi arbitrium eligendi permissum esse adserit*: nempe muliere objiciente, si heredis voluntati testator permittere velit, electionem vasorum, nihil attinuisse adscribi, *Quæ volet*, quia eo etiam non adscripto, nihil inesset dubitationis, quin heres, quæ ipse vellet, daret: quia scilicet legatum relictum est per damnationem. Ex quo sequitur hæc verba, *quæ volet*, aut esse supervacua, si referantur ad heredem, aut potius sic esse accipienda, *quæ volet legataria, id est, quæ volet uxor.* Hac vero de re egit Paulus in hac *l. 26.* cum tractaret de stipulatione damni infecti, vel de operis novi nuntiatione, nam

(†) *Vide Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 53.*

nam qui viam munit, sternit, vel iter, vel aquæductum format per certam partem fundi, sine damno domini, aut vicinorum id facere debet, ut & qui munit viam publicam, *l.15.§.si quid in via, l.31. de dam.infec.* Et ideo cavere etiam debet de damno infecto, quod contigerit in via munienda: de damno nondum facto, quod tamen futurum veremur. Et generaliter non tantum qui dominium fundi habet, sed & qui servitutem in fundo habet, cavet de damno infecto, *l.qui bona fide, §.1. de dam. infec.* De qua cautione etiam hic egisse Paulum indicat *l.3. ejusd. tit.* quæ est ex hoc libro: In qua & quasi plura tractaturus de cautione hujusmodi damni, & damnationis notationem exposuit: quasi scilicet hæc dicta sint ab ademptione, & quasi deminutione patrimonii, ut apud Varronem 4. *de lingua Latina*, eodem prorsus modo, *damnum à demptione*, inquit, *quum minus refectum, quam quanti constat*. Unde & apud Gellium, *quia aucta, vel damna, vices augendi, vel minuendi.* Et hunc quoque tractatum de cautione damni infecti Paulus persecutus est libro 48.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XLVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XXXI. de Serv. urb. præd. *Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus, servitutemque præstaret, deposuit ædificium: concedenda erit legatario utilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum ædificium conabitur.*

AC primum *lege 31. de servit.urb.præd.* si damnatus sit heres, ne officeret luminibus vicini, & servitutem vicino præstaret, id est, cederet, altius ædes non tollendi, *l.luminum, & l.hæc autem, hoc tit.* & heres deposuerit ædes, id est, prorsus ædes solo æquaverit, ac deinde eas restituat, legatario, inquit, utilis actio dabitur, actio confessoria scilicet, sive vindicatio servitutis legatæ, qua nempe prohibeat heredem, si supra priorem modum ædificium, quod restituit, extollere velit, quod congruit cum *l.cum luminibus, hoc tit. & l.1. C. de servit. & aq. & constit. Zenonis, de ædificiis privatis.* Ideo autem utilis actio datur legatario, utilis vindicatio legatæ servitutis, non directa, quia si quis strictius interpretetur, quod & glossa intellexit, aliud est ædificium, quod restituitur, quam quod fuit id, cui servitus imposita est, *l.servitutes, §. si sublatum, hoc tit.* Sed utilitas exigit, ut idem esse intelligatur, quod reponitur, utque legatario liceat intendere jus heredi non esse, nec id quoque extollere supra priorem modum, quod restituit, quamvis non ei proprie imposita sit servitus altius non tollendi. Quin, quod addendum est, & heredi ædificanti, restauranti ædificium supra priorem modum legatarius opus novum nuntiare potest, *l.inter servitutes, hoc tit. l.de pupill. §.& belle, & l.non solum, in princ.de nov. op. nunt.* Ac præterea legatario postulanti, heres, qui restaurat ædificium, cavere debet damni infecti, quod ostenditur apertissime in *l.qui bona fide, §. si quis opus, de dam.infec.* nec dubito quin & verba hujus legis 31. subjunxerit Paulus. Verum his addamus etiam ex hoc libro legem decimam, *de interrogat.*

Ad L.X. de Interrog. in jur. fac. *Non alienum est, eum, à quo damni infecti stipulari velimus, interrogare in jure: an ædes ejus, vel locus sit, ex quo damnum timeatur: & pro qua parte: ut si neget suum prædium esse, nec caveat damni infecti: aut cedere, aut resistendum putaverit, quasi dolo versatus, tradere compellatur.*

QUæ aperte scripta est de cautione damni infecti, & ait, vicinum, à quo stipulari volumus damni infecti de ruina ædium suarum imminente, vicinum illum in jure, id est, apud prætorem, vel præsidem interrogare posse, an ædes, vel an pars ædium, an locus, ex quo ruina, vel damnum timetur, ejus sit, pro qua parte videlicet, ut ad eam partem damni infecti stipulationem accommodemus, ut rite concipiamus stipulationem, *l.qui servum, §.ult. h.t.* aut si falso neget prædium suum esse, ædes suas esse, nec caveat damni infecti, aut decedere debet (sic hic locus est accipiendus) de possessione prædii, sive ædium vice cautionis, quam non præstat, aut si possessione decedere nolit, si resistendum putat, quasi dolo malo versatus, & mentitus, totius prædii possessionem tradere compellitur vicino, cui non cavit, non ex edicto (ut glossa voluit) de damno infecto, & secundum ejus edicti ordinem ex primo, & secundo decreto, neque enim illius edicti ordo in eum, qui se falso negat esse prædii vitiosi dominum, servatur, sed ex hoc edicto de interrog. in jure fac. statim convenitur ex proprio mendacio, ex proprio dolo. Quod & in hunc locum Græci notant, *ἐκ τῆς ἰδίας ἐρωτήσεως ἢ τοῦ ψεύδους, οὐκ ἐκ τῆς τοῦ πραίτωρος αὐθεντίας.* Quia dolo malo versatus est, statim aut jubetur decedere de possessione, aut cavere: vel si nolit cavere, aut decedere possessione, compellitur viribus imperii tradere possessionem ædium, quarum falso negavit se esse dominum. Longe alius est ordo edicti de damno infecto: Nam qui non cavet damni infecti, non statim decedit de possessione, sed is, cui non cavetur, statim mittitur in possessionem ex primo decreto, ita ut simul cum eo sit in possessione ædium ruinosarum. Ergo non statim cedit possessionem: sed si post primum decretum adhuc pergat non cavere damni infecti, expellitur possessione, & vicinus, cui non cavit ex secundo decreto, jubetur ædes possidere jure dominii. Qui ordo ostenditur in *l. si finita, de damn. inf.*

Ad L.XVII. Ut legat. nom. cav. *Si ab uno ex heredibus legatorum satis accipimus, cum ab omnibus heredibus nobis legatum esset, si pars coheredis adcrescat promissori, in totum fidejussores tenentur, si solidum legatum is cœperit debere.*

PRæterea in *l.17. ut legat. nom. caveatur*, quæ est etiam ex hoc lib. 48. duas cautiones prætorias conjunxisse videtur, cautionem legatorum in diem, vel pure, vel sub conditione relictorum: Nam de pure legatis aliquando cavetur, & cautionem damni infecti. Sententia legis hæc est: si legato relicto ab omnibus heredibus unus heres legatario caverit legati nomine datis fidejussoribus, & postea portio coheredum repudiantium hereditatem ei adcreverit cum suis oneribus, fidejussores, quos ille dedit, tenentur in solidum legati præstandi causa, & servandi. Quod & à simili belle confirmari potest ex *l.ult. in princ. quod legatorum.* Et videtur etiam hoc loco Paulus accommodasse ad cautionem damni infecti, hoc modo: *si unus ex heredibus suo nomine promiserit damni infecti prædii hereditarii ruinosi nomine deliberante coherede, aut coheredibus deliberantibus, & postea coheredum portio ei adcreverit, ex stipulatione damni infecti, quam præstiterit, tenetur in solidum*, quia retro solus ipse heres fuisse intelligitur, *l.quia retro, ad leg. Aquil.* Alioquin in partem duntaxat teneretur, si coheredes omnes adirent, *l.ex damni, §. item si plurium, de dam. inf.*

Ad L.X. de Dam. inf. *Quamvis alienus usufructus sit, dominum promittere oportere Cassius ait. Nisi proprietarius in totum repromittat, vel fructuarius satisdet: mitti oportet in possessionem eum cui non caveatur. Sed nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat: denegandam ei fructus petitionem Julianus scribit. Sed si fructuarius de soli vitio quid præstiterit, jus domini ad eum transferri oportet.*

UT persequar cætera, quæ de cautione damni infecti lib. 48. Paulus scripta reliquit, explicanda est primum *l.10. de dam. infect.* Cujus satis compertum est, ex edicto prætoris, quod proponitur in *l.7. hoc tit.* cautionem

nem

nem damni infecti, vel nudam cautionem esse sine fidejussoribus, quæ repromissio dicitur: vel satisdationem esse, id est, dationem fidejussorum: satisdare dicitur, qui dat fidejussores, sive adptomissores, quod idem est. *Repromittit* autem, qui solus promittit, qui fidem suam solus obstringit. Et cautionem damni infecti, nudam cautionem esse, nudam repromissionem, si quis suo nomine de re sua caveat damni infecti, sive sit dominus prædii vitiosi, sive bonæ fidei emptor, sive quis alius, qui in alieno prædio proprium jus servitutis habeat, *l.13. in princ. & §.1. hoc tit.* Satisdationem vero esse, si quis timenti damnum alieno nomine caveat, veluti procurator nomine mandatoris: hic satisdare debet, nedum repromittere, aut etiam superficiarius. Nam & superficiarius nomine ejus, qui soli, & per consequentiam superficiei dominus est, quia superficium cedit solo: superficiarius, inquam, cavet damni infecti causa, non suo, sed domini nomine, qui & soli, & superficiei dominus esse intelligitur. Quamvis ipse superficiarius in superficie jus, quod dicitur superficiarium, sive *ἐμφυτευτικὸν* habeat. Fructuarius quoque satisdare debet, *l.prox. §.ult. sup.* quia prædii domious non est: & domini nomine cavet in totum, ad quem dominum, id est, proprietarium totum etiam prædium pertinet: & pertinere dicitur, etiamsi ususfructus alienus sit, *l. recte totum, de verb.significat.* Et hoc est, quod ait Paulus initio hujus legis 10. quamvis ususfructus prædii alienus sit, dominum, id est, proprietarium damni infecti repromittere, non satisdare: ipsum autem fructuarium satisdare oportet. Et subjicit, proprietario non repromittente damni infecti causa in totum, vel fructuario non satisdante in totum, uti oportet, id est, & de soli, & de ædificii, & de arborum vitio, vicinum, cui non cavetur mitti in possessionem prædii vitiosi ex primo decretu, quo genere prætorium pignus constitui dicitur, ac deinde etiam juberi possidere prædium ex secundo decreto: & prædium ei auferri. Primum decretum possessorem non facit, sed in possessione facit, ita ut possideat cum eo, qui damni infecti cavere detrectat. Neque enim primum decretum dominum dejicit possessione, vel eum, qui cavere debet damni infecti: at secundum dejicit possessione. Ergo si neque proprietarius repromittat damni infecti, neque fructuarius satisdet, is, cui non cavetur, mittitur in possessionem prædii, ex quo damnum timetur, ac deinde si vicinus perseveret non cavere, etiam prædium possidere jubetur, & usucapere. Proprietario autem repromittente, & cessante fructuario, si & vicissim proprietario, qui repromisit, damni infecti fructuarius non caveat, de indemnitate scilicet, aut cum aliquid ex stipulatione proprietarius præstitit, si fructuarius nihil ei conferat pro rata ususfructus, ut in *l.22. inf.* ait, à proprietario usufructuarium recte prohiberi uti frui, eique denegari persecutionem, sive vindicationem ususfructus, ut *l.15. §. ult. inf.* Et vice versa fructuario satisdante damni infecti, proprietario cessantè, si quid fructuarius ex stipulatione de soli vitio præstiterit, quod dominus, id est, proprietarius ei refundere nolit, ait, jus domini in proprietarium transferri: vel, ut ait *d.l.22.* in possessione soli fructuarium constitui, non quidem, ut glossa ait, ex secundo decreto, quia & primum, & secundum decretum interponitur pro eo, cui cavendum fuit, hoc est certissimum, non pro eo, qui cavere debet, sed extra ordinem hoc fit prætoria potestate, contumaciæ proprietarii, vel fructuarii plectendæ causa, ita tamen, ut si quid fructuarius ex stipulatione damni infecti præstiterit, antequam vicinus ex primo decreto mitteretur in possessionem, tunc fructuarius id habeat, donec præstetur ei damnum, sive æstimatio damni pro rata proprietatis, sive pro rata soli: id, inquam, habeat, quod vicinus haberet, si missus esset in possessionem nemine cavente damni infecti, id est, ut in possessione soli fructuarius sit, utve solum retineat, non etiam habeat jure dominii, ut *d. l.22.* Sin autem ex contrario latere fructuarius misso jam vicino in possessionem ex primo decreto satisdederit damni infecti, cessante domino, & collapsis ædibus, quarum nomine satisdedit, ex stipulatione conventus damnum vicino resarcierit, antequam ex secundo decreto vicinus jure dominii possidere juberetur, ut tunc id habeat fructuarius, donec dominus pro rata contulerit, quod vicinus haberet, si ex secundo decreto possidere jussus esset, puta, ut jus domini, & possessoris ad fructuarium transferatur, id est, ut fructuarius prædium jure dominii possideat, domino possessione dejecto. Quæ est sententia Pauli in fine hujus l. 10. Transeamus ad leg. 12. *ex eod. lib.*

Ad L.XII. eod. *His, qui pignori rem acceperunt, potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere, & per longum tempus rem capere ei permissum fuerit.*

IN leg. 12. agitur de creditore pigneratitio, quem, si prædium pignori acceperit, damni infecti satisdare debere constat ex *l.15. §. item quæritur, hoc tit.* Quia dominus non est, & cavet igitur domini nomine, alieno nomine. Sed si neque creditor satisdet damni infecti, neque debitor, qui dominos est, repromittat, & vicinus, cui cavendum fuit post primum decretum, ex secundo decreto jussus sit possidere, & consequenter per possessionem, & usucapionem rei dominium adquirere, quia prætor non potest facere dominum, sed possessorem tantum. Itaque ei, quem possessorem fecit expulso domino, necessaria est usucapio, ut præter possessionem, vel potius, ut per possessionem dominium adquirat jure civili, nempe usucapione. Quod ostenditur in *l.5. in princip. l.15. §. Julianus, l.18. §. non solum, hoc tit. l. 1. de fund. dot.* Si igitur neque creditor, cui ædes ruinosæ pignori datæ sunt, satisdet damni infecti, neque debitor repromittat, creditori denegatur persecutio pignoris, sicut fructuario non satisdanti, ex eadem causa denegatur persecutio ususfructus, *d. §. item quæritur.* Et hoc est, quod ait Paulus in hac lege 12. creditoribus, qui pignori rem acceperunt, non ex conventione nuda, ut glossa ait, sed per traditionem constituto pignore, ut accipiatur proprie: creditoribus igitur, qui pignori rem traditam acceperunt, potiorem esse vicinum, cui damni infecti non cavetur, si eam rem ex secundo decreto, jure dominii, ut loquitur *d. l.15. §. postea autem*, id est, tanquam dominus, animo, & cogitatione domini, civiliter possidere, ejusque dominium usucapere, adquirere permissum ei fuerit, his, inquit, qui pignori rem traditam acceperunt, id est, creditoribus pigneratitiis potior est is, cui damni infecti non cavetur, si possidere ex secundo decreto, & per longum tempus usucapere rem ei permissum fuerit: si possidere, inquit, ei permissum fuerit. Quod notandum. Ergo si tantum in possessionem missus fuerit ex primo decreto, non ideo statim creditori denegabitur persecutio pignoris, id est, actio pigneratitia, hypothecaria, vel fructuario non ideo statim denegabitur persecutio ususfructus, vindicatio ususfructus: hoc suadet hæc lex 12. à contrario sensu, & apertissime *d. §. item quæritur*, pugnare tamen videtur cum *l.9. §. ult. sup.* qui quidem §. eum, qui in possessionem missus erat, ex primo decreto igitur, ait fructuarium, qui non satisdedit, uti frui prohiberi, ergo fructuario denegari persecutionem ususfructus, fructuarium expelli possessione fundi, aut prædii. Pugnare etiam videtur *l.15. §. si qua jura, hoc tit.* quæ generaliter ait, *si qua jura sint debita iis, qui potuerint satisdare de damno infecto, nec satisdederint, denegandam esse ob eam causam eorum jurium persecutionem adversus eum, qui in possessionem missus erit,* quasi scilicet post primum decretum statim denegetur persecutio juris, quod in ea re alii competit, veluti ususfructus, aut *ἐμφυτεύσεως*, aut pignoris. Sed ne fallamur, sciendum est, & illis duobus locis, & aliis quamplurimis hoc tit. & in aliis partibus juris imperfectam, & inchoatam hanc orationem esse, *qui in possessionem missus erit*, quæ pro re subjecta sit supplenda hoc modo: *qui in possessionem missus, & possidere jussus erit*, id est, si intervenerit utrumque decretum, ut in *l. 44. §. damni infecti, hoc tit.* Damni infecti nomine missus in possessionem, quamvis non addat, *& possidere jussus*, tamen subsequentia ostendunt satis, & hæc quoque subintelligenda esse. Et eodem modo prorsus in *l. jubere, de jurisd.* jubere cavere præto-

A ria stipulatione, damni infecti scilicet, quæ lex est de stipulatione damni infecti, & in possessionem mittere imperii est magis, quam jurisdictionis; quid? an non etiam jubere possidere etiam imperii magis est, quam jurisdictionis? Sane multo magis. Et id igitur quoque supplendum est, aut subintelligendum: ergo non satis est, si quis missus sit in possessionem, ut denegetur persecutio juris sui ei, qui potuit satisdare damni infecti, nec satisdedit, sed necesse est etiam ut secundum decretum subsecutum fuerit, id est, ut idem possessor factus fuerit, sive dominus possessionis, expulso vetere possessore, sive domino. Ad hæc notandum, ne quid dubitationis supersit in *l.44. §. damni*, quod dicitur, creditori non denegari pignoris persecutionem, ne dominio quidem usucapione quæsito ab eo, qui missus in possessionem, & possidere jussus est; id locum habet in credi-
B tore tantum, qui pignus non possidebat ipse, sed debitor eo tempore, quo decreta interposita sunt de missione in possessionem, & de possessione: tunc integra est creditori actio hypothecaria. Creditori autem, qui pignus possidet, nec satisdat damni infecti vicino postulanti: vicino, inquam, cui cavendum fuit possidere jusso, proculdubio denegatur persecutio pignoris, quia potuit, & debuit satisdare desideranti satisdationem, quandoquidem ipse possidebat. Quæ distinctio est apertissima, & memini me eam exponere ad Africanum in *d.l.44.* Veniamus ad *l.14. hoc tit.*

Ad L.XIV. eod. *In causæ cognitione etiam longinquitas soli, & operis magnitudo spectanda est.*

C STipulationi, sive cautioni damni infecti dies certus præstitui solet, intra quem, si quid prædii vitio damni contigerit, stipulatio committatur, id est, locum habeat: finitus quidem dies potest revocari à prætore, renovari ex causa, sed ab initio præstitui solet dies certus, intra quem si prædium vitium fecerit, & vicino nocuerit, stipulatio locum habeat. Id cavetur fere iis verbis: *Quod ædium tuarum vitio intra diem illum damni mihi contigerit, sive quid ruet, sive scindetur, fodietur, ædificabitur, ejus rei nomine mihi, heredive meo, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari.* Diem autem præstituit prætor, vel breviorem, vel longiorem causa cognita, *l.13. §. ult. hoc tit.* habita scilicet æstimatione ex causa, habita moderatione temporis, finitione temporis, ex causa, id est, ex origine rei, ut recte Albericus interpretatur, & ex qualitate ejus damni, quod con-
D tingere speratur, ut ait *d. l. 13. in fine*. Speratur, id est, timetur, ut apud Virgil.

Tantum sperare laborem.

& apud Terentium: *Quod tu speres, propulsabo facile*, id est, facile pulsabo, quod times. Ex causa igitur, ex origine rei, ex causa vitii, & ex qualitate ejus damni, quod contingere quis timet, & ut addit Paulus in hac *l.14.* ex longinquitate loci, Basil. *ἐκ διαστήματος τῆς ὁδοῦ: ex intervallo viæ, & longo spatio itineris*: ut si is locus, ex quo damnum timetur, longe remotus sit ab eo, qui ejus dominus est, quique ibi non moratur. Longinquioris enim loci tuendi, & conservandi cura minor est. Itemque, ut ait, ex magnitudine operis, de cujus vitio sibi quis promitti postulat: facilius enim ruit magnum opus: glossæ hæc verba l. 14. non perceperunt. His etiam addamns *l.16.*

E

Ad L.XVI. eod. *Antequam damnum detur, impunitum est factum ejus, qui neque promisit, neque admisit in possessionem: si tamen ante damnum datum, vel cavit, vel possessione cessit.*

IS, qui damni infecti non promittit, dominus scilicet vitiosarum ædium exempli gratia, nec etiam admittit à prætore missum in possessionem, qui neutrum facit, qui moratur, frustratur, tenetur actione in factum ex hoc edicto: sed non antequam damnum datum sit, veluti non antequam ædes ceciderint, & damnum dederint. Extenditur & hæc actio in factum in id tempus, quo damnum datur, quo damnum committitur, ut ait *l.proxima, §.1. sup.* in id tempus, quo damnum datur, nec ante damnum datum licet agere in factum ob id, quod quis neque caverit, neque admiserit missum in possessionem. Et ideo, ut ex Paulo subjicitur in hac l.16. quæ male in quibusdam libris adscribitur 60. & rectius, ut in ora libri adnotatum est in Florentinis redditur huic libro 48. In *l. 16.* inquam, ex Paulo subjicitur: *Antequam damnum detur, impunitum esse factum ejus, qui neque promisit* (damni infecti) *neque admisit* in possessionem, missum ex primo decreto: impunitum est factum ejus, qui neutrum fecit: facere etiam dicitur, qui non facit, ut in Comœdia: *Quod laudi ducis, quod non fecisti inopia*. Et ut soleo in hanc rem dicere ex philosophis, etiam privatio actionis actio est. Sequitur in hac *l. si tamen ante damnum datum, vel cavit, vel possessione cessit*. Quæ oratio profecto mutila est, & est ita supplenda, ut si *is*, qui ab initio neque cavit, neque admisit in possessionem, corrigat factum re integra, id est, si ante damnum datum, vel caverit, vel possessione cedat, postea damno dato non teneatur actione in factum: moræ semel commissæ, re integra emendatio est. Et ita hic locus explicandus est. Sequitur *l.18.* in qua multo plura continentur ea de re.

Ad L. XVIII. eod. *Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cujus in bonis res est: sed etiam cujus periculo res est.*

Ad §. Sed quod *opere facto consecutus sit dominii capione promissor, non teneri eum eo nomine, Pomponius ait: quia nec loci, nec operis vitio, sed publico jure id consecutus sit.*

Ad §. Ei, cujus ususfructus *ædium est, de vitio earundem ædium caveri oportet, etsi alias vicinas habeat: quia reficiendi habet facultatem. Nam qui viri boni arbitratu uti deberet, reficiendi quoque potestatem consequitur. Ergo nec proprietarius audiri debet, si velit sibi caveri à fructuario ædium nomine, quas vicinas fructuario habeat. Quia habet cum fructuario actionem, ut viri boni arbitratu is fruatur.*

Ad §. Sed inquilino meo, *si vicinas ædes habeat, cavere debebo damni infecti propter eas ædes.*

Ad §. Ei, qui in conducto *solo superficiem imposuit, dominus soli, quod vitio soli damnum futurum sit, cavere non debebit, nec soli domino superficiarius: quia invicem ex conducto, & locato habent actiones. In quas tamen actiones ultra culpam nihil venit damni infecti, quod quidem vitium ejus esse dicitur.*

Ad §. Si is, *qui unas ædes habebat, stipulatus fuerit, deinde vicinas comparaverit: an earum quoque nomine, quas post interpositam stipulationem comparasset, promissorem obligaret, quæsitum est? Julianus scribit videndum, ne earum duntaxat nomine cautum habeat, de quibus inter eum, & promissorem initio actum fuerit. Cui consequens videri posse, ut & cum ædium communium nomine duo socii stipulentur, de eo duntaxat damno caveri videatur, quod in parte ædium cuique socio datum fuerit. Sive ergo redemerit alteram partem quis ex his, sive adjudicata fuerit: non augeri promissionis obligationem. Pomponius relata Juliani scriptura, dicit non se improbare.*

Ad §. Si autem res *aliquas post stipulationem interpositam in domo habere cœperit stipulator, quæ ex ruina vicinarum ædium perierint: agere ex stipulatu potest, licet tunc cum stipularetur, hæ res non fuerint.*

Ad §. Emptor prædii, *si ante traditionem stipulatus sit, cautum habebit de eo damno, quod post traditionem factum erit.*

Ad §. Venditorem *autem ædium priusquam possessionem tradat, stipulari oportet: quia hujus quoque rei culpam præstat.*

Ad §. Sed quid fiet, *si venditor sine culpa stipulari non potuerit, & ob hoc emptor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur? an hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emptorem, quia actionem ex empto non habet? Sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit: quia dum venditoris custodia est, is stipulari debet, omnemque diligentiam emptori præstare, & quod alia actione quæri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur.*

Ad §. Sed si venditor *interposuerit stipulationem: etiam id damnum continebit, quod post traditionem emptori contigerit,*

quod

Digitized by Google

quod esse iniquissimum Aristo ait: quoniam si emptor quoque damni infecti stipulatus esset, duobus promissor ejusdem nomine obligaretur: nisi forte id contra se habeat: quia in hoc fit stipulatio quanti ea res erit, ut possit videri nihil interesse jam venditoris stipulatione damni infecti interposita.

Ad §.Sabini sententia *vera est existimantis, ut, si dum ædificatur, intra diem stipulationi comprehensum, supra parietem meum domus deciderit, eumque vitiaverit, licet post diem stipulationis paries decidit, possim agere, quia damnum jam tunc acceperim, cum paries vitiosus factus sit: nec quicquam obstare, quo minus etiam antequam decidat, agi possit. Et si ita concussus sit paries, ut nulla ratione recipi possit, ideoque deponendus est, non minoris litem æstimandam, quam si decidisset.*

Ad §.Si vicinas ædes *habemus, & invicem desideremus damni infecti caveri: nihil obstabit, quo minus & ego in tuarum possessionem mittar, & tu in mearum.*

Ad §.Si pupillus *prohibuit iri in possessionē damni infecti: placet in eum non inutile competere hanc in factum actionem.*

Ad §.Si mandatu meo *alius prohibuerit, in me hæc actio competit.*

Ad §.Non solum *autem eum punit prætor, qui in possessione esse, sed etiam eum, qui possidere passus non fuerit: cum alioquin si is, qui jussu prætoris cœperat possidere, & possidendo dominium capere, aut non admissus, aut ejectus inde fuerit, utile interdictum unde vi, vel Publicianam actionem habere potest. Sed si in factum actione egerit, his actionibus experiri non potest, cum prætor id agat, ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur.*

Ad §.Si procurator meus *damni infecti stipulatus sit, causa cognita, mihi ex ea stipulatione actio competit.*

DE cautione damni infecti multa extant in *l.18. eodem tit.* quæ est ex eodem libro. Initio ejus legis ostenditur, proposita brevi definitione, quis stipulari possit damni infecti, vel quod idem est, cui caveri damni infecti oporteat. Et in universum, vicino timenti damnum ex ædibus vicini, quæ damnosæ imminent, & desideranti sibi caveri de damno infecto, constat de damno infecto caveri oportere. Sed cui vicino? An cuilibet desideranti sibi caveri? Non utique, sed vel domino ædium, quibus dominus timet, ne quid damni contingat à contiguis, & vicinis ædibus: vel inquilino ejus, cui ædes locavit, vel uxori inquilini, vel hospiti, ut *l.13. §.qui damnum, in fine, hoc tit.* vel ei, qui jus monumenti habet, nomine ejus monumenti, si vereatur ne damnum monumento contingat ex prædio proximo, ex prædio vicino, *d.l.13. §.si quis justa*, vel etiam ei, cujus periculo ædes sunt: vel, ut ita dicamus, aut etiam non domino, cujus tamen periculo ædes sunt, quarum nomine sibi caveri damni infecti desiderat. Cujus, inquam, periculo ædes illæ sunt, id est, quæ si corruant, ruentibus vicini ædibus, & in eas decidentibus, perituræ ei sunt, veluti fructuario, vel superficiario, quibus peribit jus ususfructus, vel jus superficiorium, si ædificium corruat. Et ideo etiam usufructuario, & superficiario de damno infecto caveri oportet, *l.7. §.1. de usufruct. l.5. §. ult. l.39. §.damni, & l.13. §.superficiarium, hoc tit.* Ubi id hodie constare ait, & usufructuario, & superficiario caveri oportere de damno, quod futurum est, quodve futurum extimescit. Id, inquam, hodie constare, quasi scilicet soli domino olim competierit stipulatio damni infecti. Sicut & in *l.tutor, §.ult. de pign. act.* dicitur, hodie superficiatio dari utilem actionem in rem vindicandi superficii, quæ scilicet olim dabatur soli domino. Æquissimum etiam refragante Marcello Ulpianus esse arbitratur, ut creditori pigneratitio, qui pignus tenet, caveatur damni infecti, *l.11. in fine, hoc tit.* Sed non etiam bonæ fidei possessori, licet possideat animo domini, opinione domini, bonæ fidei possessori inutiliter cavetur damni infecti, *dict.l.11. & d.§.superficiarium.* Atque ita licet bonæ fidei possessor jure exigatur cautionem damni infecti, licet bonæ fidei possessor postulantibus vicinis cavere debeat damni infecti, *d.l.13. in princ.* non tamen etiam ei cavendum est cautione eadem: non quicunque cavere debet damni infecti, & ei quoque utiliter cavetur. Et ratio dif-

A ferentiæ harum personarum inter se hæc est, quia fructuarius primum vindicationem ususfructus, qui pars dominii est, etiam adversus dominum habet: hoc est certissimum. Superficiarius quoque vindicationem, sive utilem in rem actionem etiam adversus dominum habet, *l.1. §.his autem de superfic.* Et creditor pigneratitius, sive hypothecatius, similiter adversus dominum actione hypothecaria agere potest, quæ est actio in rem. Bonæ autem fidei possessor adversus dominum in rem agere non potest, *l.ult. de Publ. in rem act.* Quia nullum in re jus habet. Bona fides non est pro jure. Igitur bonæ fidei possessore potior dominus est: Illis autem, id est, fructuario, superficiario, creditore hypothecario dominus potior non est. Et merito igitur illi quasi quidam domini esse censentur, & quasi domini recte postulant sibi caveri damni infecti, non etiam bonæ fidei

B possessor. Emptori etiam ædium non cavetur de damno, quod ante traditionem ædium datum, factumve erit, quod explicabo latius in *§.emptor, inf. hic.* De ædibus autem hactenus loquuti sumus exempli tantum gratia: nam & in agris huic stipulationi, sive cautioni locus est, si quid arborum, locive vitio acciderit, *l.24. §.item apud, sup. & l.38. §.1. hoc tit.* Hæc vero sunt, quæ pertinent ad initium hujus legis, ad hæc verba scilicet, *damni infecti stipulatio competit*, id est, is potest stipulari damni infecti, non tantum, cujus in bonis res est, qui dominus rei est, cujus nomine desiderat sibi caveri de damno futuro, sed etiam cujus periculo ea res est. Quæ verba satis explicata sunt.

AD *§.Sed quod.* Sequitur in *§.1. sed quod opere facto:* quæ

C verba valde obscura videntur. Verum eorum sensus hic proculdubio est: Stipulari quidem, quod initio dixi, de damno infecto posse non tantum eum, cujus in bonis res est, cujus nomine stipulatio interponitur, sed etiam eum, cujus periculo ea res est. Sed, ut subjicit, non teneri tantum ei promissorem ex stipulatione, heredemve ejus, si in prædio ejus bona fide uti oportet, opus aliquod fecerit, idque usuceperit, id est, ex sua promissione non præstare damnum, quod stipulatori usucapio attulerit. Usucapio conjuncta est semper cum damno alterius, *l.18. & 19. ex quibus caus. major. in integ.* Sed id genus damni non venit, aut non deducitur in stipulationem damni infecti, quia usucapio jure publico introducta est ex 12. tabulis, & bono communi, bono publico, ut ait *l.1. de usurpat. & usucap.* Et quod bono publico introductum est, prope est, ut nemi-

D ni damnosum esse videatur, bona fide interveniente, *l.si quis fundum, de adquir. poss.* Et ut est in regula juris, *non videtur damnum dare, injuriamve facere, qui jure publico utitur.* Ergo quod usucapione promissor damni infecti in prædio vicini consecutus fuerit, eo nomine ex stipulatu non tenetur, quia id jure publico consecutus est, non loci, vel operis sui vitio, quod solum venit in stipulationem damni infecti. Et ita perspicue Basilicωn auctores hunc locum interpretati sunt. Adferam verba ipsa: *εἰ δὲ ποιήσας ἔργον ὁ ἐπερωτηθεὶς δεσπότης αὐτοῦ, οὐκ ἀπέχεται τούτου ἕνεκεν*, id est, *si is, qui promisit damni infecti, operis a se facti dominium ceperit, quod est usuceperit, eo nomine non tenetur.* Sequitur *§.ei, cujus.*

AD *§.ei, cujus.* Quod diximus, fructuario caveri damni

E infecti verum est, si desideret sibi caveri de ruina ædium vicinarum, fructuariis ædibus, quæ alterius sunt: non etiam si desideret caveri sibi à domino proprietatis, de ruina, aut vitio earundem ipsarum ædium, quarum usumfructum habet, etiamsi fructuarius alias ædes in vicinia proprias habeat, quarum nomine, sive propter quas desideret sibi caveri à domino fructuariarum ædium, neque enim dominus ei cavere ea de re cogitur, quia refectio ædium fructuariarum ad fructuarium ipsum pertinet, *l.20. inf. hoc tit.* Ibi Florentini perperam, *non pertinet.* Nam proculdubio est, pertinere refectiones necessarias, atque etiam voluptarias ad fructuarium, quod & hic *§.ei, cujus* ostendit, & *l.7. §.quoniam, & l.ult. de usufr.* Refectio, inquam, ad fructuarium pertinet. Alioquin corruente re

fructuaria, jus suum amissurus est, ususfructus amittitur rei peremptione, rei mutatione. Refectio, inquam, pertinet ad fructuarium, nisi paratus sit derelinquere usumfructum, *l.64. de usufr.* Sed si velit uti frui, æquum est, ut & onus refectionis subeat, utque sarta tecta tueatur. Idque etiam continetur stipulatione fructuaria his verbis: *boni viri arbitratu se usurum fruiturum*, tanquam re sua scilicet, & refecturum igitur. Nam, ut Paulus ait hoc loco, qui boni viri arbitratu uti debet, reficiendi quoque potestatem consequitur, nec potest prohiberi quo minus reficiat, *d. l.7. §. ult. de usufr.* Sicut nec arare prohiberi potest, aut colere. Quinimo & cogi potest ex stipulatione fructuaria ad refectionem, vel ad culturam. Itaque, qui boni viri arbitratu uti frui debet, reficiendi quoque non potestatem tantum, sed etiam necessitatem habet. Quæ ratio efficit, ut non possit fructuarius de vitio, aut ruina ædium, quarum usumfructum habet, cautionem damni infecti desiderare à domino proprietatis. Ex diverso quoque, quod notandum, eam quoque cautionem proprietarius à fructuario desiderare non potest: fructuarius domino proprietatis cavere non debet de ruina ædium, quarum usumfructum habet, si forte dominus proprietatis alias ædes vicinas habeat, sic est ponendus casus, in quas vereatur, ne decidant ædes fructuariæ. Et hoc est, quod ait Paulus: *Ergo nec proprietarius audiri debet, si velit sibi caveri à fructuario ædium nomine, quas vicinas fructuario habeat:* Sed interjectum est in aliis hoc verbum, *ædium nomine, quas vicinas fructuario habeat.* Perperam quoque in aliis, *ædium nomine, quas vicinas fructuarius habeat.* Utraque lectio in Florentinis notatur, utraque rejicienda. Scribe pro *fructuario*, vel *fructuariis*, *fructuariis ædibus* scilicet, hoc est perspicue verum. Legito igitur in hunc modum: *Ergo nec proprietarius audiri debet, si velit sibi caveri à fructuario ædium nomine, quas vicinas fructuariis habeat:* Quod vero ait, *ergo nec proprietarius*, ex eo sequitur, qua ratione pruprietarius ea de re fructuario non cavet, ut ante dixi, eadem quoque ratione nec fructuarium cavere proprietario nomine fructuariarum ædium, quia scilicet refectio ad fructuarium pertinet ex stipulatione fructuaria, ad quam etiam cogi potest ex ea stipulatione, qua proprietario cautum est satis, ut non sit necessaria cautio damni infecti. Nemo debet onerari supervacua cautione, *l. hæc stipulatio, in fine, ut legat. nomine cav.* Et ut in fine hujus §. ostenditur, longe aliam esse rationem inquilini, cui scilicet dominus ædes suas locavit. Nam si inquilinus vicinas ædes proprias habeat, dominus conductarum ædium ei cavere debet de ruina, aut vitio ædium conductarum, propter ædes inquilini proprias, id est, nomine ædium inquilini propriarum, quia earum nomine ei cautum non est, non etiam propter ipsas ædes conductas locator cavere inquilino debet, *l.13. §. de illo, h. t.* Et ratio est evidens, quia ab initio vitiosas conduxit, aut ruinosas, aut male materiatas, & habet igitur quod sibi imputet. At si postea ædes in vitium inciderint, ex conducto cum locatore agere potest, ut eas reficiat, ut fulciat: nam refectio ad locatorem pertinet, non ad conductorem, *l. ex conducto, in principio, locati.* Ad hæc notandum est inter proprietarium, & fructuarium, quamvis locum non habeat cautio damni infecti de ruina ædium fructuariarum, ut diximus supra, locum tamen habere alia de re, nempe proprietarium fructuario cavere debere de vitio soli, & fructuarium proprietario de vitio operis, quod ædificat forte. Et ita est proditum *in l.20.* Verum, ut mox ostenditur, in *§. ei, qui in conducto.*

AD *§. ei, qui in cond.* Superficiarius etiam, qui in solo conducto posuit ædificium, his verbis in hoc §. significat superficiarium. Superficiarius est, qui in solo conducto posuit ædificium sub pensione certa, quæ *solarium* dicitur in jure nostro. Et huic quoque superficiario dominus cavet de vitio soli: & retro superficiarius domino cavet de vitio ædificii, sive superficii: quia, ut eleganter Paulus declarat in hoc §. ut idem consimili pene ratione utitur in specie *legis si servi, usufruct. quemadmodum caveat, lib.40.* quia, inquam, etsi eo nomine superficiarius, & dominus invicem habeant actiones ex conducto, & locato, plenior tamen est cautio damni infecti, quia in eam venit quodcunque vitium soli, vel operis. In actione autem ex locato, & conducto venit tantum id, quod culpa eorum contingerit, non quodcunque vitium. Quia igitur plenior est cautio damni infecti, etiamsi aliæ suppetant actiones, quæ non adeo pingues, & plenæ sint, & superficiario dominus cavere debet de vitio soli: & vice mutata superficiarius domino de vitio operis, sive ædificii, quod solo imposuit.

AD *§. Si is, qui.* Ut recto ordine persequar cætera, quæ sunt in *d. l. 18. de damno infecto*, in *§. si is, qui unas*, ex Juliano, & Pomponio ostenditur, eum, qui vicinas ædes habebat, si earum nomine stipulatus fuerit de damno non facto, quod ex proximis ædibus L. Titii futurum verebatur, & postea alias ædes comparaverit, non ædes L. Titii, sed alias ædes vicinas, stipulationem, quam interposuit de damno futuro, non porrigi ad ædes postea comparatas, quia de his non est actum inter stipulatorem, & promissorem, sicut si ædium communium nomine duo socii de damno infecto stipulati fuerint, pro ea scilicet quisque parte, qua ædium dominus est, & eorum aliquis postea alteram partem redemerit, vel etiam si altera pars eorum alicui postea adjudicata fuerit judicio communi dividundo, stipulatio ad eam tantum partem pertinet, pro qua quisque dominus ædium fuit tempore interpositæ stipulationis, non etiam ad partem postea quæsitam: nec enim videtur quisquam sibi prospicere cautione ejus rei nomine, quæ neque in bonis, neque periculo ejus est, quia nec postea quæsita res, retro ejus fuisse intelligitur. Aliter quam (hæc est una exceptio) si postea pars socii ei accesserit jure accrescendi, quia hæc pars & retro ejus fuisse intelligitur, *l. quia retro, ad l. Aquil.* Quod & hoc ipso libro probavi in *l.57. ut legat. nomine cav.* Eo quod ibi proponitur de cautione legatorum, protracta etiam ad cautionem damni infecti. Aliter etiam (hæc est secunda exceptio) si ædes, quarum nomine stipulatio damni infecti interposita est, exustæ, & aliæ deinde eodem loco restitutæ fuerint: Nam prior illa stipulatio pertinet etiam ad ædes restitutas, quia nec videntur aliæ ædes esse, quæ restitutæ sunt, cum area, sive solum, quæ pars ædium maxima est, permanserit semper eadem; cujus etiam jus nova superficies sequitur, *l. qui res, §. ult. de solut. l. domo, de pignerat. act. l. Paulus, §. penul. de pignor.* Aliud tamen Fulgosio judicium est, sed perquam infirmum. Item, ut subjicit Paulus hoc loco (quæ est tertia exceptio) si quis cum ædium suarum nomine stipulatus esset damni infecti, qui & earum rerum nomine stipulatus esse intelligitur, quæ sunt in ædibus postea post stipulationem interpositam, in eas edes res quasdam mobiles intulerit, quæ tempore interpositæ stipulationis ibi non erant, eas quoque res, quæ postea illatæ sunt, stipulatio continet, quia ædium appellatione etiam ea continentur, quæ quandoque in eas invecta, vel illata fuerint. Itaque, si quæ postea illata sunt, ex ruina vicinarum ædium perempta fuerint, corrupta fuerint, quanti ea res est, stipulatio committitur. Et ita tabernæ negotiatoriæ appellatione continentur etiam merces quandoque in eam illatæ, adeo ut taberna pignori obligata, merces etiam postea à debitore, priusquam vita decederet, in eam illatæ pignori esse credantur, *l. pen. de pignor.* Et nihil est præterea, quod pertineat ad hunc §. Sequitur *§. emptor.*

AD *§. emptor.* Hunc §. glossa prima nullo modo intellexit, cæteræ omnes intellexerunt. Itaque nec primam arbitror esse Accursii. Sciendum est, emptionem venditionem contrahi, & perfici nudo consensu, nuda voluntate, statim atque convenit de re certa, certoque pretio, etiamsi res nondum tradita sit, aut pretium numeratum, & hoc præcipue distare emptionem venditionem à permutatione, *l.1. de contrah. empt.* emptionem, inquam, quæ pure contrahitur, perfici nudo consensu, impleri autem traditione & numeratione, ut nuptiæ perficiuntur nuda voluntate, implentur concubitu, id est, [illegible]. Sed hoc ipsum, quod

dici-

Digitized by Google

dicimus implere emptionem venditionem etiam perficere est, ut in *l. contractus*, *C. de fid. instrum.* Et quidem multo magis, qoia negotii adimpletio, id est, executio obligationis empti venditi, summa cootractus perfectio, & absolutio est. Nudus consensus parit obligationem. Hæc est prima, quæ contractui additur perfectio. Traditio autem exequitur obligationem, quia rei venditæ domioium, aut usucapionis occasionem præbet emptori: hæc est suprema perfectio, & contractus consummatio. Post contractam autem nudo consensu emptionem venditionem, statim, ut recte ait *l.* 11. *§. Arist. quod vi, aut clam,* periculum rei venditæ spectat ad emptorem, non expectata traditione, quod, ut quædam *lex* ait in *C. Th.* toto jure cautum est & verissimum, sub hoc modo tamen, quod notandum, si aote traditionem custodiam, & diligentiam venditor in servanda re vendita talem præstiterit, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet, *si le vendeur à fait son devoir*, ante traditionem, *l. eum, qui de furt. l. quod sæpe, §. si res, de act. emp.* Nam si in servanda re vendita, interim, ante traditionem scilicet, venditor desidiosus fuerit, periculum sive damnum quodcuoque contigerit, ad ipsum pertioet, non ad emptorem. Pars autem custodiæ, & diligentiæ est, si verbi gratia, ædibus venditis vicinæ ædes ruinosæ immineant, interim ante traditionem damni infecti stipulationem interponit. Et ideo si id venditor oeglexerit, & hanc stipulationem non interposuerit, culpæ nomine emptori tenetur actione ex empto, *l. venditor*, *de act. emp.* Quid ergo? an solius venditoris est, ante traditionem stipulari de damno infecto, an non etiam emptor ante traditionem eadem sibi cautione prospicere potest? Sic videtur. Verum, ut initio hujus §. ostenditur, ea cautio, quam emptor interposuerit ante traditionem, ad id duntaxat damnum emptori utilis est, quod post traditionem, id est, post adquisitum rei emptæ dominium contigerit: Nam de damno, quod ante traditionem contigerit, satis emptori cautum est actione ex empto, quam habet adversus venditorem culpæ nomine, negligeotiæ nomine, si oegligens venditor fuerit in interponenda stipulatione damni infecti, stipulatio damni infecti prætoria est, nullaque stipulatio prætoria supervacuo interponitur. Hæc sunt certissima. At quærit hic Paulus, quid sit dicendum, *si venditor sine culpa stipulari non potuerit?* Quæ verba Pauli sic ordinanda suot, *si venditor sine culpa non stipulari potuerit* (est sæpe, maxime in Florentinis obscurus ordo verborum) *quid igitur fiet*, inquit, *si venditor sine culpa stipulari non potuerit, quid si sine culpa stipulationem damni infecti omittere potuerit?* Hoc vult, si quo casu custodia rei venditæ ad venditorem non pertineat, ut puta, si ante traditionem venditor emptorem in veoditis ædibus precario morari permiserit, retenta adhuc penes se possessione ædium; denique emptori ipse peregre absuturus custodiam ædium tradiderit, commiserit. Qui casus proponitur in *l.* 38. *inf. hoc tit.* ubi quod ait, *absuturus*, recte glossa de venditore accipit, & Basilica quoque, io quibus ita est, *ἀποδημαγανομένου τῶ πράτε*, *absuturo venditore.* Et ita hoc casu, quum sine culpa posset venditor omittere stipulationem damni infecti, cessante venditore, si ideo emptor stipulatus fuerit damni infecti, hoc nempe casu, si dicamus, hanc stipulationem, quæ ab emptore interponitur, id duntaxat damnum continere, quod post traditionem contigit, ut initio diximus, eveniet, ut damno forte contingente ante traditionem, id damnum patiatur emptor: si quidem verum est de eo damno nihil emptori cautum esse. Illu ergo admisso, quod dictum est initio: *nonne*, inquit, *damnum patitur emptor?* quod scilicet Paulus existimat esse iniquum, si videlicet dicamus, hoc casu etiam per stipulationem, quam interposuit emptor simpliciter, ut fieri solet, non esse ei cautum etiam de damno, quod contigit ante traditionem. An vero, ut subjicit, quod effectu idem est, hoc damnum io aliena re accidit, id est, in re vendita, cujus adhuc ante traditionem venditor dominus est, non emptor, revolvitur autem, & redundat in emptorem, propterea quod ex empto cum venditore, à quo in proposito casu omnis culpa abest, agere eo nomine non potest, quod non interposuerit stipulationem damni in-

A fecti: *nomine igitur damnum patitur emptor?* Quod iniquum esse videtur, si dicamus, ei non esse cautum per stipulationem, quam simpliciter interposuit. In utruque casu sive post, sive ante traditionem, damnum contingat, an non à venditore revolvitur statim omne damnum ad emptorem: propterea quod regressum non habet adversus venditorem? quod proculdubio, etiamsi Paulus oon exprimat, iniquum esse censuit. Et ideo ne in damno moretur emptor, dicemus hoc casu stipulationem simpliciter ab emptore interpositam, etiam ei proficere, etiam in id damnum, quod ante traditionem accidit, & evenit. Et ita Paulus sensit proculdubio. Cæterum hoc casu excepto, ut subjicit Paulus, nihil in hac causa proficit stipulatio emptori, nisi in id damnum, quod post traditionem acciderit. *In hac causa* dicit, id est, in themate generali, in propositione
B generali proposita initio, qua regulariter venditor ante traditionem vacuæ possessionis custodiam, & diligentiam præstare debet. Quod & sequentia Pauli verba pervincunt: *Quia dum venditoris custodia est, is stipulari debet, omnemque diligentiam emptori præstare.* Ideo, inquit, nihil in hac causa proficit emptori stipulatio, quam interposuit, quia dum venditoris custodia est, is stipulari debet, non emptor, omnemque diligentiam emptori præstare, ut *l. venditor*, *de act. empt.* Et quod emptor actione ex empto consequi à venditore potest, quod fuerit negligens in exigenda cautione damni infecti, & generaliter quodcunque alia actione quæri potest, quam actione damni infecti, ut in ipsa eadem *l. §. ei, cujus*, & in *l.* 13. *§. de illo, hoc tit.* Quodcunque, inquam, alia actione quæri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur. Unde hac in
C re posset videri differentia esse aliqua inter emptorem, & venditorem: quasi scilicet emptoris stipulatio, dum venditori custodia rei incumbit ante traditionem, id tantum damnum contineat, quod post traditionem contingit, non quod contingit ante traditionem: venditoris autem stipulatio utrumque contineat, quod ante, quodve post traditionem contingit. Quod tamen, ut Paulus docet, Aristo iniquissimum esse ajebat, puta si & emptori, & venditori dominus vitiosarum ædium promisisset damni infecti, & damnum contigisset post traditionem, nempe iniquissimum esse ajebat, ut ejusdem damni nomine promissor duobus in solidum obligaretur, emptori, & venditori, & quidem cum effectu, ita ut à duobus in solidum exigeretur, quod nec in duobus reis credendi, vel stipulandi jus patitur. Neque enim utrisque ejusdem pecuniæ exactio competit, sed
D exactio unius debitorem liberat ab utroque, *l. 2. de duob. reis, l. si reum, §. ult. de novat.* quod hic glossa non advertit. Nemo jure exigere idem à duobus potest separatim, *l. pen. §. ult. naut. caup. stab.* Et ita quoque nemo duobus separatim idem solvere compellitur. Et ratio Aristonis mascula est. Concludit autem Paulus hic, stipulatione damni infecti ab utroque interposita: emptore scilicet, & venditore, ex stipulatu emptorem utiliter experiri de eo tantum damno, quod post traditionem datum factumve erit, venditorem vero ex stipulatu utiliter, sive efficaciter de eo tantum damno experiri, quod ante traditionem, non etiam de eo, quod post traditionem contingerit: optima ratione, quia hæc stipulatio damni infecti in id quod interest, id est, quanti ea res est, concluditur, & post traditionem nihil venditoris interest in ea re damnum non fieri, quæ sua esse desiit. Et
E hoc est, quod ait Paulus in fine hujus §. *nisi forte id contra se habeat*, nisi illa forte differentia inter emptorem, & venditorem aliter se habeat: *Quia*, inquit, *in hoc fit hæc stipulatio, in hoc concipitur, quanti ea res est*, id est, quanti stipulatoris interest: ut post traditionem merito possit videri, nihil venditoris interesse, quia ædium damno adfectarum desiit esse dominus. Itaque sola emptoris stipulatio adversus promissorem efficax est: venditoris, inefficax: hoc articulo *nisi*, ut recte sentit glossa, Paulus corrigit se, auctoresve superioris differentiæ, ut in *l. solent, de præsc. verb. l. si mihi pure, de legat.* 2. & ait modeste, *nisi id forte*, ut & Aristoteli sapientiæ magistro, & omnibus jurisprudentibus scribere amicum, & familiare est: ergo forte, *ἀληθινόν ἐστι, οὐκ ἀποφαντικὸν forte adfirmantis* est. Sed

ne

ne quid omittamus, si venditor solus damni infecti stipulatus sit, non emptor, dico etiamsi nihil venditoris interfit post traditionem, vel in hoc saltem, utilem stipulationem esse, ut actionem, quæ ex ea competit, cedat emptori, ut & quamcunque aliam actionem quæsitam ante traditionem venditor emptori cedere debet. Et actionem igitur damni infecti, ut & de ea nominatim proditum est in *l. Julianus, §. si fructibus, de act. emp.* Ergo verbis quoque stipulationis damni infecti, quiruuque sive rei, sive juris successor continetur, ut constat ex *l. 24. §. addicitur, hoc tit.* Res omnis jam explicata est. Sed ex illa differentia inter emptorem, & venditorem, quæ aliquatenus vera est, ut docui, maxime, si solus venditor stipulatus sit, illud liquet, quam sit falsum quod vulgo Doctores generaliter statuunt, *relativorum eandem esse rationem*, puta eandem rationem esse emptoris, & venditoris, quo solo commento freti, beneficium, quod soli venditori jura dederint quodammodo rescindendæ venditionis, si ne dimidia para justi pretii soluta sit, illi audent dare etiam emptori. Possim eadem ratione statuere exemplo emptoris, qui nummos cogitur facere venditoris, & venditorem cogi rem facere emptoris. Quod tamen est falsum, *l. 1. de rer. permut.* Possim quoque eodem modo, exemplo venditoris, à quo exceptio rei judicatæ transit ad emptorem, statuere, & ab emptore exceptionem rei judicatæ transire ad venditorem, quod etiam falsum est, *l. 9. §. ult. de except. rei judic.* Correlativorum igitur non semper est eadem ratio, imo sæpe longe dispar, distans, & diversa.

AD *§. Sabini.* In stipulatione damni infecti arbitrio prætoris dies certus præstitui solet, intra quem, si damnum acciderit ex ruina, aut vitio vicinarum ædium, stipulatio committatur, *l. 4. in princ. l. 13. §. ult. l. 15. in princ. hoc t.* Et vero committitur hæc stipulatio, non tantum, si ex ruina ædium promissoris ædes stipulatoris, pariesve aliquis ædium stipulatoris corruerit intra diem stipulatione comprehensum, sed etiam, si intra eum diem forte dum promissor in suo ædificat, supra parietem stipulatoris, ædes promissoris deciderint, eumque parietem vitiaverint, ita ut rimis finderetur & satisceret, vel curvaturam ventremve faceret, ut ait *l. si quando, si serv. vindic.* licet post diem stipulationis corruerit paries, quia damnum jam tum datum videtur, quum paries vitiatus est. Itaque ex stipulatione damni infecti agi potest statim, atque paries vitium facere cœpit, etiamsi nondum deciderit: vitium facere di ... vicinus paries, si curvatur, sive ad ruinam aliquam pateat, *l. 15. §. si in plures, & l. 32. hoc tit.* Plures autem parietes, pluresve partes ædium convitium facere dicuntur, ut in illa inscriptione Veronensi, *convitium refecerunt, tectum, parietes allevarunt*. Agi autem potest statim atque vitiatus fuerit paries, etiam antequam dies stipulationis præterierit, *l. si procurator, in fine, rem ratam haberi*. Et etiam antequam deciderit paries, nec inutilis actio est, etiamsi post diem stipulatione comprehensum deciderit, quia intra eum diem fingitur decidisse, eo ipso momento scilicet, quo paries vitium contraxit. Sicut qui mortifere vulneratus est, si postea ex vulnere perierit, eo tempore intelligitur occisus, quo vulneratus est, *l. huic scripturæ, §. pen. ad leg. Aquil.* Qua de re, quantumvis licet facillima, & certissima, Doctores nostri hic multa, ut solent, in re facili sæpe multi, in difficili, muti. Et id quidem omne ex Sabino in hoc §. proponitur. Ac præterea ex eodem Sabino, si ruentibus vicinis ædibus, si ruina collapsis, paries stipulatoris ita concussus fuerit, ut vitium illud refici nulla ratione possit, & omnino necesse sit parietem demoliri, statim perinde atque si paries decidisset, agi ex stipulatu posse, nec minoris litem æstimari, quam si decidisset. Recte *si refici nulla ratione possit*. Nam si refici possit, lis minoris æstimabitur, ut recte Fulgosius notat hoc loco. Legendum autem est *si refici*, non ut in Florentinis (*recipi*) Seqoitur *in §. seq.*

AD *§. Si vicinas, & seqq.* Nonnunquam de damno infecto inter vicinos mutuam stipulationem interponi oportere, quia si vicinas ædes habitemus, & invicem desideremus, suarum quisque nomine caveri damni infecti, quod & tua meis, & ego à tuis damnum pertimescam, aut interponenda mutua cautio est, aut ex ordine hujus edicti ego in tuarum ædium possessionem mittar jussu prætoris, & tu vicissim in mearum. At si adhuc pergatur non caveri, ego tuarum ædium possessor efficiar, & tu quoque mearum. Et ita etiam mutua stipulatio interponitur in specie *leg. 39. & l. 43. §. cum parietem, hoc tit.* ubi sine controversia ita legendum, *damni infecti vicino repromisit, ab eoque re stipulatus est*. Quibus verbis significatur mutua stipulatio, sive constipulatio. Quæ sequuntur in hac *l.* in *§. si pupillus, & in §. si mand. & §. pen.* omnia sunt de actione in factum pœnali, quæ ex hoc edicto in eum, qui missum à prætore in possessionem vice non præstitæ cautionis damni infecti prohibuit ne ingrederetur: quæ, inquam, in eum datur in id, quod damno dato præstare ei oporteret, si ea de re cautum fuisset, quasi ex tacita cautione, *l. 7. l. 15. §. ult. hoc tit. l. ult. ne vis fiat ei, qui in poss.* Qua actione in *§. si pupillus*, ait, etiam pupillum teneri, qui missum in possessionem non admisit, sed prohibuit. Ad quem locum recte in Basilic. additur hic [illegible], hæc determinatio, [illegible], *si pupillus doli capax est*, ut puta si proximus pubertati est, & ob id intelligat se delinquere. Nam hæc actio in factum ex delicto venit, id est, ex contemptu prætoriæ majestatis. Unde & servo ejus, cujus sunt ædes, prohibente, plerique putant noxalem actionem ejus nomine competere, *l. 17. in princ. sup.* Procuratore autem prohibente iri in possessionem damni infecti nomine: ait in *§. si mandato*, si id faciat procurator mandatu domini, in dominum, id est, etiam in dominum hanc actionem dari. Qui enim mandavit, in æquo est, quique mandatum exsecutus est. Sed si procurator id non fecerit mandatu domini, proculdubio in ipsum procuratorem tantum, non in dominum hæc actio datur. Sicut in actorem reipubl. sive syndicum, aut administratorem rerum civitatis, non in rempubl. in tutorem, non in pupillum, si tutor prohibuerit: non pupillus, *d. l. 17.* His additur in *§. pen.* quod etiam est edicto expressum nominatim, quod est in *l. 7.* hanc actionem dari non tantum in eum, qui actorem ex primo decreto in possessione esse, sed etiam in eum, qui actorem ex secundo decreto possidere prædium, quod damnosum imminet, passus non fuerit. Verum si is, qui jussu prætoris jam cœpit possidere, & possidendo usucapere, nec dum tamen impleverit usucapionem, aut admissus non fuerit: ut si cum domum, quam jussu prætoris possidere cœperat, rediret, primo aditu vestibuloque prohibitus fuerit, aut si, cum ibi esset, ejectus fuerit, nihil refert ejiciatur quis, an dum redit prohibeatur introire: Hoc nomine etiam utile interdictum unde vi habere potest, *l. 1. §. interdictum, de vi & vi arm.* & in Oratione pro Cæcinna: *Habere etiam potest utilem actionem in rem*, id est, Publicianam, quasi bonæ fidei possessor, qui nondum impleverit usucapionem, quia juste possidet, qui auctore prætore possidet, & Publiciana datur cuicunque justo possessori, *l. & generaliter, de noxal. act.* Et præter has actiones eo nomine habet etiam actionem in factum ex hoc edicto. Sed si hanc elegerit, & egerit, atque in judicium deduxerit & quanti ea res est, id est, quanti sua interest consecutus fuerit, illis actionibus experiri non potest, quia ut eleganter Paulus ait, *prætor id agit, ut damnum patiatur actor, non ut in lucro versetur.* Præda est idem iterum consequi ab eodem, vel ab alio, *l. si minoris, de adm. tut.* vel ut ait *lex si quis dolo, in fin. de re jud.* improbus est, qui vult iterum consequi quod accepit. Cæterum licet damni infecti stipulatio, quæ & actio dicitur damni infecti, *l. 3. §. si vicinus, l. supra iter, §. officium, tit. seq. l. Julianus, §. si fructibus, de act. emp.* Quinimo omnia stipulatio prætoria dicitur instar actionis obtinere, *l. actionis, de oblig. & act. l. non solum, de proc. l. non solum, rem rat. hab. & l. si ambo, §. pen. de compensat.* quia scilicet, ut ex hoc titulo multis in locis apparet, stipulatio prætoria petitur, datur, competit ut actio, formula ejus etiam quasi actionis à prætore concepta. Verum licet, ut cœpi dicere, damni infe-

infecti stipulatio; vel actio non concurrat cum alia actio- A ne, quia non supervacuo unquam dantur prætoriæ stipulationes, *§. ei, cuius, & §. emptor*, in hac *l. 13. §. de illo, supr. l. 32. inf.* hæc tamen actio in factum, de qua agimus cum alia actione concurrere potest, veluti cum Publiciana, & cum interdicto unde vi, sed una actione, quam elegerit, & prætulerit, contentus actor esse debet. Et iis non est dubitandum, quin adjunxerit Paulus etiam, quod de hac actione in factum jam habuimus supra in *l. 16.* Sequitur *§. ult.*

AD *§. ult.* In §. ult. ostenditur: ex stipulatione damni infecti à procuratore interposita forte absente domino, à procuratore scilicet, vel voluntario, vel mandatario, domino dari actionem causa cognita, ut ait, *l. causa cognita*, id est, actionem utilem, non directam, non legitimam actionem: decretalem, non edictalem, ut *l. 15. §. eleganter*, B *sup. prætor*, inquit, *si putat, quod utiliter actionem daturus sit, decernat*. Et sic in edicto de injuriis prætor pollicetur, se filiofamilias injuriam passo, causa cognita daturum judicium injuriarum, *l. sed si unius, §. ait prætor, de injur.* id est, actionem utilem, actionem decretalem. Actio edictalis, vel directa datur de plano, sine causæ cognitione: decretalis autem, vel utilis actio datur pro tribunali causa cognita. Directa autem actio in proposito casu ex stipulatione procuratoris domino non competit: quia jure civili, quæ definitio est certissima, per liberam personam actio nobis adquiri non potest: utilis tamen decernitur causa cognita. Quod & hic Paulus subjecerat servari in omnibus prætoriis stipulationibus, ut patet ex *l. 5. de prætor. stipulat.* quæ est ex hoc libro, quod confirmat etiam *lex 27. § ult. & l. 28. de procur. & l. Jul. §. si procurator, de act. emp.* Et addit Paulus in *d. l. 5.* C

Ad L. V. de Prætor. stipulat. *In omnibus prætoris stipulationibus hoc servandum est, ut si procurator meus stipuletur mihi, causa cognita ex ea stipulatione actio competat. Idem est & cum institor in ea causa esse cœpit, ut interposita persona ejus dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis ejus venditis. Succurrere enim domino prætor debet.*

PAri humanitate domino subveniri data utili actione ex contractu liberi hominis, puta institoris mercibus vendendis præpositi, si eas vendiderit, ac si dominus rem aliter servare non posset, ut *l. 2. de institor. act.* Si dominus rem amissurus sit, forte propter inopiam institoris, quomodo & in *§. ult. l. prox.* & in *l. 5.* hæc verba, *Causa cognita domino actionem dari ex stipulatione damni infecti à procuratore interposita*; accipienda sunt, ut scilicet in causæ co- D gnitione versetur, an rem servare possit à procuratore, ac tum non discedatur à regula juris, nec domino detur actio ex contractu procuratoris. Sed si rem à procuratore, vel vicino aliter servare non possit, tum ut domino succurratur data utili actione. Igitur in stipulatione damni infecti à procuratore interposita, quæ semper concluditur, quanti ea res est, ut didicimus ex *l. 18. §. emptor, in fine*: hæc verba, *quanti ea res est*, referuntur ad utilitatem domini, id est, quanti domini interest, non quanti procuratoris, ut *l. pen. si quis caut.* Ad hanc quoque stipul. damni infecti etiam pertinet, quod est ex hoc libro relatum in *l. 66. de regul. juris*. Et ad id, quod docuimus in *l. 10. de dam. infect.*

Ad L. CLXVI. de Reg. jur. *Qui rem alienam defendit, nunquam locuples habetur.*

EX hoc edicto damni infecti causa dominum suo nomine repromittere sine satisdatione, sine fidejussoribus: Procuratorem autem alieno nomine satisdare, quia procurator ædes alienas defendit, *l. 9. de damno infecto*, & qui rem alienam defendit, ut ait hæc lex, nunquam locuples, & idoneus habetur sine satisdatione. At suæ rei quisque semper defensor idoneus esse intelligitur etiam sine satisdatione. Quod & innumeris locis proditum est, *l. 26. de minor. 25. annis, l. qui proprio, §. qui alium, de procurat. & l. 58. §. ult. de castr. pec. l. 17. de accus.*

Ad L. LXXII. de Leg. I. *Si quis legaverit fundum Cornelianum, exceptis vineis, quæ mortis ejus tempore erunt: si nullæ vineæ erunt, legato nihil decedit.*

PRæter cautionem damni infecti, egit etiam Paulus libro 48. de cautione, sive stipulatione legatorum, & fideicommissorum, ut constat ex *leg. penultim. ut legat. nomine cave.* quæ jam à me exposita fuit. Et ad cautionem quoque legatorum referendum est quod ex hoc libro relatum est in *l. 72. de leg. 1.* Legatum est inutile si id legetur, quod in rerum natura non est, nec speratur esse, *l. si servus legatus, §. quicunque, de legat. 1.* Inutilis etiam exceptio, utpote, quæ legatum non minuat, si id excipiatur ex legato, quod legato non insit tempore mortis testatoris: ut, quæ est species legis 72. Si quis fundum Cornelianum legavit exceptis vineis, quæ mortis ejus tempore erunt: nam si nullæ erunt mortis tempore, licet fuerint testamenti tempore, inutilis exceptio est, quæ legato nihil derogat. denique propter eam exceptionem legato fundi nihil decedit. Itaque & de legato fundi totius sine ulla exceptione, aut deductione cavendum est. Egit etiam hoc libro Paulus de stipulatione, quæ interponitur ex causa novi operis nuntiationis. Per hanc stipulationem ei, qui vicino ædificanti nuntiavit novum opus, dicenti, jus sibi esse prohibere vicinum, vel ædes altius tollere, vel quodcunque aliud novum opus facere, vicinus, si ædificare velit, promittit de opere, quod fecerit restituendo, sive demoliendo arbitratu boni viri, si secundum actorem, eumque stipulatorem res judicata erit, id est, si judicatum erit nuntiationem justam, & justam prohibitionem esse, nuntiatorem jus prohibendi habuisse: hac cautione præstita molitio operis vicini non impeditur, *l. stipulatio, §. 1. de novi operis nuntiat.* Hæc cautio eandem vim habet, quam remissio nuntiationis à prætore facta: relaxatio nuntiationis à prætore facta. Et ad hoc genus cautionis ex hoc libro respicit *l. 4. & 8. de novi op. nuntiat.* Et l. 4. primum docet.

Ad L. IV. de nov. op. nunt. *Nam reipublicæ interest, quamplurimos ad defendendam suam causam admittere.*

SIquid novi operis fiat in loco publico contra leges, omnes cives per nuntiationem novi operis opus inhibere posse, nisi reipublicæ caveatur de opere restituendo. D Omnes cives, inquit, in *l. 3. §. ultim.* opus novum nuntiare possunt: omnes, id est, singuli, *ut in l. penultima, si fam. furt. fec. dic. & l. 9. de noxal. act.* omnium servorum nomine, quod singulorum servorum nomine, in *l. 1. §. 1. si fam. furt. fec. dic.* Et similiter omnibus annis, id est, singulis annis, *l. 22. de usufr. leg. l. si quis mihi mandaverit, mandati.* Et apud M. Tull. 2. de legibus, *fortunam hujusce diei*, quæ & sic appellatur à Plinio 34. & à Publio Victore in regione Palatii ponitur, & à Plutarcho in Mario τύχη ἐκείνης ἡμέρας, *fortunam hujusce diei, valere in omnes dies*, id est, in singulos dies: quod in præsidis cujusdam formularii mentem venire non potuit. Ideo autem dicit, singulos cives amoliendi operis, quod fit in publico, nuntiandi novi operis facultatem habere: quia, ut ait l. 4. eleganter, & potest aptari ad similes casus, causasque plures, *reipublicæ interest* E *quamplurimos ad defendendam suam causam admittere*. Sequitur l. 8.

Ad L. VIII. eod. *Non solum proximo vicino, sed etiam superiori opus facienti nuntiare opus novum potero. Nam servitutes quædam intervenientibus mediis locis, vel publicis, vel privatis, esse possunt.*

Ad §. Qui opus novum nuntiat, *si quid operis jam factum erit, in testationem referre debet, ut appareat quid postea factum sit.*

Ad §. Si cum *possem te jure probibere, nuntiavero tibi opus novum: non alias ædificandi jus habebis, quam si satisdederis.*

Ad §. Quod si *nuntiavero tibi, ne quid contra leges in loco publico facias: promittere debebis: quoniam de eo opere,*

ali-

Digitized by Google

alieno jure contendo, non meo: & tanquam alieni juris petitor, repromissione contentus esse debeo.

Ad §. Sciendum fit, *facta operis novi nuntiatione: cui nuntiatum est, abstinere oportere, donec caveat, vel donec remissio nuntiationis fiat: tunc enim, si jus ædificandi habet, recte ædificabit.*

Ad §. Sed ut probari possit *quid postea ædificatum sit, modulos sumere debet is, qui nuntiat: qui ut sumantur, conferantur, Prætor decernere solet.*

Ad §. Morte ejus, *qui nuntiavit, exstinguitur nuntiatio, sicut alienatione: quia his modis finitur jus prohibendi.*

Ad §. Quod si is, *cui opus novum nuntiatum erat, decesserit, vel ædes alienaverit, non exstinguitur operis novi nuntiatio. Idque ex eo apparet, quod in stipulatione, quæ ex hac causa interponitur, etiam heredis mentio fit.*

AC primo in l. 8. ostenditur, non tantum proximo vicino ædificanti, sed etiam superiori, Basil. *ποῤῥωτέρῳ* ulteriori, *l. 17. §. licet, de aqu. & aqu. pluv. arc. & l. 1. §. quod ait, de cloacis*, superiori, vel ulteriori vicino ædificanti novum opus nuntiari posse, quia superiores ædes nostris servire possunt, nostris debere possunt servitutem altius non tollendi, licet intermediæ ædes, sive publicæ, sive privatæ nostris etiam non serviant. Quod ostenditur in *l. 4. §. ult. & l. 5. si servit. vindic. & l. si quis duas, in princip. l. in tradendis, §. interpositis, communia præd.*

AD §. *Qui opus novum*. Sequitur in §. 1. eum, qui vicino ædificanti novum opus nuntiat, in testationem redigere debere, si quid operis jam factum erit, ut scilicet appareat, utque probari possit ex testatione, quid post nuntiationem factum sit, ante remissionem, aut satisdationem ex novi operis nuntiatione. Idque quod postea factum erit contra nuntiationem destruatur per interdictum restitutorium de novi operis nuntiatione, vel per interdictum, quod vi, aut clam: in testationem redigitur nuntiatio ipsa primum, deinde quod operis jam factum est, ac si prætor ipse sit, qui ædificet, qui faciat novum opus invito vicino, cui vicinus novum opus nuntiare cupiat, nec jure possit, tamen sicut nec potest, quandiu magistratum gerit, sicut nec eum in jus vocare, tum in testationem interim redigit, testibus adhibitis, consignatisque tabellis, se non posse nuntiare, ut si nuntiaverit postea, & quod retro ædificatum erit destruatur, quasi repetito die nuntiatione facta, quasi retroacta nuntiatione, ut ait *l. 5. §. si quis ipsi, hoc tit.* Et prætor etiam ipse, si nuntiator in testationem nuntiationem suam modumque operis jam facti non redigat, nonnunquam, ut ostenditur in §. *pen. hujus legis*, decernit cessante nuntiatore, nonnumquam prætor decernit modulos operis jam facti sumi oportere, & conferri cum opere postea facto. Modulos vocat dimensionem, sive mensuram, quæ sumitur, ut Vitruvius docet 1. *capit.* 1. vel ex crassitudinibus ulnarum, vel triglifo instrumento quodam, vel balistæ foramine, quod ut ait, *περίτρητον* vocatur. Recte autem his additur in *l. pen. §. pen. quod vi, aut clam*, non tantum soli, sed & cœli mensuram esse faciendam: quod quædam in solo opera fiant, quædam in cœlo alieno, ut in solum alienum invito domino nihil possis, ita nec in cœlum alienum. Porro testatio hæc, de qua hic agitur, plenam fidem facit, ut & in aliis plerisque causis, *l. Lucius, de his, qui not. inf. l. si filiusfamilias, ad Maced. l. ult. pro derel. l. ult. de custod. reor. l. 27. in princip. de rei vindicat. l. non idcirco, C. de cont. emp.* Et concipi solebant hæ testationes à jurisperitis, & inde major earum fides, Quod & Quintil. docet 12. cap. 3. & Ovid. de Ponto. illo loco: *Confiteor testere licet, signate Quirites. Nil opus est legum viribus, ipse loquor.* Et ita vero in *l. 1. §. recte, usufr. quemad. caveat*, suadetur, ut fructuarius, quum uti frui incipit, in testationem redigat, qualis res sit, ut inde possit apparere, an & quatenus eam rem pejorem fructuarius fecerit. Quod & in usu in plerisque causis frequentissimum est.

AD §. *Si cum possem*. Post hæc in §. *si cum possem te iure*, ostenditur, quo casu stipulatio de novi operis nuntia-

A tione satisdationem exigat, & quo nuda repromissione contenta sit: quo scilicet casu, de opere restituendo, vicinum, cui nuntiatum est novum opus, aut satisdare, aut repromittere oporteat. Quod etiam ostenditur in *l. 1. §. stipulationem, de præt. stip.* Ac primum quidem, quæ distinctio servatur etiam in cautione damni infecti ex edicto prætoris, *l. 7. in princ. & seq.* qui suo nomine cavent ex novi operis nuntiatione, sicut qui cavent damni infecti suo nomine, & de re sua, ii repromittunt, qui alieno nomine, sive de re aliena, satisdant. Ac præterea, quæ tamen distinctio non servatur etiam in cautione damni infecti, de opere, quod in publico fit contra leges, repromitti oportet, quoniam de eo opere civis, qui desiderat sibi caveri, quive novum opus nuntiat, jure alieno, hoc est, communi, jure publico contendit, non suo proprio, & ut ait Paulus, *tanquam*
B *alieni juris petitor repromissione contentus esse debet*. De eo autem opere, quod fit in privato, satisdari oportet, quia de eo is, qui nuntiavit novum opus, suo jure contendit, *de eo meo jure contendo*, inquit. Et initio hujus §. *si cum possem te jure prohibere*, recte Glossa, *jure privato, jure meo, jure dominii, aut jure servitutis mihi competentis.* Alioquin non spectatur jure ne fiat nuntiatio, an injuria: Nam quoquo jure, quave injuria fiat nuntiatio, is, cui nuntiatum est novum opus, non potest id exsequi, antequam satisdederit de opere restituendo, vel nuntiationem prætor ei missam fecerit causa cognita. Neque vero antequam ita, uti oportet, cautionem de novi operis nuntiatione, id est, vel satisdationem, vel repromissionem præstiterit is, cui opus novum jure, vel injuria nuntiatum est, ut indicat *l. 1. h. t.* non ante jus ædificandi habet. Hinc vero quæritur, cur ex causa damni infe-
C cti, si in publico opus fiat, satisdetur ei, qui desiderat sibi caveri damni infecti: Sin autem in privato opus fiat, satis sit ei repromitti? hoc est certissimum: cur longe aliud servatur in nuntiatione novi operis, nempe ut si fiat in publico novum opus, satis sit, eum, qui denuntiatus, & prohibitus est repromittere, si in privato necesse habeat satisdare? Quærenda est ratio differentiæ, quam tradam crastina die. Repetam primum differentiam inter cautionem damni infecti, & cautionem ex novi operis nuntiatione, quam attuli ad §. *si cum possem*: deinde, an & quatenus ea differentia vera sit, quæve ejus ratio sit, inquiram. Qui opus facit in loco privato suo jure nuntiatori novi operis, si opus inchoatum exsequi velit, de opere, quod fecerit restituendo, id est, destruendo, si secundum stipulatorem judicatum erit, satisdare debet, ut ostenditur in hoc §. Qui vero opus facit in loco
D publico, satis habet repromittere, ut in hoc *§. & l. 1. §. stipul. de præt. stip.* Contra, qui in privato opus facit, vicino, qui desiderabat sibi caveri de damno infecto suo nomine, satis habet si repromittat: qui vero opus facit in flumine publico, ripave ejus, vel in via publica, vel in alio loco publico, eadem de re satisdare debet, *d. l. 1. §. item ex causa, de præt. stip. l. 15. §. deinde ait præt. & seq.* Et hujus varietatis ratio pendet magis ex qualitate, & differentia personarum, actoris scilicet, & defensoris, & ex genere actionis, aut defensionis, differentiave rerum, quæ defenduntur, vel de quibus agitur, quam ex cautionum conditione, aut jure diverso: actor exigit cautionem, defensor præstat. Item qui agit jus sibi esse nuntiandi, & prohibendi, ne tu ædifices in suo contra libertatem prædii sui, vel ne ædifices in tuo contra servitutem sibi debitam, de jure suo, de re sua agit, & ideo merito
E satisdationem desiderat, ut jus suum collocet in tutum. Qui autem agit jus sibi esse prohibendi, ne quis ædificet in publico, de jure alieno agit: nam quod publicum est, alienum est, non suum. Et ideo repromissione contentus esse debet, *petitor*, inquit Paulus (quæ sententia perpetuo notanda) *alieni juris repromissione contentus esse debet, nec potest satisdationem desiderare*. At is, qui ædes suas defendit, & ne eis careat, vicino cavet de damno infecto, ut *l. 9. in princ. & seq.* rem suam defendit. Et ideo satis est, si repromittat, quia locuples esse videtur, qui ædes, quas defendit, habet, & possidet sibi. Locuples autem non satisdat, *l. pen. in princ. qui satisd. cog. l. 1. de custod. reor.* Qui autem locum publicum defendit, ut ne non possit inædificari, aut muniri, vicinis cavet damni infecti, rem alienam defendit, &

ideo

ideo satisdare debet, *l.30. tit. seq.* Nam etsi locupletissimus sit, non intelligitur esse locuples idoneus, vel assiduus, ut 12.tab.loquuntur, sine satisdatione, quia res, qua de agitur, ejus non est. Est quidem in bonis, in facultatibus amplis forte, sed non est in re, qua de agitur, *l.166.de reg.jur. l. minor, in fi. de procur.* Flumini publico adjunximus ripam ejus, quia & usus ejus publicus est, & jurisgentium, sicut ipsius fluminis, in qua munienda tamen dicitur in *l.unica, inf.de ripa mun.* vicinis de damno infecto caveri, id est, repromitti, vel satisdari. Sed additur, ut hoc breviter expediam, *secundum qualitatem personæ, Caveri*, inquit, *de damno infecto, vel satisdari secundum qualitatem personæ, §. sed & hodie, Inst. de satisd. & l. ult. C. de petit. hered.* Quod & de quolibet loco publico dici potest. Virum enim illustrem & summa dignitate præditum proculdubio repromittere satis erit, imo & eum, qui amplissimas facultates habet, *l.1. de cust.reor.l. quotiens, C.de dignit. lib.12.* Ex iis autem, quæ diximus liquido constat, initio propositam differentiam, non cautionem facere diversas species, sed varietatem rei, qua de agitur, personasve, quæ cavent, quibusve cavetur de re sua, vel aliena. Et ita hæc explicanda sunt omissa glossa. Præterea quod Paulus ait in hoc §.eum, qui novum opus in publico facit, repromittere de opere restituendo, ei obstat *l.20. §. hoc autem interdictum, h.t.* quæ docet ei, qui cœpit ædificare in loco publico, quique repromisit de opere restituendo, non ante permittendam esse consummationem operis, quam si appareat, quo jure ædificet. Sed respondendum est, ibi agi de interdicto prohibitorio ne vis fiat ædificanti, quod datur tantum ei, qui satisdedit, ut ex verbis edicti apparet, non etiam ei, qui repromisit, licet in publico ædificare velit, nisi prius de jure suo docuerit: repromissio sola sufficit ædificanti in publico, ut ædificare pergat, non ut agat illo interdicto.

AD *§. Sciendum.* Sequitur in hoc §.facta operis novi nuntiatione, eum, cui denuntiatum est, confestim cœpto opere abstinere debere donec caveat, id est, repromittat, vel satisdet secundum superiorem distinctionem. Si secundum stipulationem judicatum erit, de opere restituendo, vel donec remissio nuntiationis à prætore fiat, ut *l.1. de remiss.l.1. l.20.§.1.hoc tit.* tunc enim, ut ait, id est, post remissionem, vel post cautionem, quæ vice remissionis est, *si jus*, inquit, *ædificandi habet, recte ædificabit*. Integra enim actori manet actio legitima, jus non esse ædificandi, & defensoris quidem post satisdationem, vel remissionem molitio non impeditur, etiamsi revera jus immoliendi, vel inædificandi non habuerit: Verum recte non ædificabit. Quia, id quod ædificaverit, judicio superatus restituere compelletur. Is igitur recte tantum ædificat post satisdationem, aut post remissionem nuntiationis, qui jus ædificandi habet, & aliud est ædificare, aliud recte ædificare. Restat §.ult.

AD *§. ult.* Nuntiatio novi operis exemplum sequitur rei vindicationis. Vindicatio alienatione finitur. Desinit enim habere rei suæ dominium, & consequenter vindicationem, qui eam alienat. Ergo nuntiatio etiam alienatione prædii sui finitur: nuntiatio fit hoc obtentu, quasi jus prohibendi habeat is, qui nuntiat, *l.1.§. nuntiatio fit, h.t.* Finito ergo jure prohibendi, quod utique alienatione finitur, & per consequentiam nuntiatio extinguitur, & finitur, & novo rei successori opus est nuntiatione nova: sic morte domini finitur vindicatio, ergo & nunciatio novi operis, & novo domino, id est, heredi opus est nunciatione nova, alioquin vicinus impune ædificabit. Quod si quis eandem comparationem, idemve argumentum ita retorquere velit, vindicatio transit in heredem: ita est, ergo & nuntiatio novi operis. Respondebo, vindicationem transire in heredem, sed heredem vindicare oportere, agere oportere, & ita quoque nunciationem transire in heredem, sed necesse esse heredi denuo nuntiare, quia jus nuntiandi transit, non ipsa nuntiatio, quam fecit defunctus; nec similis est nuntiatio litis contestationi, si quis lite contestata moriatur, heredi ejus non est opus actione nova, si quis facta nunciatione moriatur, heredi ejus opus est nunciatione nova.

Nec obstat, quod dicitur in *l.20. hoc interdictum perpetuo, h.t.* heredi nuntiatoris competere interdictum de opere restituendo, quod contra edictum prætoris, contraque nuntiationem factum est. Nam hoc ita est accipiendum, ut heredi illud interdictum non competat, si denuntiatus opus fecerit post mortem nuntiatoris, atque adeo post finitam nuntiationem, ante novam nuntiationem heredis: sed ut heredi competat, si denuntiatus opus fecerit vivo nuntiatore, quia à defuncto interdictum cœpit, & ab eo transiit in heredem. Idem dici potest de stipulatione ex novi operis nuntiatione, ut ex ea heredi non competat actio, si post mortem nuntiatoris judicatum erit, jus denuntiato non esse ædificandi, sed si eo vivo, id est, si actio ex stipulatu cœperit à defuncto. Et hæc de morte nuntiatoris, & de alienatione à nuntiatore facta, utroque modo exstingui nuntiationem. Morte autem denuntiati, de qua nunc agendum est, denunciati, id est, ejus, cui novum opus est nuntiatum, vel alienatione, nuntiatio non finitur, quia nec personæ facta est, sed operi, vel rei. Itaque rem, & rei possessorem sequitur; rei cohæret, non personæ, *l.10.l.ult.hoc tit.* Quod adeo verum est, ut nuntiatio possit fieri cuilibet, vel intelligenti, vel non intelligenti, qui in eo loco sit, ubi opus sit, veluti furioso, vel infanti, aut fabro ædium, fabro operis, cui in eo loco nihil juris est, *l.10.& 11.* Novus igitur dominus, id est, vel heres, vel emptor, si sciens contra edictum, contraque nuntiationem opus fecerit, tenetur opus restituere, destruere tenetur, inquam, interdicto restitutorio. Quamvis interdictum illud nunquam venditorem, aut defunctum tenuerit, vel etiam si adversus successorem denuntiati judicatum sit, successor tenetur ex stipulatione de opere restituendo, cui se venditor, aut defunctus obstrinxit, quamvis eum tenuerit nunquam, id est, quamvis in ejus persona stipulatio fuerit commissa nunquam. Dixi, si sciens fecerit: nam ignorans successor si fecerit, non tenetur, nisi ut patientiam præstet tollendi operis, non etiam impensas, *l.3.§. opus*, qui est ita accipiendus de alienatione mutandi judicii causa. Rursus dixi, si successor fecerit: quia si non ipse fecerit, sed venditor, vel defunctus, successor similiter patientiam tantum præstare debet, non impensas, nisi jam lis fuerit contestata cum defuncto, *l. pen. hoc tit.l.19.§.tamdiu, quod vi, aut clam, l.6.§. ult. l.7. l.12. de aq. & aq.pluv. arc.* Hanc vero differentiam, quam exposui, quæ est in hoc §.ult.inter denuntiatum, & denuntiatorem, ex eo apparere Paulus docet, quod in formula stipulationis ex operis novi nuntiatione, mentio fit heredis ejus, cui nuntiatum est novum opus, non heredis ejus, qui nuntiavit. Verba ejus formulæ hæc sunt: *si ea res intra eum diem adversus te, heredemve tuum judicata erit, quod opus factum erit, id opus boni viri arbitratu restitui, aut quanti ea res erit, tantam pecuniam dari:* non dicit, *si secundum me, heredemve meum res judicata fuerit*, sed, *si adversus te, heredemve tuum*. Formula, jus formulæ differentiam facit inter heredem ejus, cui denuntiatur, & heredem ejus, qui nuntiat, hunc enim non nominat, illum nominat. Denique hoc vult demonstratque formula, nunciationem, quæ fit ab eo, qui intendit jus sibi esse prohibendi, esse personalem, id est, cohærere jus personæ, nec commeare ad heredem ejus, id est, morte exstingui, eam autem nuntiationem fieri, non in personam ejus, cui nuntiatur, sed in rem, & ideo heredem sequi, ad quem res transit, nec morte denuntiati finiri.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XLIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. de Aqua & aq. pluv. arc. *In summa tria sunt, per quæ inferior locus superiori servit, lex, natura loci, vetustas, quæ semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.*

Ad §. Apud Labeonem *proponitur fossa vetus esse agrorum sic-*

candorum causa, nec memoriam exstare, quod facta est: hanc inferior vicinus non purgabat. Sic fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo, aquæ pluviæ arcendæ cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere.

Ad §. Præterea *si in confinio fossa sit, neque purgari vicinus patiatur eam partem, quæ tibi accedat: posse te magis agere aquæ pluviæ arcendæ, Labeo ait.*

Ad §. Cassius autem *scribit: si quæ opera, aquæ mittendæ causa, publica auctoritate facta sint, in aquæ pluviæ arcendæ actionem non venire. In eadem q; causa esse ea, quorum memoriam vetustas excedit.*

Ad §. Apud Atejum *vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, sive exstet fossæ memoria, sive non exstet.*

Ad §. Item Varus ait: *Aggerem, qui in fundo vicini erat (†) vis aquæ dejecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait: si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquæ pluviæ arcendæ actione, ut eum reponat, vel reponi sinat. Idemque putat, & si manu factus fuit, neque memoria ejus exstaret. Quod si exstet, putat, aquæ pluviæ arcendæ actione eum teneri. Labeo autem, si manufactus sit agger, etiamsi memoria ejus non exstat, agi posse ut reponatur. Nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat, aut interpellet facientem, quod jure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquæ pluviæ arcendæ actio, attamen opinor utilem actionem, vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur.*

Ad §. Apud Namusam *relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit, & ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari: Hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manufactis, verum etiam in omnibus, quæ non secundum voluntatem sint. Labeo contra Namusam probat: Ait enim, naturam agri ipsam à se mutari posse, & ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, æquo animo unumquemque ferre debere, sive melior, sive deterior ejus conditio facta sit. Idcirco & si terræ motu, aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit: neminem cogi posse, ut sinat in pristinam loci conditionem redigi, sed nos etiam in hunc casum æquitatem admisimus.*

Ad §. Idem Labeo *ait, si in agro tuo aquarum concursus locum excavavit, aquæ pluviæ arcendæ actione agi non posse tecum à vicinis. Plane si fossa jure facta sit, aut cujus memoria non exstat: agi tecum posse aquæ pluviæ arcendæ ut reficias.*

Ad §. Idem Labeo ait, *cum quæritur, an memoria exstet facto opere, non diem, & consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum: hoc est si factum esse non ambigatur, nec utique necesse esse superesse, qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.*

Ad §. Idem Labeo ait: *si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, & hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur: agi cum eo aquæ pluviæ arcendæ non posse: aquam enim arcere, hoc esse, curare ne influat: quæ sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.*

Ad §. Illud etiam *verum puto, quod Ofilius scribit: si fundus tuus vicino serviat, propterea aquam recipiat, cessare aquæ pluviæ arcendæ actionem: Sic tamen, si non ultra modum noceat. Cui consequens est, quod Labeo putat, si quis vicino cesserit, jus ei esse aquam immittere: aquæ pluviæ arcendæ eum agere non posse.*

LIBER XLIX. est de actione aquæ pluviæ arcendæ. Itaque huic libro merito initium facit *l. 2. de aqu. & aqua plu. arc.* Hæc actio, sicut superior actio damni infecti, est etiam de damno futuro, non de præterito, *l. 11. §. offic. ad finem. l. 14. §. in hoc judicium, hoc tit.* Verum illa de damno est, quod metuo ne prædio meo contingat ex labe, & ruina vicini prædii: hæc vero, quæ in hoc tit. proponitur, est de damno

A quod metuo ex opere à vicino meo facto, aquæ pluviæ ex suo agro in meum me invito avertendæ causa. De superiore damno, antequam fiat, datur, concipiturque stipulatio à prætore, qua mihi prospiciam: non datur tamen ex ea stipulatione actio, antequam damnum factum sit: de posteriore autem damno, quod veremur, actio statim atque opus factum est, aquæ derivandæ causa, licet nondum damnum factum sit, competit, ut scilicet aqua coerceatur, quæ quandoque nocitura est, restituto opere, sublato opere, vel ut quanti interest opus restitui, actori præstetur. Item (quæ est alia differentia) actioni damni infecti locus est & in urbe, & in agris, *l. 38. §. 2. sup. tit. prox.* Actio aquæ pluviæ arcendæ in agris duntaxat locum habet, *l. 1. §. item sciendum, hoc tit.* Item, actio damni infecti prætoria est, nempe quia stipulatio prætoria est, & actio igitur ex stipulatione est prætoria: actio

B autem aquæ pluviæ arcendæ est legitima, *l. 22. in fin. hoc tit.* id est, ex 12. tab. *l. Labeo, de statulib.* quibus etiam 12. tabul. alia actio huic proxima tribuitur à Paulo in *l. 5. ne quid in loco*, ex 16. *ad Sabinum*, quo libro & tractasse illum *de act. aquæ pluv. arcendæ*, constat ex *l. 12. 15. 23. hoc tit.* Si in publico opus factum sit, quo aqua pluvia privato quandoque nocere possit, privatus aquæ pluviæ arcendæ agere non potest in rempublicam, quia hac actione solus dominus tenetur, & loci publici nullus intelligitur esse dominus, *l. 18. hoc tit.* Aliter quam si opere manufacto in loco municipii, vel cujuslibet civitatis, aqua pluvia privato noceat: hoc enim nomine privato actio est aquæ pluviæ arcendæ cum municipibus, *l. pen. quod cujusque univers.* Quod & Paulus illo libro 16. ad Sabinum

C significavit *l. 23. §. 1. hoc tit.* cum ait, actioni aquæ pluviæ arcendæ etiam in vectigalibus agris, qui sunt agri municipiorum dati in emphyteusim, *l. 15. §. si de vect. sup. tit. prox.* dom, inquam, Paulus ait, actionem aquæ pluviæ arcendæ habere locum in agris vectigalibus: nam agri vectigales, sive emphyteuticarii semper in jure nostro agri municipiorum dicuntur. Ideo autem in agris municipiorum, si quod opus in eis fiat, quo aqua pluvia quandoque privato nocitura sit, locus est actioni aquæ pluviæ arcendæ, quia municipia loco privatorum sunt, *l. 16. de verb. signific.* At publica, populi Romani scilicet, omnino separantur à privatis, & nullius esse intelliguntur. Bona municipiorum privatorum esse intelliguntur, municipia loco privatorum hominum sunt. At si per publicum locum rivus aquæ pluviæ ductus privato nocebit, reapse in præsenti,

D recte idem Paulus in eod. lib. 16. id est, in *l. 5. ne quid in loco publ.* actionem quidem, quod subaudiendum est, aquæ pluviæ arcendæ, privato non competere, quod rivus, qui deducitur per locum publicum, privato noceat, id est, rivus aquæ pluviæ. Sed ex iisdem 12. tabulis, quæ actionem aquæ pluviæ introduxerunt, aliam in hunc casum actionem esse comparatam damno jam facto, in hoc scilicet, ut noxa, id est, damnum, quod jam factum est, domino farciatur, solvatur, præstetur. At alii codices, & inter hos Florentini in illa *l. 5.* habent, *ut noxa domino caveatur*: quod necessario, si casta lectio est, ita accipi oportet, *ut noxa*, id est, ut de noxa futura, de damno nondum facto, *domino caveatur.* Quæ lectio recta non videtur esse: Nam actio, sive cautio damni infecti originem non cepit à 12. tab. alioquin non esset prætoria cautio, sed civilis, & legiti-

E ma. Alii vero habent, ut noxa domino farciatur, quod proculdubio verbum esse 12. tab. ex Servio Sulpitio Festus scribit, & constat ex *l. qui ædes, de incend. ruin. & nauf.* & ex Gellii 11. cap. 18. *noxam sarcito*, id est, præstato damnũ, quod contigit, quod datum, factumve est. Et sane eo etiam modo Basilicῶn auctores legisse videntur. Nam in Basilicis ita est: *κινῶ παθεῖν τι ἐπὶ τὸ παθεῖν τὸ ἀζήμιον, Ago, ut mihi præstetur indemnitas, ut damno indemnis server, & ne patiar, τὸ ἀζήμιον. i. indemnitatem.* Quod est rectius. Est enim de damno dato actio vetus ex 12. tab. *l. 1. ad l. Aquil. l. pen. si fam. furt. fec. dic. l. 56. de obl. & act.* Verum, ut ad actionem aquæ pluviæ arcendæ revertamur: hac actione tenetur is, qui opere manufacto id egit, ut aqua pluvia aliter flueret, quam natura fluere soleret, atque ita, ut agro meo nocere posset, si qui-

dem

(†) *Vide Merill. lib. 3. Variant. ex Cujac. cap. 39.*

dem id egerit citra voluntatem meam. Voluntate enim mea jure aquam immittit, aut derivat in fundum meum, ut puta si cessero jus ei esse, aquam in meum fundum immittere, vel corrivare, videlicet hac servitute fundo meo imposita, ut ex ejus fundo decurrentem aquam excipiat. Quod ita proponitur in *§.ult.h.l.2.* cum hac exceptione tamen, si non ultra modum aqua vicino noceat, quam jure servitutis impositiæ in ejus fundum corrivet, non ultra modum nocet. Suus cuique servituti modus est, & vitiosum ubique est, quod nimium, *l.complures, §.nimium, de adm. tut.* Quid enim si nimietate aquæ vastetur ager ejus? Omnino servitutes, quæ concessæ sunt, civili modo, & pari utendum est, non immodice. At præterea hæc servitus aquæ immittendæ, vel quæ alia servitus rustica, non tantum privata conventione constituitur, sed & publica, ut si ab iis, qui primi agros constituerunt, ut loquitur *l.23. in princ. hoc tit.* qui primi agros condiderunt (unde conditiones agrorum dicuntur, *l.1. §.ult. hoc tit.* Et apud Siculum Flaccum, cujus etiam liber inscribitur *de conditionibus agrorum*, & conditores agrorum similiter, conditores coloniarum: ut conditores urbium apud Julium Frontinum) Si, inquam, ab iis, qui veteranis pro merito prædia adsignarunt, quive colonias deduxerunt, certæ leges agris dictæ sint, has leges dicere, est agros condere, puta, ut hic ager excipiat aquam ex illo agro defluentem, vel quum per agrum aliquem transit magnum aliquod flumen, ut domino vicini agri liceat in altero agro aggerem, vel fossam habere. Quod exemplum etiam proponitur in *l.1. §.ult.* Hyginus 2. de limitibus constituendis: *Agri*, inquit, *leges accipiunt ab iis, qui veteranos deducunt.* Et ita propriam observationem lex dicta præstat in agris. Unde apparet quid sit lex in illo *§. & in principio hujus leg.2.* non est pactio facta inter convenientes, ut voluit glossa. Quanquam in jure lex accipiatur pro pactione, verum non pro quacunque pactione, sed pro ea, quæ contractui adjicitur, ut lex commissoria: hoc loco, lex est conditoris agri, vel coloniæ. Quod si ab initio in condendo agro dicta lex non sit, in *d.§.ult.* ostenditur, naturam agri, vel loci servandam esse, nec de arcenda aqua pluvia, aqua Joviali, quæ loci vitio, & natura nocitura est, aquæ pluviæ arcendæ agi posse. Quod & Marc. Tull. scribit in Topicis: *non magis*, inquam, *aquæ pluviæ arcendæ agi posse, quod aqua pluvia naturaliter nocitura sit, quam si ea sit lex agri ab initio dicta à conditore agrorum, ut aqua ex eo defluens adfini, vel vicino nocere possit.* De aqua, quæ opere à vicino manu facto nocitura est, hæc actio competit, non de aqua, quæ natura nocitura est, sine manu alterius, non de aqua, quæ ex lege agro dicta in conditione ejus, nocitura est. Natura autem semper inferior ager superiori servit, hanc nimirum inferior servitutem superiori debet, ut ex superiori naturaliter profluentem aquam excipiat, *d.l.1. §.pen. & ult.* Nam ut & ibi scriptum est, & pro hoc incommodo naturali, aliud inferior ager commodum sentit, quod pensandum est cum illo incommodo. Commodum, inquam, sentit ex pinguedine terræ agri superioris, quæ ad eum decurrit. Itemque ex eo, quod & Siculus Flaccus ait, *quidquid inferior possessor in agro suo agit, damno superioris agit, sive aret, sive fodiat:* Detrahit enim pendentes ex superiori glebas. Itaque si lex agri non inveniatur, servatur natura agri, locive. Adde, vel etiam servatur vetustas, quæ, ut ait Paulus eleganter initio hujus legis semper pro lege agri, scilicet dicta à conditore, habetur: *Minuendarum* scilicet (hæc sunt etiam Pauli verba) *litium causa*. Qua ratione etiam *lex ult. inf. pro suo*, usucapionem ait esse introductam, ut esset aliquis finis litium. Cicero, ut esset aliquis finis solicitudinis, & periculi litium. Sic vero & *l.1.§.1.hoc tit.* ait: *Vetustatem vicem legis tenere, legis agro innatæ cum ipsa agri conditione.* Et *l.ult. hoc tit. solere eos, qui juri dicundo præsunt, tueri aquæductus, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur*, id est, *titulus*. Vetustatem igitur esse pro jure, pro titulo, pro causa possessionis justa. Cedo autem quid voces *vetustatem*? Et dicimus vetustatem non tantum, quæ excedit memoriam hominum, ut in *§.1.hujus leg. & aliquot seqq.* & in *l.3. §.ductus, de aq. quot. & æst.* sed & vetustatem longi temporis, id est, 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absentes, ut indicat satis aperte *l.1. §.1. hoc tit. & l.si quis, si servit. vind.* quæ est etiã de aquæductu, ut ille *§.ductus*. Et id etiam, quod Hyginus ait 2. de limitibus, *vetustatem longi temporis permutare conditionem agrorum*. Longum enim tempus semper in jure, longave consuetudo accipitur pro spatio continuo inter præsentes decennii, inter absentes vicennii. Quod & ita Paulus definit 5. *sent. tit.2. & 5.* Unde & in *l.2. C.Theod. de longi temp. præs.* ubi ita scriptum est, *annorum 40. præscriptio, quam vetustatem leges, & jura nuncupari voluerunt*, titulus, qui est de longi temporis præscriptione, exigit, ut legamus *viginti*, non *quadraginta*. Sed his addemus alia quædam ad *§.1.hujus l.2.*

AD *§. Apud Labeonem*. Didicimus jam supra, vetustatem in agris vicem legis obtinere, id est, si quam observationem, si quem tumorem, ut agrimensores loquuntur, in agris vetustas introduxerit, perinde esse, atque si lex dicta agris, ab iis, qui primi agros condiderunt, eam observationem constituissent: & vetustatem non tantum dici eam, quæ superat memoriam hominum, sed etiam vetustatem longi temporis, id est, decennii inter præsentes, & vicennii inter absentes, quo quidem temporis spatio servitutes adquiri constat ex *l.1. §.ult. h.tit. l.si quis diuturno, si serv. vindic. l.5. §.pen. de itin. actuq. priv.* videlicet si quis longo tempore, longa consuetudine, longa quasi possessione, ut ait *l.si quis diuturno*, quia servitus, cum sit res incorporalis, proprie non possidetur. Sed servitus quasi possidetur, usus pro possessione est. Si quis, inquam, longa quasi consuetudine usus sit itinere, via, actu, vel aquæductu, etiamsi ea servitute usus sit sine titulo, id est, etiamsi justum titulum, justam causam quasi possidendi non habuerit, non probarit, ut *l.ult. h.tit.* Longus enim usus vicem obtinet jure constitutæ servitutis, longus usus pro titulo, & auctoritate, *l.1. C.de servit. & aqu.* Dummodo, hoc enim semper exigitur, bona fide usus fuerit servitute, non per vim, non clam, non precario, ut est in supradictis legibus. Quoniam his tribus modis mala fide possidetur, ut vel Donatus ex jure ait, ut & ipse profitetur in illum locum: *Tu hanc mihi, vel vi, vel clam, vel precario fac tradas.* Ergo res ita se habet: Servitutes prædiorum usucapi quidem non posse, *l.4. §.ult. de usurp. & usuc.* longo tamen tempore adquiri posse, quæ hodie est usucapio Justinianea. Ante Justinianum usucapio rerum mobilium fuit anni, & rerum immobilium biennii tantum. Neque vero huic definitioni de adquirenda servitute longo tempore quidquam obstat, quasi exigatur vetustas, quæ superet memoriam hominis in adquirendis servitutibus: Nihil obstat *l.3.§.ductus. de aqua quot. & æst.* quæ ait quidem, aquæductum, cujus origo memoriam excessit, jure constituti aquæductus loco haberi, veluti ex legato, vel donatione, vel cessione, pactione, vel stipulatione, jure, inquam, constituti loco haberi, id est, perinde jure quæsitum esse, atque si quæsitus esset ex legati causa, vel quoquo alio justo titulo acquirendæ possessionis, acquirendæ quasi possessionis. An ergo non aliter tempore aquæductus mihi quæsitus videtur, quam si ejus origo memoriam excesserit? minime. Quod enim aquæductus, cujus origo memoriam excessit, habeatur loco jure constituti aquæductus, prava collectio est, si dicas: ergo aquæductus, quo quis usus est longo tempore, pro jure constituto non habetur, cum & hunc aliæ leges superius adductæ apertissimo jure constitutum dicant. Ac præterea, possit etiam usus, qui longo tempore quasi possessus est, remota origo ejus esse ab hominum memoria. Non obstat etiam superiori sententiæ *§.1.* hujus legis, in quo hæc species proponitur, quæ est explicanda: In agris vicini erat vetus fossa, vetus receptaculum aquæ pluviæ, quæ jam olim facta erat agrorum siccandorum causa, quod aqua maderent nimis, nec exstabat memoria, quando ea fossa facta esset: hanc inferior vicinus, in cujus fundo fossa erat, non purgavit. Et sic fiebat, ut restagnaret, & ex restagnatione ejus aqua fundo meo noceret, id est, nocere posset, ut eo capite 12. tab. quo actio aquæ pluviæ arcendæ defertur, id verbum accipi oportere ex eodem Labeone refertur in *l.Labeo, de statulib.* Et ita semel accipitur in hoc tit. Si noceat, id est, nocere possit. Nam actio est de damno futuro, non de jam facto. Et in spo-

ſpecie propoſita Labeonem dicere Paulus refert, vicinum inferiorem, quod illam foſſam non purget, mihi teneri actione aquæ plu. arcendæ, ut vel purget foſſam, vel me patiatur ſuis ſumptibus eam purgare, & in priſtinum ſtatum eam reponere. Idem mox ait ſervari in foſſa, quæ facta eſt in confinio duorum fundorum, id eſt, in foſſa finali. Nota hoc loco duo genera foſſarum. Foſſas finales, & foſſas factas agrorum ſiccandorum cauſa: has eſſe proprias, illas plerunque eſſe communes utriuſque partis pro regione utriuſque fundi, ut Siculus Flaccus *lib. de conditionibus agrorum*: *Videndum*, inquit, *quales ſint foſſæ, ne ſi quis ſiccandorum agrorum cauſa fecerit, finales eſſe videantur. Et intelligi*, inquit, *poteſt ex ipſarum foſſarum præſtatione, utrum propriæ, an finales ſint*, &c. At quid ſi, ut ex eodem Labeone hoc loco refertur, foſſam finalem purgari vicinus non patiatur, eam partem, quæ fundo meo accedit? eo etiam nomine vicinus mihi tenetur actione aqu. pluv. arcendæ, & quidem multo magis, quam ſuperiori caſu, ut ait, poſſe te multo magis aquæ pluviæ arcendæ experiri. Cur multo magis? quia non patitur vicinum pro ſua parte purgare volentem foſſam finalem non facere. Facere, eſt prohibere. Superiore autem caſu non purgare foſſam ſiccandi agri cauſa factam, non eſt facere. Et in hac actione de facto tantum quæritur, *l.14.§.1.hoc tit.* At quia non facere, etiam facere eſt, ut *l.16.ſupr.tit.prox. l.121. de reg.jur.* Hoc enim is, qui non facit facit ut nolit facere: Ideo & adverſus non purgantem foſſam ab uligine, & cœno omni, actio aquæ pluviæ arcendæ accommodatur, quaſi adverſus facientem. Et hæc eſt ſententia hujus §.1. ex qua non poſſis ſine calumnia colligere, adquirendæ ſervitutis originem duci debere ex vetuſtate excedente memoriam hominum, non ex vetuſtate longi temporis. Nam de ſervitute nihil in hoc §. agitur, neque etiam in *§.apud Alphenum*, quod tamen miror ſomniaſſe gloſſam, ſed ideo proponitur non exſtare memoriam, quando foſſa facta ſit, ut intelligamus actionem aquæ pluviæ arcendæ competere, quod vicinus non repurget foſſam, non etiam quod foſſam illam in fundo ſuo habeat. Quia, ut ſubjicitur in *§.Caſſius*, opus, cujus memoriam vetuſtas excedit, in judicium aquæ pluviæ arcendæ non venit, ut reponatur, ut in *§.item, inf.* ſicut nec opus, quod additur etiam in *§.Caſſius*, quod publica auctoritate veluti principis, aut Senatus factum eſt, ut *l.23.in princ.inf.* Denique in actione aquæ pluviæ arcendæ, de eo tantum opere quæritur, quod factum eſt privata auctoritate, ex quo aqua pluvia vicinis nocet: & præterea, cujus memoria exſtat. Et ut definitur in hoc *§.idem Labeo ait*, qui huic loco non immerito copulatur, ex ejuſdem Labeonis ſententia, quum quæritur, an memoria facti operis exſtet, memoria facti operis exſtare intelligitur, ſi quis ex iis, qui vita ſuperant, ſciat, aut meminerit, opus eſſe factum, licet exacte neſciat quo die, aut quo conſule factum ſit, ſatis eſt, ſi ſciat, quando factum ſit, videlicet intra annos tot, *Il y à huict ou neuf ans*, licet neſciat quo die, & conſule factum ſit, ſatis eſt ſi tempus, quo factum eſt ſciat aliquo modo, vel ut ait *l.28. de probat.* quæ ad hanc actionem pertinet tota, ἐν πλάτει, πλατυτέρως, nec neceſſe eſt, ut temporis noverit circumſtantias omnes ad liquidum, ut ait in illo §. quomodo & in *l.1. C. ſi ſec. nupt. mul.cui maritus*, ad liquidum deducere rationes, & T.Livius, *ad liquidum veritatem explorare*. Et complures alii auctores. Et quod additur in illo §. *nec utique neceſſe eſt ſupereſſe qui meminerit, verum ſi qui audierint eos, qui memoria tenuerint*. Verba hæc ſunt Pauli, non Labeonis. Nam ut conſtat ex *d.l.28. de prob.* non eſt neceſſe, ut operis memoria exſtare intelligatur, ut ſit aliquis, qui viderit, aut meminerit, quando factum opus ſit, quod Labeo dicebat: ſed ſufficit, ſi audierit ab iis, qui meminiſſent, vel qui vidiſſent, *Il ſuffit que quelcun luy die qu'il l'a ouy dire*. Teſtimonium de auditione in hac cauſa recipitur. Quod & Baſilica in *l. l. 28.* trahunt ad cauſam novi operis, & finium regundorum. Quod tamen proprie ibi eſt ſcriptum de arbitrio aquæ pluviæ arcendæ tantum. Alias vero teſtimonium de auditione non recipitur. Demoſt. in Eub. *οὐδὲ μαρτυρεῖν ἀκοὴν ἐῶσιν οἱ νόμοι, οὐδ' ἐπὶ τοῖς φαύλοις*, &c. id eſt, *ne in gravioribus quidem criminibus leges admittunt teſtimonium de auditione*. His nunc addamus, quod ex Atejo Capitone refertur in *§. apud Atejum*; convenienter iis, quæ dixi, & retuli in §.1. dominum ſcilicet inferioris agri, in quo foſſa facta erat ſiccandi agri cauſa, hac actione compelli ad repurgandam eam, ne reſtagnet, & refluat in ſuperiorem agrum. Et ex diverſo quoque dominum ſuperioris agri, ſi in eo foſſa ſit, ex qua ad inferiorem aqua deſcendat, ex hoc judicio compelli poſſe, ut ipſam purget, aut impenſam purgationis præſtet, ſive exſtet foſſæ memoria, ſive non. Quia etſi memoria ejus penitus occiderit, non ideo hoc judicio agi poteſt, quod foſſam illam ita poſitam vicinus habeat: ſed de ea purganda, aut reficienda tantum, ut *§. plane ſi foſſa, infra*. Unde & in ſpecie §. 1. nihil intereſt memoria foſſæ exſtet, an non exſtet. Quod etiam magis atque magis oſtendit quam nihil obſit ille §. ſuperiori definitioni de acquirenda ſervitute longo tempore. Hæc vero, quæ hactenus relata ſunt, confirmantur etiam in *§.item Varus*, hac ſpecie propoſita.

AD *§. Item Varus*. Aggerem, qui erat in fundo vicini, vis aquæ dejecit: qua re effectum eſt, ut aqua plu. mihi noceret, ſi naturalis fuerit agger, veluti colliculus, ceſſat hæc actio, quia nihil vicinus fecit, quo aqua plu. mihi noceret: natura loci id fecit, non vicinus: id ergo ferre æquo animo debeo. (†) Item ſi agger fuerit manufactus, modo ſi memoria ejus interciderit, ut in *§. Caſſius*, ceſſat etiam actio aquæ pluviæ arcendæ. Sed ſi memoria ejus adhuc vigeat, hæc actio competit in hoc, ut vicinus aggerē reſtituat, reponat in priſtinum ſtatum, aut reponi ſinat ſuis ſumptibus. Et hæc fuit ſententia *Alpheni Vari*. A qua tamen diſcedit Labeo, & diſſentit: qui etiamſi memoria aggeris manufacti exſtet, ait, *dejecto aggere inſolita vi aquarum hanc actionem ceſſare*. Sic enim omnino hæc verba in hoc *§. item Varus* ordinanda ſunt. Labeo autem ſi manufactus ſit agger, etiamſi memoria ejus exſtat, agi non poſſe, ut reponatur. Quod liquido demonſtrat ratio, quæ ſequitur, quia hac actione aquæ pluviæ arcendæ nemo cogi poteſt, ut vicino proſit, quod cogeretur dominus ſuperioris fundi, ſi dejectum aggerem reficere cogeretur: ſed hac actione in id tantum vicinus adſtringitur, ne noceat, vel ne adfinem vicinum interpellet, qui ſuo fundo propinquius adcolit id facientem, quod ſuo jure facere poteſt, ut ſi jus ei conceſſum ſit habendi aggeris in fundo vicini, ne eum habere, aut reponere vetetur. Quo nomine ſi vetetur, etiam habet utilem actionem aquæ pluviæ arcendæ, vel interdictum, quod vi, aut clam, *l.1. in fine, hoc titulo*, ſecundum diſtinctionem *legis 14. §.pen. & l.22. hoc titulo*. Quod & Labeo ſubjicit in hoc *§.item Varus*, illo loco *Quanquam tamen deficiat aquæ pluviæ arcendæ actio directa*. Ne vicinus noceat mihi, ago directa actione aquæ pluviæ arcendæ, ne interpellet me utentem ſervitute, aut quaſi ſervitute, ne interpellet me facientem, quod jure facere poſſum, ago utili actione aquæ pluviæ arcendæ, quia dominus ejus loci non ſum, in quo aggere reponendus eſt, *l.loci, ſi ſervit. vindic.* Et hæc actio datur tantum domino, & in dominum. Eleganter autem ait aggerem, qui factus mihi prodeſſe poteſt, vicino vero nihil nociturus eſt, æquitatem ſuggerere, ut invito vicino mihi liceat in agro ejus reponere in priſtinum ſtatum. Recte autem ponit initio hujus §. aggerem vi aquæ dejectum. Nam ſi facto vicini dejectus ſit, ut eo ſublato, vehementior aqua profluat, vel corrivetur, proculdubio hoc caſu competit actio directa, legitima aquæ pluviæ arcendæ, *l.1.§.1. hoc tit.*

AD *§. Apud Namuſam, & ſeq.* Quod dictum eſt in *§. hujus legis 2.* ſi foſſa, quæ facta eſt in inferiore agro, agri ſiccandi cauſa, dum non purgatur, ſuperiori agro vicini noceat, locum eſſe actioni aquæ pluviæ arcendæ, nempe ut inferior vicinus, aut foſſam purget, aut purgari ſinat. Idem in hoc *§. apud Namuſam* traditur: ſi aqua fluens per inferiorem agrum iter ſuum fimo obſtruxerit, aut limo, & ob hoc aqua redundans, ſive reſtagnans ſuperiori agro noceat, ſuperiori ſcilicet vicino, ſuperiori domino agri ſuperioris in inferiorem competere actionem aquæ

(†) *Vide Merill. lib.3. variant. ex Cujac. cap.39.*

Digitized by Google

aquæ pluviæ arcendæ, ut iter aquæ purget, aut purgari A sinat: ut purget, inquam, aut purgari sinat canale fluentis aquæ, hac ratione, ut ait, quia hæc actio non tantum est de operibus manufactis, sed etiam de omnibus iis, quæ non secundum voluntatem vicinorum sunt, id est, etiam de non factis: non tantum est de factis, sed etiam de non factis contra voluntatem vicinorum, aut in fraudem vicinorum. Nam & non facta, sive prætermissa facta esse censentur, & coercentur ab arbitro aquæ pluviæ arcendæ, si prætermissa sint citra voluntatem vicinorum. Et hanc sententiam Paulus æquiorem esse putavit, quanquam Labeonis aliud judicium esset, qui existimavit, hoc casu non esse locum actioni aquæ pluviæ arcendæ, fretus hac ratione, quia naturaliter aqua fluens iter suum fimo obstruxisset. Et ideo restagnationes, sive exundationes inde contingentes esse æquo animo ferendas. Contingere enim eas B natura, non facto vicini: naturam à seipsa mutari posse, & vel meliorem, vel deteriorem soli conditionem facere. Idque manifestius apparere, si terræ fragore, & motu, aut magnitudine tempestatis soli causa mutetur, quo casu proculdubio nemo cogi potest, ut vel restituat locum in pristinam causam, vel ut restitui sinat, *l. 14. §.1. hoc titulo*. Quod certe nec Namusa, nec Paulus negarunt, quia hæc mutatio vis divina est, quam adfert terræ motus, aut vis tempestatis major, ira divina, invicta necessitas, cui necessario succumbimus. At illa fimi obstructio ira divina non est, & facile tolli potest. Itaque æquior est Namusæ, & Pauli sententia, nec comparatio illa Labeonis congruit, aut conveniens huic proposito est. Hinc vero observa, arbitrium aquæ pluviæ arcendæ dari superiori vicino adversus inferiorem, ut iter aquæ fimo obstructum depleat, & C aperiat, ut similiter in §.1. si fossam agro siccando, quam inferior vicinus in suo positam habet, non repurget, hæc actio datur superiori adversus inferiorem. Ex diverso quoque eadem actio datur inferiori adversus superiorem, ut in *§. apud Ateium, supra*, si superior negligentior, remissior fuerit in purganda fossa, qua aqua ad inferiorem agrum descendit. Et sic in *l. 1. §. item sciendum*, *hoc tit.* & eodem prorsus modo in Platonis legibus Georgicis lib. 8. ostenditur superiori inferiorem hanc actionem dari, si inferior aquam, quæ natura fluit opere facto inhibeat per suum agrum decurrere, *μὴ ἀφιεὶς ὕδωρ*, ut Plato ait, *non dans aquæ transitum, impediens aquæ transitum*. Et contra, inferiori dari hanc actionem in superiorem, si superior aliter aquam mittat in inferiorem fundum, quam fluere natura soleat, mittens sine ullo consilio modove aquarum fluen- D tiam. Et hic plane locus Platonis expressus est in *d. §. item sciendum*. Et multa quoque alia auctores nostri ex Platone mutuati sunt, edictum ædilitium totum sumptum est ex Platone, & interdicta pleraque. Sequitur in *§. sequ.* locum non esse huic actioni, si aquarum confligium, sive concursus in agro tuo locum excavarit, fossamque fecerit, quæ recipiat magnam vim aquarum, unde vicini metuant sibi à restagnatione: non, inquam, esse locum huic actioni, quia fossam ejusmodi natura fecit, non manus hominum. Alia est ratio fossæ manu factæ, alia naturalis fossæ. Nam subjicit statim, si fossa jure facta sit, ut si quis in suo duxerit fossam agri sui siccandi causa, etiamsi ejus fossæ memoria non exstet, quamvis de ea replenda, sive obsecanda agi non possit, propterea quod remota est à memoria hominum, tamen de ea reficienda, & purganda hoc judicio agi potest, ut di- E ctum est in *§. 1. & §. Cassius, & §. apud Ateium*, de naturali fossa reficienda agi non potest: de factitia agi potest. Nunc restat tantum *§. pen.* cujus sententia hæc est.

AD *§. penult. & ult.* Si vicinus flumen, aut torrentem averterit, qui populabatur, & sternebat agrum suum, ut ille ait, *sata læta boumque laborem*; si, inquam, cum averterit forte ducto muro, vel maceria in agro suo, vel aggere facto, ne aqua ad se perveniret: hocque modo sit effectum, ut vicino noceat, non posse cum eo, qui flumen, vel torrentem à se repulit, agi aquæ pluviæ arcendæ. Nam & qui maceriam in agro suo ducit, aquam arcet, ne influat scilicet in suum agrum. Arcere est curare, ne aqua influat, quod & ipse jure facit, ne scilicet influat in suum tanta vis aquæ, quam solent rapidi amnes, torrentesque adferre. Ac præterea id non facit hoc animo, ut vicino aqua noceat, sed ut non sibi noceat, & (ut idem Labeo ait, ex quo id proponitur in hoc *§. pen. & in l.2. §. idem Lab. scribit, ne quid in loco publ.*) id non facit hoc animo, ut aquam immittat in agrum vicini, sed ut non recipiat in suo. Sapientis patrisfamil. est suum agrum munire adversus vim torrentium, & fluminum. Demosthenes in oratione contra Calliclem, qua & hanc ipsam rem tuetur, *τῦ τὸν πεφραγότα τὰ ἑαυτῦ σωφρονεῖν ἡγοῦμαι: eum, qui prædia sua munit sapere arbitror:* sæpire prædia sua, sapere est. Et ita est explicanda sententia *§. pen.* Verum tria sunt, quæ ei objiciuntur: primum *l. 1. §. Neratius, h. t.* quæ aquæ pluviæ arcendæ ait, teneri eum, qui opere manufacto aquam avertit, aquam excludit, quæ exundante palude proxima in agrum suum refluere solebat, videlicet, si eo opere aqua repulsa agro vicini nocitura sit: teneri, inquam, hac actione in hoc, ut aquam restituat. Quod est in Basil. *εἰς τὴν προτέραν νομὴν καὶ ῥεῖθρον, ut aquam suo pristino cursui, & canali restituat.* Ita est. Verum hoc nihil obstat sententiæ hujus *§. pen.* quia non de vi, & impetu tumidi fluminis, aut torrentis repellendo ibi agitur, sed de aqua pluvia, sive de aqua palustri, quam aqua pluvia majorem fecit, quæ & ipsa habetur pro aqua pluvia, pro aqua Joviali: hanc propellere non licet cum detrimento vicini, & contra morem naturalis fluentiæ, & increscentis aquæ. Et tantum abest, ut *§. Neratius* pugnet cum hoc *§. pen.* ut Harmenopulus *2. epitomar. tit. περὶ ὑδάτων* utriusque §. sententiam conjunxerit, differentiæ scil. ex oppositione ipsa demonstrandæ gratia. Non obstat etiam *l. 23. §. 1. h. t.* ubi eum, qui aggerem fecerit in agro suo fluminis repellendi, & avertendi causa, etiamsi ex eo opere noceatur iis, qui trans flumen sunt, dicitur, eum teneri actione aquæ pluviæ arcendæ, ut scil. aggerem tollat, aut tolli sinat. Idque ibi traditur ex Sabino, ut inscriptio demonstrat. Sed addita Pauli nota hujusmodi, quæ tollit objectionem. Hæc sunt verba Pauli, ita *si memoria eorum exstet, & si fieri non debuerit*: ita scil. veram esse sententiam Sabini, si memoria aggeris exstet. Nam si memoria aggeris non exstet, de eo restituendo agi non posse, *§. Cassius, sup.* & si agger, vel aggeres, inquit, fieri non debuerint. Ita vera est sententia Sabini: si aggeres fieri non debuerint, ut puta si aggeres vicious fecerit contra naturam locorum, aut vetustum morem, aut contra servitutem fundo proximo debitam, hoc animo solo, ut vicino officeret. Quod etiam est exceptum nominatim in hoc §. pen. cui etiam nihil obstat *l. 2. §. idem Labeo scribit, ne quid in loco publico*, ubi si ex opere, quod quis in suo faciat, aqua in via publica collecta, restagnet, aut corrivetur in fundum vicinum, Neratius contra Labeonem ait, *eum teneri interdicto ne quid in loco publico*. At breviter non loquitur ille §. de hac actione, quæ privata est, id est, quæ competit soli domino agri, cui aqua pluvia nocet, sed loquitur de interdicto illo, quod populare est, & patet omnibus. Ac præterea non ibi de flumine agitur, aut torrente, sed de aqua pluvia in via publica collecta per causam operis ab eo facti in agro suo. Sequitur lex 5.

Ad L.V. eod. *Si colonus insciente domino opus fecerit, ex quo aqua vicino noceat: Labeo respondit, colonum interdicto, quod vi, aut clam teneri: dominum vero fundi aquæ pluviæ arcendæ actione, quia is solus restituere opus potest. Sed patientiam duntaxat eum præstare debere, si ei damni infecti stipulatione caveatur, & si quam impensam in restitutione operis fecerit, consecuturum à colono locati actione. Nisi si quis ideo non putet, quoniam non fuerit necesse ipsum restituere. Sed si jussu domini fecisset, etiam interdicto dominum teneri.*

SCiendum hanc actionem de aqua pluvia arcenda dari soli domino agri, cui aqua opere manufacto nocet, aut nocitura est: & similiter in solum dominum, qui in suo opus facit, quo aqua pluvia vicino noceat. Et hoc ostendunt in hoc titulo multæ leges, *l. 3. §. penult. & §. ult. leg. 4. in princ. & §. pen. l. 6. §. si quis, l. 14. in princip. l. 18. l. 22.* Itemque *in titulo de action. empti l. Julianus, §. si fructum*. Ex quo sequitur si colonus ignorante domino opus fecerit, ex quo aqua

A aqua pluvia vicino noceat; quia colonus dominus fundi non est: neque enim locatio solet mutare dominium, *l. non solet, locati*, eum non teneri actione aquæ pluviæ arcendæ, sed teneri interdicto, quod vi, aut clam, ut patientiam, & impensam præstet tollendi operis. Dominus vero fundi, in quo colonus opus illud fecit, tenetur actione aquæ pluviæ arcendæ, etiamsi ipse opus non fecerit, aut ignoravit fieri à colono: quia illud opus, quod coloous fecit, jure soli ad eum pertineat: quia superficies cedit solo, ad eum quoque solum pertinet ejus operis restitutio, aut patientia restituendi ejus. Nam, & qui alium patitur restituere, ipse videtur restituere. Et ideo cum ejus operis dominus sit, solus ipse tenetur actione pluviæ arcendæ, non colonus. Verum hoc judicio, quia non ipse fecit, sed tantum factum habet, nihil amplius, quam patientiam restituendi operis dominus B præstare debet, si modo is, qui opus restituere, & tollere parat, ei caveat damni infecti, si quod videlicet ex ea restitutione fundo ejus, aut fructibus acciderit, ut in *l. proxim. §. penult. supr.* Dominus ergo tenetur hac actione aquæ pluviæ arcendæ, ut patientiam tantum præstet, non impensam restituendi operis. Colonus autem tenetur interdicto, quod vi, aut clam, ut etiam impensam præstet, factam in restituendo opere, & damnum quod ex ea re datum fuerit. Quam sententiam, sive differentiam inter colonum, & dominum, id est, locatorem, inter hanc actionem, & interdictum, quod, vi aut clam, Paulus hoc loco attribuit Labeoni. Lex proxim. §. penult. eam Juliano attribuit, quia Julianus ipse, licet fuerit diversæ scholæ, Labeonis sententiam approbat: Quæ & in procuratore servatur eodem modo, qui opus fecit insciente domino, C ut *leg. proxim. §. penult.* At quæritur, quid sit dicendum, si locator conventus actione aquæ pluviæ arcendæ ultro, cum non posset cogi, suis sumptibus opus restituerit, an sumptus à colono poterit recuperare actione locati? Quod Labeo existimavit. Sed corrigit eum Paulus in extremo hujus *leg.* 5. his verbis: *nisi si quis ideo non putet*, locatorem scilicet impensam, quam ultro fecit, consequi posse actione locati à colono, *quoniam non fuerit necesse ipsum restituere*. Quæ ratio rectissima est. Habet enim colonus, quod imputet locatori, qui impensam fecit, quam facere non habuit necesse, quia patientiam tantum præstare debet, non impensam. Hac ratione nulla est melior. Nec enim hæc ratio pertinet ad causam locationis. Hoc imputat colonus stultitiæ locatoris, quod impensam fecerit, quam facere non debuit. Non etiam hanc impensam colono reputabit D locator judicio locati, ad quod ea res nihil pertinet. Nec datur etiam temere locatori actio negotiorum gestorum, quia nec forte locator habuit animum gerendi negotii ipsius coloni: aut forte coloni interest, non temere eam impensam suo nomine fieri. Quo casu cessat actio negotiorum gestorum, si tu solvisti impensam, quam ego debebam, atque ita si me liberaris, non semper tibi in me competit actio negot. gestor. Non sane si mea intererat eam pecuniam non solvi, *l. cum pecuniam, de neg. gest.* Hæc vero, quæ proposita sunt hactenus in hac l. 5. locum habent, si colonus insciente, & ignorante domino opus fecerit. Nam si opus fecerit sciente domino, dominus ipse opus fecisse videtur, atque adeo tenetur interdicto, quod vi, aut clam, vel actione aquæ pluviæ arcendæ, ut impensam præstet restituendi operis, *l. denique, §. pen. & ult. quod vi, aut clam.* Con- E currit actio aquæ pluviæ arcendæ cum interdicto, quod vi, aut clam, *l. 1. in fine, l. 2. §. item Varus*, in *fine*, *h. t.*

Ad L. XIV. eod. *Antæus ait, si is, qui opus fecerit, potentiori vendiderit prædium, quatenus desierit dominus esse, agendum cum eo, quod vi, aut clam, quod si annus præterierit, de dolo judicium dandum.*

Ad §. Cum igitur *aquæ pluviæ arcendæ, de facto, quod nocet, quæritur. Ideoque si vitio loci pars aliqua soli subsedit, quamvis per eam causam aqua pluvia inferiori noceat, nulla competit actio. Idem fortasse dicitur, si in agro manufactum aliquid subsederit.*

Ad §. In hoc judicium, *sicut in damni infecti, futurum damnum venit: cum reliquis fere omnibus judiciis præteritum præstetur.*

Ad §. De eo, *quod ante datum est, quod vi, aut clam agendum est: de eo, quod post sententiam judicis futurum est, damni infecti caveri oportet: vel ita opus restituendum est, ut nullum periculum damni supersit.*

Ad §. De eo opere, *quod post litem contestatam factum est, novo judicio agendum est.*

QUod didicimus ex *l. 5. de aq. & aqu. pluv. arc.* actionem aquæ pluv. arcendæ soli domino, & in solum dominum dari, id quoniam confirmatur initio legis 14. eod. tit. non abs re fecero, si ei subjunxero nunc interpretationem illius l. 14. Si is, qui opus fecit in fundo suo, quo aqua pluvia vicino quandoque nocitura sit, eum fundum alii vendiderit, & tradiderit, priusquam cum eo ageretur aquæ pluviæ arcendæ: quia dominus esse desiit fundi, de quo actio illa competebat, jam non tenetur amplius actione aquæ pluviæ arcendæ, sed tenetur interdicto, quod vi, aut clam intra annum utilem, de damno, quod datum erit, & de impensis ad opus faciendum restituendum ab actore factis. Et hoc proponitur in *l.* 13. quæ præcedit. Et plane ita se res habet, ut ibi proponitur, si cui fundum suum vendiderit ejusdem urbis, & provinciæ homini sine dolo malo. Sed si dolo malo eum fundum, non ejusdem sortis, sed potentiori vendiderit, ut vicino opponeret potentiorem adversarium, ut molestum adversarium pro se subjiceret: hoc casu intra annum utilem tenetur actione in factum, quod judicii mutandi causa factum erit, vel quod judicii evitandi, quod condemnationis evitandæ causa fundum alienaverit. Quod constat ex *l. 3. §. item si locum, de alien. jud. mut. caus. & ex l. 16. in fi. h. t.* quæ lex 16. etiam ait, solvi judicium etiam aquæ pluviæ arceodæ, cœptum cum eo, qui in fundo suo opus fecit, quo aqua pluvia vicino quandoque nocitura sit: solvi, inquam, cœptum cum eo judicium de aqua pluvia coercenda, si is initio litis, cum agebatur, in ipso agendi articulo, cum agebatur, ut ait, *l. 4. §. Pædius, de alien. jud. mut. caus. fact.* si is reus, inquam, quum agebatur in eum aquæ pluviæ arcendæ ante damnum datum, ut proponitur in l. 16. id est, antequam aqua pluvia noceret, fundum suum potentiori vendiderit, & tradiderit, tum, vel statim agi cum emptore aquæ pluviæ arcendæ quasi domino, cum fundus ei traditus sit à domino, hactenus tamen, ut patiatur id opus tolli, non etiam tollat ipse suis sumptibus, vel etiam agi in venditorem actione in factum, quod judicii mutandi causa factum sit: recte dixi, quod & proponitur in l. 16. si reus ante damnum datum fundum suum alienarit. Nam si à reo suscepto judicio aquæ pluviæ arcendæ, & lite jam contestata damnum contigerit ante alienationem fundi, deinde fundum pendente adhuc judicio poteotiori vendiderit, atque ita, si post litem contestatam, & post damnum datum fundum alienaverit, quæ alienatio valet, quia non fundus fuit litigiosus, sed causa tantum operis in eo facti, hoc casu judicium non solvitur, judicium manet, & perseverat, *l. 4. §. 1. hoc titulo.* Et in eo non tantum restitutio operis, litisve æstimatio, id est, præstatio quanti ea res est, venit, sed etiam præteritum damnum, id est, damnum, quod ante alienationem post litem contestatam contigit, ut habent Florentiæ, pro *contingit*. Et sic omnino legendum est in fine illius §. legis 4. *Et damni rationem venire etiam ejus, quod alienationem contingit*. Sic est scriptum Florentiæ, sed deest particula *ante*, *quod ante alienationem contingit*, id est, contigit. Quanquam & id quoque damnum venire certissimum sit, quod contingit post alienationem ante sententiam arbitri aquæ pluviæ arcendæ, *leg. 6. §. officium, l. 16. hoc titulo*. At his, quæ diximus de danda in venditorem actione, quod judicii mutandi causa, qui fundum suum potentiori alienavit, vel antequam secum ageretur aquæ pluviæ arcendæ, vel postea pendente judicio, pendente arbitrio, adversatur omnimodo id, quod est initio hujus legis 14. ex Antæo, vel potius Atejo JCto. cum, qui opus fecerit in suo, quo aqua pluvia vicino noceat, & mox fundum potentiori vendiderit, & tradiderit, scilic. quia desierit esse dominus, non teneri quidem actione aquæ pluviæ arcendæ, sed teneri interdicto, quod vi, aut clam: non dicit, eum teneri actione, quod judicii mutandi causa, quod supe-

superiores leges dicunt tamen, sed teneri interdicto quod vi, aut clam, ac si cuilibet alii humiliori, & impotentiori vendidisset. Quod utique videtur dici posse, si dolo malo vendiderit, & tradiderit, si dolo malo desierit possidere opus, quod fecerat. Nam & in eum, qui opus vi, aut clam factum dolo malo desiit possidere, competit interdictum quod vi, aut clam, *leg. semper, §. eum autem, quod vi, aut clam.* Tenetur, inquam, interdicto quod vi, aut clam, non quidem directo, quia opus non possidet, sed utili, perinde ac si possideret fictitio judicio. Atqui ubi alius certus est possessor rei, qua de agitur, & defensor idoneus, cum quo agi, & peragi judicium possit, nemo invitus, qui desierit possidere quasi possessor utile judicium patitur, sed tunc duntaxat, quum ejus rei nullus est possessor certus. Quod aperte ostenditur in *l. 3. §. ultim. de alien. jud. mut. caus. l. de illo, & l. sequ. de noxal. act. l. etiam, §. ultim. de petit. hereditatis.* Atquin in specie proposita, emptor fundi est operis possessor certus, cum quo statim agi potest de aqua pluvia arcenda, ut ait *l. 16.* Ergo invitus venditor non patitur, vel excipit utile interdictum, quod vi, aut clam. Denique huic interdicto non est locus. Neque enim recte dicitur locus esse judicio, quod non redditur in invitum: sed neque volens etiam patitur, vel excipit utile interdictum, quod vi, aut clam, quod potentiori vendiderit, sed quod vendiderit simpliciter. Quamobrem, vel id necessario exigente verbo *potentiori*, quod est in hac leg. quod nihil omnino facit ad interdictum, quod vi, aut clam, & proprie facit ad actionem, quod judicii mutandi causa, vel id, inquam, hoc solo verbo flagirante, jampridem docui hoc loco esse legendum: *agendum cum eo, quod judicii mutandi causa.* Quæ actio, quia finitur anno utili, *l. 16. l. vel post annum, de al. jud. mut. caus.* ideo subjicit in hac lege si annua utilis præterierit dolo malo adversarii, quod necessario supplendum est ex *l. 1. §. idem Pomponius refert, de dolo*, tum de dolo judicium dandum esse. Quod ab eo quidem tempore incipit, quo dolo adversarii præteriit dies actionis, quod judicii mutandi causa. Et hoc jure, quod obtinuit ante Constantinum Imperatorem etiam judicium de dolo finitur anno utili. Nulla potest excogitari ex jure, vel trahi hujus rei interpretatio certior. Transeamus ad reliqua,

---

AD *§. 1. & seq.* In *§. 1.* hujus legis 14. ostenditur, in hanc actionem venire aquam pluviam manu nocentem, ut Cicero loquitur in Topicis, id est, nocitura est opere manufacto. Manus pro opere manufacto, *ut* 2. de legibus, *mentem, pietatem, virtutem, fidem consecrari manu, quarum omnium,* inquit, *Romæ publice templa dedicata sunt.* Et 2. Georg.

Quot congesta manu præruptis oppida saxis:

Aquam autem natura, aut loci vitio nocentem in hoc judicium non venire, ut *l. 1. supr.* Et ideo si pars aliqua soli, vel etiam ut est in Basil. si opus aliquod in agro manufactum subsederit, *χάσματος γινομένου*, ut est in Basil. *facto hiatu terræ, aut voraginis*, quod Poetæ vocant *Ostium Acherontis, aut sævi ditis spiraculum*, quamvis per eam causam, quod solum subsederit, aqua pluv. inferior vicino noceat, hæc actio cessat, quia aqua illa non manu nocet, sed naturaliter, & loci vitio. In *§. seq.* ostenditur hoc judicium aquæ pluviæ arcendæ, esse de damno futuro, sicut judicium damni infecti, non de damno præterito, & in hoc convenire utrumque judicium, quamquam id in judicio damni infecti ita sit distinguendum, ut de damno futuro competat, & detur stipulatio damni infecti, cæterum ex ea non agatur, antequam damnum datum factumve sit. Qua in re aliquatenus distant inter se: nam actione aquæ pluviæ arcendæ statim atque factum est opus, quo aqua pluvia quandoque vicino nocitura sit, etiamsi nondum nocuerit, agi potest de aqua pluvia coercenda. Et distant etiam in aliis plerisque. Hæc actio habet tantum locum in agris, actio damni infecti in urbe etiam: imo frequentius in urbe, *l. 1. §. item sciendum, hoc tit.* Hæc actio datur soli domino, illa etiam non domino, ei cujus periculo res est, in *l. 18. in prin. sup. tit. prox.* Et postremo hæc est legitima, illa prætoria: in hoc judicium, inquit, sicut in damni infecti futurum damnum venit: Sequitur: *Cum in reliquis fere omnibus judiciis præteritum præstetur.* Reliqua judicia, in quibus damni ratio habetur, pertinent ad sarcienda damna, quæ jam contigerunt, ut ait *l. 7. §. hoc interdictum, supr. tit. prox.* veluti judicium legis Aquiliæ, judicium servi corrupti, judicium de dejectis, & effusis, judicium ex edicto nautæ, caupones, stab. & alia pleraque. Ergo judicio aquæ pluviæ arcendæ non agitur de damno præterito, de damno jam facto, sed de ea re agitur interdicto, quod vi, aut clam, quod etiam est de damno præterito. Id tamen damnum, quod post litem contestatam judicio aquæ pluviæ arcendæ ante sententiam judicis contingit, proculdubio in hanc actionem venit, *l. 6. §. officium, l. 6. hoc tit. & in l. 14. §. 1. hoc tit.* quam supra exposui, quum ait, in *judicio aquæ pluviæ arcendæ agi de damno præterito*, id est, de eo, quod contigit ante alienationem fundi, in quo opus factum est, post litem contestatam tamen, ut ibi glossa recte interpretatur. Ut autem ostenditur in his, quæ sequuntur in hac lege de damno, quod futurum est, quodve futurum veremur post sententiam arbitri aquæ pluviæ arcendæ, arbirer nihil pronuntiat, sed de eo est cavendum damni infecti, vel ut ait, ita ex sententia judicis opus restituendum est, ut nullum periculum, nulla spes damni supersit. Postremo additur, *de opere facto post litem contestatam judicio aquæ pluviæ arcendæ*: contestatam scilicet de opere ante facto: post litem igitur contestatam, judicio aquæ pluviæ arcendæ, de opere jam facto, de opere novo, quod post litem contestatam factum erit, nova actione aquæ pluviæ arcendæ agendum esse, quia non potest videri in judicium venisse id, quod post litem contestatam accidit. Et omnino ita est, *l. non potest, de judiciis, cap. abbate, de sententiis, & re judic. lib. 6.* nisi scil. per consequentiam ejus operis, quod in judicium deductum est: vel ut ait *l. 15.* si id opus quod antecessit, tolli non possit sine eo, quod factum est post litem contestatam. Sequitur *l. 9. & l. 11. hoc tit.*

Ad L. IX. eod. *In diem addicto prædio, & emptoris, & venditoris voluntas exquirenda est: ut sive remanserit penes emptorem, sive recesserit: certum sit, voluntate domini factam aquæ cessionem.*

Ad §. Ideo autem *voluntas exigitur, ne dominus ignorans injuriam accipiat. Nullam enim potest videri injuriam accipere, qui semel voluit.*

Ad §. Non autem *solius ejus, ad quem jus aquæ pertinebit, voluntas exigitur in aquæ cessione: sed etiam domini locorum, etsi dominus uti ea aqua non possit: quia recidere jus solidum ad eum potest.*

NOn omnia absolvi, quæ Paulus tradidit de actione aquæ pluviæ arcendæ in hoc lib. 49. nec absolvam jam, quoniam hæc cogor paulisper intermittere, ut expediam ea, quæ interposuit Paulus hoc libro de servitutibus aquæ in *l. 9. & l. 11. in princip. & in l. 10. de servit. rustic. præd.* quibus explicatis resumam actionem aquæ pluviæ arcendæ. Quæmadmodum autem titulus, ita & hic liber 49. qui proculdubio eundem titulum habuit, non tantum est de actione aquæ pluviæ arcendæ, sed etiam de aqua, id est, de servitute aquæ ducendæ, vel hauriendæ, vel immittendæ, prædio vicino, aut personæ concessa, & consequanter de actione confessoria, quæ datur domino, qui servitutem sibi competere contendit, & de negatoria, quæ domino datur, qui negat se debere servitutem. Et jam de servitute aquæ immittendæ, quæ perimit actionem aquæ pluviæ arcendæ, habuimus *sup. §. ult. leg. 2.* Nunc dabimus primum l. 9. hujus tituli, quæ est de servitute aquæ ducendæ, in qua servitute consequenda, lex 8. quæ præcedit docet, non tantum voluntatem ejus exquiri, qui dominus est loci, in quo aqua oritur, qui dominus est fontis, vel putei: sed etiam ejus, ad quem usus, non proprietas aquæ pertinet, id est, cui aquæ ducendæ servitus realis, vel personalis debetur. Quod *l. 4. C. de servit. & aqua*, ait esse ex edicto prætoris. Quamobrem in *leg. seq.* 10. quæ hac eadem de re est prætoris mentio. Quod ibi glossa non animadvertit. Neque vero hujus edicti sententia utilitatis, seu æquitatis ratione caret. Nam possint ejusdem aquæ plures esse rivales, *l. 1. §. si inter rivales, l. 3. §. pen. l. 4. de*

aqua quot. Pluribus scilicet separatim per eundem locum [A] aquæ ductus, vel aquæ haustus concedi potest, *si aqua sufficiens sit*, ut ait, *lex 2. de servit. rust. præd.* Sed is, cui posteriori conceditur jus, aut usus aquæ, voluntatem prioris, cui idem jus ante concessum est, habere debet, ne quid ei de jure, quod is habet, minuat, vel detrahat sine ejus voluntate. Suarum utilitatum quisque optimus arbiter est, & gravissimum cujusque judicium de suis commodis, quod nec insuperhaberi par est. Unde, quæ est species hujus legis 9. Si quis fundum emptori addixerit in diem, id est, ea lege, ut si quis intra mensem, verbi gratia, pretio superadjecerit, fundus à priori emptore recedat, & ad venditorem redeat, à quo mox addicatur posteriori emptori, qui fundum pluris licitus est: Paulus ait in hac leg. 9. interim in concedenda alii per eum fundum servitute aquæ ductus, & emptoris prioris, & venditoris voluntatem exquirendam esse, ut sive [B] fundus manserit penes emptorem priorem, nemine pretio superadjiciente, sive ab eo recesserit, & ad venditorem redierit, certum sit, voluntate domini hujus, vel illius factam esse aquæ cessionem, hoc ideo, ne qua domino ignoranti fiat injuria. Ignoranti fit injuria, non scienti, & volenti. Et vero semel voluisse satis est: nullam enim, inquit, potest videri injuriam accipere, qui semel voluit. Et rursus nihil interest voluntas domini præcedat, an subsequatur aquæ ductionem, *l. seq.* 10. Et hæc sunt, quæ pertinent, & continentur in priori parte legis 9. Venio ad posteriorem. Quod in *l. prox. sup.* dixi, non tantum domini locorum voluntatem exigi in concedendo jure, vel usu aquæ ducendæ, sed etiam ejus, ad quem usus aquæ pertinet id in posteriori parte hujus legis Paulus refert contraria ratione, nempe hoc modo: non ejus tantum voluntatem exigi, aut specta- [C] ri ad quem jus, id est, usus aquæ pertinet, sed etiam voluntatem domini locorum, ut scilicet addat: domini locorum voluntatem exigi, etiam si tota aqua alii cesserit, ita ut ipse ea aqua uti nullo modo possit, quoniam usus aquæ personalis est. Usus aquæ servitus personalis est, quæ cum persona exstinguitur, nec transmittitur in heredem. *l. penul. de servit. rust. præd.* Et ideo mortuo usuario, usus aquæ ducendæ ad dominum locorum recidere, & proprietati consolidari potest. Et ideo exigitur consensus domini locorum. Quamvis tunc aqua uti non possit, quia, ut dixi, usus ejus aquæ ad eum recidere, & proprietati consolidari potest, quia, inquit, recidere jus solidum ad eum potest. Consolidatio hoc loco significatur his verbis, *jus solidum*, sicut, *in l. Sempronius, de usufr. leg.* his verbis, *solidam proprietatem*: & *in l. à liberto, de bon. libert.* his verbis, *solidam partem*. Et Flo- [D] rentini hoc loco scriptum habent, *reccidere*, pro *recidere*, ut illo loco Ovid. de remed. amor.

Reccidit, ut cupidos inter devenit amantes,
Et quæ conciderant, tela resumpsit amor:

Cesellius vetus Grammaticus apud Cassiodorum, *re*, *præpositio*, inquit, *nonnunquam, quum ad consonantes accedit geminat illas, quod plerunque est apud antiquos, Duco, redduco cado, reccido.* Hæc Cesellius. Huic vero legi conjungam legem 10. de servit. rustic. præd. quæ est ex hoc lib.

Ad L. X. de Serv. rust. præd. *Labeo ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quærere, & inventam ducere liceat. Nam si liceat, nondum ædificato ædificio servitutem constituere: quare non æque liceat, nondum inventa aqua eandem constituere servitutem. Et si, ut quærere liceat, ce-* [E] *dere possumus: etiam ut inventa ducatur cedi potest.*

DOcet in hac lege, talem servitutem constitui posse, ut mihi in tuo fundo aquam quærere, & inventam in meum fundum ducere liceat. Quod etiam est proditum in *l. ult. si servit. vind.* Et hoc loco comprobatur argumento ducto à servitute urbana ad servitutem rusticam. Nam si futuro ædificio, quod nondum est, servitutem constituere licet, veluti tigni immittendi, aut stillicidii recipiendi, quare non æque liceat, nondum inventa aqua constituere servitutem aquæ ducendæ? Nihil est facilius. Et futuro ædificio constitui posse servitutem docet *l. 23. §. ult. de servit. urban. præd.* Nunc transeamus ad l. 11.

Ad L. XI. de Aq. plu. arc. *Supra iter alienum arcus aquæ ducendæ causa non jure fiet. Nec is, cui iter, actus debetur, pontem, qua possit ire agere, jure extruet. At si specus, non cuniculum sub rivo aget, aqua corrumpetur: quia suffosso eo aqua manebit, & rivus siccatur.*

Ad §. Cassius ait: *sive ex communi fundo, sive communi aqua noceat, vel unum cum uno agere posse, vel unum separatim cum singulis, vel separatim singulos cum uno, vel singulos cum singulis. Si uno agerit, & restitutio operis, litisque æstimatio facta sit, cæterorum actionem evanescere. Item si cum uno actum sit, & si præstiterit, cæteros liberari. Idque quod sociorum nomine datum sit, per arbitrum communi dividundo recuperari posse, & ex sociis non utique cum eo agendum, qui opus fecerit: nec minus eum quoque damnum restituere debere, qui auctor operis fuit.* [B]

Ad §. Apud Ferocem *Proculus ait, si cum uno dominorum actum sit, qui opus non fecerit, debere eum opus restituere sua impensa: quia communi dividundo actionem habet. Sed sibi magis placere, patientiam duntaxat eum præstare oportere, quia sua culpa actor id patiatur, qui non agit cum eo, à quo opus factum sit. Et est iniquum, eum, qui non fecit, id restituere oportere, quoniam communi dividundo agere potest: quid enim fiet, si socius ejus solvendo non fuerit?*

Ad §. Officium *autem judicis inter duos accepti quale futurum sit, dubitare se, Julianus ait: si forte unius fundus fuerit, cui aqua noceat. Si vero, in quo opus factum sit plurium, & cum eo uno eorum agatur: utrum & ejus damni nomine, quod post litem contestatam datum sit, & operis non restituti in solidum condemnatio fieri debea: quemadmodum cum servi com-* [C] *munis nomine noxali judicio cum uno agitur, condemnatio in solidum fiet, quoniam, quod præstiterit, potest à socio recipere: an vero is, cum quo agitur, pro parte sua, & damni dati, & operis non restituti nomine damnandus sit: ut in actione damni infecti fiat, cum ejus prædii, ex quo damnum metuatur, plures domini sint, & cum uno eorum agatur: licet opus, ex quo damnum futurum sit, individuum sit, & ipsæ ædes, solumque earum non potest pro parte duntaxat damnum dare: nihilominus eum, cum quo agitur, pro sua parte condemnari, magisque existimat, id servandum in aquæ pluviæ arcendæ actione, quod in actione damni infecti: quia utrobique non de præterito, sed de futuro damno agitur.*

Ad §. Quod si is fundus, *cui aqua pluvia nocet, plurium sit: agere quidem vel singulos posse: sed damni, quod post litem contestatam datum sit, non amplius parte sua consecuturum:* [D] *Item, si opus restitutum non fuerit, non amplius, quam quod pro parte eorum interfuerit, opus restitui, condemnationem fieri oportere.*

Ad §. Si ex privato agro in *agrum communem aqua immittatur: Ofilius ait, socium cum eo agere posse.*

Ad §. Trebatius existimat, *si de eo opere agatur, quod manufactum sit: omnimodo restituendum id esse ab eo, cum quo agitur: si vero vi fluminis ager delatus sit, aut glarea injecta, aut fossa limo repleta; tunc patientiam duntaxat præstandam.*

HUjus legis principium est etiam de servitutibus aquæ, per quem locum iter alii cessero, an & per eundem alii aquæ ductum cedere possum? Minime, *l. 14. de serv. rust. præd.* quia deterius iter facerem. Sed neque supra [E] eundem locum, per quem iter alii cessi, ut initio hujus legis ostenditur, possum alii aquæ ductum cedere, puta ut opere arcuato, ut arcu, aut ponte supra iter alienum ædificato, per eum arcum, vel pontem alii aquam ducere liceat, hoc non potest fieri, quia deterius iter fit. Sicut de via publica dicitur *in leg. 2. §. Scio tractatum, ne quid in loc. public.* per viam publicam, quod significat etiam *super viam publicam*, jure specum, aut pontem non fieri, quia, ut ait, deteriorem viam publicam fieri non oportet. Et ita quoque ex contrario, si alii prius aquæ ductum cessero, deinde alii iter, vel actum per eundem locum, vel supra eundem locum ponte exædificato, qua possit ire agere, cedere non possum. Aut quod initio hujus legis sequentibus verbis, *nec is, cui iter, vel actus debetur*, significatur, si cui iter, vel actum

de-

Digitized by Google

debeam, is pontem, qua possit ire agere, jure extruere non potest supra rivum alienum, scilicet, hoc est supplendum, quo aquam ducit servitutis jure: quia & id facere non potest sine incommodo ejus, cui aquæductus debetur. Verum an sub rivo alieno poterit specus quis, aut cuniculum facere, eundi agendi causa: Paulus ait, *Specus* in neutro genere, ut Virgil.

Hic specus horrendum ...

Idem differentiam facit inter *specus*, & *cuniculum*, si quidem ita legatur, *at si specus, non cuniculum sub rivo aget*. Quod non est rectum. Nihil enim aliud specus, quam cuniculus subterraneus: vel ut Seneca ait 6. natur. quæst. *Locus vacuus sub terra*. Et plane idem esse specum, & cuniculum Curtius Rufus significat *lib.4.* his verbis, *agi cuniculos jussit, nec saxa, cotesque, quæ interpellent specus, obstabant.* Et lib.9. *urbem*, inquit, *cuniculo cepit, quod barbaris simile monstri visum est, quippe in medis urbe armati terra exibant, nullo suffossi specus ante vestigio facto*. Quod cuniculum dixit initio, postea vocat specus. Ergo utrumque nomen idem potest. Itaque jampridem ostendi *obs. 16. cap. 17.* hoc loco sublata negatione esse legendum, *at si specus*, addita subdistinctione, sive hemicyclo (*sicilico*) *at si specus: cuniculum sub rivo aget*, ut sit connexio duarum vocum idem significantium, quæ figura Græcis παραλληλισμὸς, & est in his libris frequentissima. Ergo, ut sentit Paulus hoc loco, sub rivo alieno specus, aut cuniculum agere non licet, quia eo subfosso aqua aliena corrumpitur, aut manat, aut manalis fit, ut veteres dicebant *Manalem fontem*, & rivus siccatur. Cætera, quæ sunt in hac lege 11. & sunt sat multa, sunt de actione aquæ pluviæ arcendæ, de qua exponendum est quod est In §.1.

AD §. *Cassius ait.* Si ex communi fundo, plurium opere manufacto, decurrens aqua pluvia fundo vicino noceat, vel si fundo plurium communi noceatur, ait unum ex dominis fundi communis, cui aqua pluvia nocet, cum uno ex dominis fundi, ex quo aqua pluvia nocet, agere posse aquæ pluviæ arcendæ, vel unum cum omnibus, aut separatim cum singulis, vel omnes simul, aut separatim singulos cum uno, aut singulos cum singulis: & siquidem unus egerit de opere restituendo hoc judicio, de aqua pluvia arcenda, qua de re, ut in solidum agat necesse est, tam pro sua, quam pro sociorum parte, quia operis restitutio individua est, restitutio operis, sive demolitio in partes scindi non potest, *l.4.§. ult.de verb.oblig. l.stipulatio, §.ult. de novi operis nunt. & §.officium, inf.in hac l.* Si igitur unus ex dominis fundi, cui nocetur, egerit aquæ pluviæ arcendæ, & opus restitutum fuerit, opus scilicet totum, quia nec restitui potest pro parte, facta sunt individua: litis autem æstimationem, id est, æstimationem damni contingentis post litem contestatam, quæ in partes dividi potest, pro sua tantum parte consecutus fuerit, quia nec potuit in solidum, ut §. *quod si is fundus, inf. in hac lege*, quamvis partem tantum æstimationis consecutus fuerit, opus vero totum restituerit, aut restitui curaverit, cæterorum sociorum actio perimitur: Optima ratione, quia nec de opere restituendo agere possunt, quod jam totum restitutum est, nec de damno præterito, quod scilicet contigit, antequam ipsi agerent, post litem ab uno ex sociis contestatam. Et hæc actio non datur de damno præterito, id est, quod contigit antequam ageres, sed de eo quod contigit, posteaquam egisti. Necesse igitur est, ut dicamus, cæteris competere interdictum, quod vi, aut clam, quod est de damno præterito, sed non actionem aquæ pluviæ arcendæ, quæ de damno futuro tantum est, ut docuimus nudiustertius *l.14.* Sed si quando unus ex sociis fundi, cui nocetur, egit aquæ pluviæ arcendæ, si opus restitutum non sit, si reus noluerit opus restituere, hoc casu actor pro sua parte consequitur tantum, quanti sua interest opus restitui, ut *d.§.quod si is fundus, et l.6.§.1. h.t.* At tum sane reliquis integra est eadem actio, quatenus eorum etiam interest pro rata opus restitui. Et hæc, si unus ex sociis egerit aquæ pluviæ arcendæ. Sed ex diverso, si cum uno ex sociis fundi communis, ex quo aqua pluvia vicino nocet, actum sit aquæ pluviæ arcendæ, & is præstiterit, ut ait, id est, totum opus restituerit, cæteri socii liberantur, sed quod impenderit in restituendo opere, id pro parte à cæteris consequitur actione communi dividundo. Quo loco legendum uno spiritu, una saliva, *Per arbitrum communi dividundo reciperari posse: & ex sociis*: sumptum scilicet à cæteris sociis factum in restituendo opere recuperari posse per arbitrum communi dividundo: Hic vulgo locus vitiatus est ab interpunctione. Sed si cum actum esset aquæ pluviæ arcendæ cum uno ex sociis, is opus non restituerit, is opus restituere noluerit suis sumptibus, in partem tantum condemnabitur, in partem tantum condemnandus est, quia æstimatio ejus, quod interest, dividi potest, nec cæteri liberabuntur. Cum uno autem ex dominis agendum est, non cum eo, qui opus fecerit, ut opus restituat, si dominus non sit, ut cum procuratore, cum colono, qui opus fecit, hac actione agi non potest, quia nec ad eum pertinet opus, quod fecit, nec operis facti restitutio, *l.4. §. ult. & l.5. hoc tit.* Et multo minus non dominus, qui opus fecit in agro alieno, quo vicino aqua pluvia nocet, compelli potest, ut damnum præstet, quod aqua pluvia attulerit. Et hoc est, quod ait in extremo hujus §. *Non utique cum eo agendum, qui opus fecit, sed cum domino.* Hæc actio soli domino competit, & in domino tantum: *nec minus eum damnum restituere debere, qui auctor operis fuerit: non etiam dominus.*

AD §. *Cassius.* Repetenda necessario mihi, & partim retractanda sunt ea, quæ dixi ad §.1.l.2. ut vel diligentius, luculentiusque, quod est in extremo ejus explicem, quam fecerim nudiustertius. Incipit hic §. iis verbis: *Cassius ait: sive ex communi fundo, sive communi fundo*, scilicet, *aqua noceat*. Sive igitur ex communi fundo, sive communi fundo aqua pluvia noceat: ex communi fundo aqua pluvia nocet, in quo factum est opus, quo aqua pluvia vicino nocitura sit. Communi autem fundo aqua pluvia nocet, in quem ex opere illo fit, ut aqua pluvia immittatur. Et hoc loco *sive* conjunctio est, non disjunctio, ut Albericus (quo ego doctore utor familiariter) sentit recte, idemque sequentia evidenter exigunt. Conjunctio, inquam est, vel subdisjunctio, falsa disjunctio, sive παραδιάζευξιν, ut loquitur *l.pen. C. de verb. sign.* Sic igitur ponenda est species. Ex communi fundo plurium aquam pluviam nocere fundo proximo, qui & ipse est æque communis inter duos, pluresve, & vel unum ex sociis, quorum fundo communi noceatur, aquæ pluviæ arcendæ agere potest cum uno ex sociis, & dominus fundi communis, in quo opus factum est, vel unum separatim cum singulis, vel separatim singulos cum uno, vel singulos cum singulis. Quæ divisio plusquam manifesto ostendit, ita, ut dixi, speciem esse ponendam. Ex communi fundo scilicet noceri etiam communi fundo inter duos, aut plures. Et siquidem unus ex sociis, quorum fondo communi aqua pluvia nocet, egerit aquæ pluviæ arcendæ cum uno ex aliis sociis, vel separatim cum singulis, quorum in fundo communi opus factum est, & restitutio operis facta fuerit, in totum scilicet, quia est individua, ut probavimus supra. Item si litis æstimatio, id est, æstimatio damni dati post litem contestatam, facta, & præstita fuerit actori, pro sua parte scilicet, quia dividua est, ut *§.quod si is, inf.in hac l.6. §.1.sup.* tum hæc actio in cæterorum sociorum persona evanescit, videlicet si unus ex sociis, quorum fundo nocetur, hac actione similiter egerit cum uno ex sociis, in quorum fundo communi opus factum est: si, inquam, cum uno egerit, & restitutio operis in solidum, & damni dati præstatio pro parte facta fuerit: hæc actio in cæterorum sociorum persona extinguitur, quia nec de opere restituendo, qua de re præcipue hoc judicium instituitur, agere possunt, quia jam restitotum est, neque etiam de damno, quod contigit post litem cum illo contestatam, quod cæteris sociis est damnum præteritum: & de damno præterito hoc judicio non agitur, sed interdicto, quod vi, aut clam, quo etiam pro rata portionum suarum cæteris sociis integrum est experiri, *l.14. §.in hoc, l.6. §. officium, hoc tit.* Et hæc si unus ex sociis egerit aquæ pluviæ arcendæ. Quod si cum uno ex sociis habentibus communem fundum, in quo opus factum

est, actum sit aquæ pluviæ arcendæ, & is opus restituerit, & A damnum, quod post litem contestatam contigit, pro sua tantum parte præstiterit, cæteros socios liberari, recte Cassius ait, quia totum opus est restitutum. Neque enim potuit ejus demolitio scindi in partes. Itemque de damno præterito hoc judicio non tenetur, sed de futuro tantum, quod contigit post litem contestatam ante sententiam. Verum quod is impenderit in restitutionem operis propter individuitatem ipsius rei, propter individuitatem restituendi operis, quia necesse ei fuit sua impensa totum restituere, id pro parte sociorum ab eis recipiet actione pro socio, vel communi dividundo. Hoc est certissimum. Quod si etiam æstimationem damni dati post litem contestatam, vel non restituto opere per contumaciam adversarii, si æstimationem quanti actoris interest in solidum præstiterit, quia necesse non habuit eam æstimationem præstare in solidum, B sed satis ei erat eam pro sua patre præstare, quia pecuniæ præstatio dividua est, ut patet ex *d. §. quod is fundus*, & *l. 6. §. 1. sup.* tum id, quod sociorum nomine dederit, non recipiet judicio communi dividundo, quia necesse non habuit solidam æstimationem præstare, sed tamen id recipiet actione negotiorum gestorum, *l. 6. §. sive autem*, & *§. si damni, comm. divid. l. si communes, de negot. gest. l. 3. C. eod. tit.* Quæ omnia Accursius, quo nomine eum vehementer laudo, intellexit probe. Quod autem scriptum est in fine hujus *§. Et ex sociis non utique cum eo agendum, qui opus fecit*, id profecto, quod in extremo hujus §. est, Accursius intellexisse non videtur. Cum enim in id adducat *l. 4. §. ult.* & *l. 5. hoc tit. sup.* ea verba extrema hujus §. accepisse videtur de non domino, qui in alieno solo opus fecerit, cum quo certum est, etsi eo nomine possit agi interdicto, quod C vi, aut clam, non tamen agi posse actione aquæ pluviæ arcendæ, quia dominus non est. Quæ res etiam fecit, ut mutatis interpunctionibus, mutatoque articulo *ex* in *à*, vulgo ita legeretur, uno ductu, *per arbitrum communi dividundo reciperari posse à sociis*, addito puncto, tum sequeretur alia clausula, quæ acciperetur de non dominis, qui opus fecerunt in alieno, quo aqua pluvia viciniis noceret, nempe hæc clausula, *non utique cum eo agendum, qui opus fecit*. At certe cum dicat, quæ est verissima lectio, & *ex sociis*, initium hoc est clausulæ posterioris hujus §. non illud, *non utique*. Et consequenter hæc clausula de dominis est, *si de sociis habentibus fundum communem*. Ergo de dominis, non de non dominis, neque etiam de non dominis dicere hoc loco quicquam attinebat. Quod cum ita sit, perspicue igitur falsum est, ut est scriptum, quod ait, *ex sociis*, quorum scilicet D in fundo communi opus factum est, *non utique cum eo agendum aquæ pluviæ arcendæ, qui opus fecerit*. Imo enim utique sine dubio cum eo agendum est, qui opus fecit, nimirum, ut non tantum patientiam, sed etiam impensam præstet tollendi operis. Et vero cum subjiciat, *nec minus eum quoque damnum restituere debere, qui auctor operis fuerit*. Quibus verbis affirmat, eum quoque, qui opus fecerit, damnum debere præstare datum post litem contestatam. Nec non igitur, & ante affirmavit necessario, non negavit, cum eo esse agendum, qui opus fecerit, & nec minus damnum eum restituere debere. Quid aliud est, quam eum non tantum opus restituere debere, conventum actione aquæ pluviæ arcendæ, sed etiam damnum, quod contigerit post litem contestatam? Quod & glossæ, & Doctores intelligentes, hæc ita ferruminare coacti sunt, vel sup- E plere, *non utique*, subaudi *tantum*, *non utique tantum cum uno ex sociis, qui opus fecerit solus in fundo communi, aquæ pluviæ arcendæ agendum esse, ut patientiam, & impensam præstet restituendi operis: sed etiam cum eo, qui opus non fecerit, ut vel patientiam præstet, non etiam impensam*. Quod est quidem verissimum, sed non his verbis expressum. Vis autem scire, quam hoc sit verissimum, audi enarrationem §. sequentis, & interim facessat illa emendatio. Si ex sociis, in quorum fundo communi opus factum est, quo aqua pluvia vicino noceret, cum uno actum sit aquæ pluviæ arcendæ, qui opus non fecerit, nec fieri jusserit, Proculus diversæ scholæ à Cassio, existimabat eum, tametsi innocentem, sua impensa opus restituere debere: Hac ratione, quia

A pro parte cæterorum sociorum, quod impenderit, judicio communi dividundo à sociis recipere potest. Et nihil damni facturus est, si sua impensa opus restituerit. Contra vero Urlejus Ferox, cujus sententia verior est, eum, qui opus non fecerit, patientiam duntaxat tollendi operis præstare debere: nec idoneam esse Proculi rationem, quia communi dividundo actionem adversus socios habet, ut impensam, quam fecit, reciperet pro parte sociorum. Quid enim si inanis ea actio sit propter inopiam socii? Quid si sit actio ἄπορος? ut ait Novella 97. an impensæ damnum faciet? Hoc vero durum, & iniquum est, & multo æquius imputari actori, quod ex sociis eum non elegerit, qui opus fecerat invitis, aut ignorantibus cæteris, qui utique solus suis impensis opus restituere debet, juxta distinctionem *legis 5. hoc tit. l. 3. §. item si totum, de alien. jud. mut. caus.* Multo B æquius est, inquam, actori moram suam imputari, qui scilicet tardior fuit in exigendo eo, vel aggrediendo eo, qui opus fecerat. Quibus verbis etiam hæc ratio exprimitur in *l. 12. hoc tit.* quæ & de eo loquitur, qui opus non fecit, sed socius fuit ejus, qui fecit. Hæc ita explicanda sunt. Explicabimus etiam partem *§. officium*.

AD *§. Officium.* Dictum est supra de aqua pluvia, quæ ex fundo communi plurium opere manufacto nocet similiter alii fundo communi plurium. Nunc in hoc §. dicit de aqua pluvia, quæ ex fundo communi plurium nocet fundo, non jam communi, sed unius proprio, quod illa verba significant, *si forte unius fundus fuerit*. Proprius igitur, *cui aqua noceat*: si vero, *in quo opus factum, sit plurium*. Ubi veterum more, & scriptores præcipue Pandectarum Florentinorum C scriptum est, *qui* pro *cui*, dandi, vel auferendi casu. Donatus in Andria, *qui pro cui veteres scripsere* in illum locum, *restat Chremes, qui mihi exonerandus est*: & in Eunucho. *Dii potestatem suam omnem ostendere, cui tam subito tot contigerint commoda.* Et in Phormione, *qui, quod amat, domi sit*. Et ut doctissimus Bembus sentit illo loco Virgilii.

- - - - qui non risere parentes.

Quæstio autem hujus §. hæc est, si is, qui solus fundi dominus est, cui ex opere manufacto in fundo communi plurium aqua pluvia nocet, cum uno ex sociis egerit aquæ pluviæ arcendæ, utrum sicut operis restituendi in solidum condemnatio fit, quia opus individuum est, utrum ita etiam, vel an ita etiam damni dati post litem contestatam, vel opere non restituto, quanti actoris interest in solidum, in pecuniam certam condemnatio fieri debeat? Hæc est quæ- D stio, de qua Julianus dixit dubitare se. Cur dubitaverit, proxima recitatio demonstrabit: sed prius dicamus, ut huic quæstioni respondeamus. Et quidem sicut, cum fundus, cui aqua pluvia nocet, plurium communis est, singuli socii non habent actionem, nisi pro parte damni dati post litem contestatam, & opere non restituto pro parte, pro qua eorum interest, ut diximus supra, ut item proponitur in fine hujus *§. & in l. 6. §. 1. sup.* Ita quum fundus, cui aqua pluvia nocet, unius proprius est, eo agente cum uno ex dominis fundi communis, cum quo opus factum est, concluditur, hoc loco eo nomine non fieri condemnationem, nisi pro parte, quia pecuniaria condemnatio est, quæ divisionem recipit. Idque exemplo actionis damni infecti, qua si agatur cum uno ex dominis prædii communis, ex quo damnum timetur, agitur tantum in partem, *l. plures*, & *l. ex* E *damni, §. pen. sup. tit. prox.* Quia licet opus, ex quo damnum timetur, sit individuum, id est, dividi non possit, sicut & ea ratione animal quodcunque dicitur individuum: licet, inquam, opus, ex quo damnum timetur, individuum sit, & in partem etiam restitui non possit; licet item prædium, ex quo damnum timetur, non possit alteri prædio pro parte damnum dare, pro parte non dare; nam quod damnum dat, id sane in solidum dat, nec damni divisio est, tamen damnum, quod pluribus datum est, non potest videri singulis datum in solidum, sed in partem tantum. Ergo in partem tantum habent actionem ad æstimationem. Rei quidem damnum datur in solidum, sed non etiam personis singulis. Itaque idem servatur in actione aquæ pluviæ, quod in actione damni infecti, quia & utraque est de damno

Digitized by Google

no futuro, non de præterito. Primum sententia *§.officium, l. 11. de aqu. & aq. plur.* paucis repetenda est, ut cum ea conjungam contentionem, quæ in eo proponitur actionis noxalis cum actione aquæ pluviæ arcendæ, & cum actione damni infecti, si fundus plurium communis sit, ex quo decurrens aqua nocet fundo meo proprio. Julianus, qui mihi o de officio judicis, aquæ pluviæ arcendæ accepti inter me, & unum ex sociis, sive dominis fundi communis, ex quo aqua nocet fundo meo, dubitare se dixit, postremo magis putavit, opus quidem ab eo, quo cum agitur esse restituendum, tollendum in solidum arbitrio judicis, quia operis restitutio individua est. In æstimationem vero damni dati post litem contestatam, vel opere restituto per contumaciam rei, io æstimationem ejus, quod interest, reum pro sua parte tantum condemnandum esse. Quod confirmat etiam *l. 6. §. 1.* & io extrema clausula hujus *§.officium*, quæ incipit his verbis: *Quod si is fundus, cui aqua pluvia nocet, plurium sit:* ubi, *quod si is fundus, cui aqua pluvia nocet*, ex alio scilicet fundo communi, & conjungenda ea clausula est cum *§. Cassius, sup.* idem, inquam, servari ostenditur, idemque esse arbitrium, sive officium judicis aquæ pluviæ arcendæ, si ex commuoi fundo, verbi gratia Lucii, & Caji, aqua pluvia noceat fundo communi meo, & tuo. Nam & hic æstimationis condemnatio fit in partem tantum, si cum uno ex sociis agatur, non cum omnibus, aut separatim cum singulis. Et hoc quidem comparatum esse ait io hoc §. exemplo stipulationis, & actionis damni infecti, stipulationis, & actionis, quæ utraque significatur nomine actionis. Quia & stipulatio instar actionis habet, non hoc loco tantum, sed etiam in *l. 3. §. si vicinus, hoc tit. & in l. 33. sup. tit. prox. & in l. Julianus, §. si fruct. de act. empt.* Et rursus etiam in hoc titulo *l. 24. §. in hoc*. Qua quidem actione damni infecti si agatur cum uno ex dominis prædii communis, ex quo damnum timetur, is certe non amplius, quam pro parte sua condemnari debet, *l. plures, l. ex damni, §. pen. sup. tit. prox.* quia ut etiam hic ostenditur, licet opus, ex quo damnum timetur, individuum sit, neque enim potest dividi sine corruptione, sine interitu; licet enim non possit prædium, quod damnosum imminet alteri prædio, pro parte duntaxat damnum dare, quia & ipsa damni datio, si per se spectetur, individua est; tamen damnum quod futurum est, ut detur pluribus, quodve datum est pluribus, non potest videri singulis datum iri, aut dari io solidum, sed in partem tantum. Prædio quidem communi damnum datur in solidum, sed non personis singulis. Itaque idem servatur hac in re in actione aquæ pluviæ arcendæ, & in actione damni infecti: quia, ut ait utraque est de damno futuro, non de præterito. Ergo conveniens est, ut quæ in utraque damni ratio venit, eodem, & pari modo ineatur. Argumentatur à stipulatione, vel actione ex stipulatu damni infecti, ad actionem aquæ pluviæ arcendæ à pari, quod argumentum in jure est frequentissimum. Et quod forte Juliano dubitationem dabat, docet disparem esse rationem noxalis actionis, quæ est de damno præterito, non de futuro. Unde si servi communis nomine cum uno ex dominis agatur noxali actione furti, vel damni injuriæ, & is suscipiat hominis defensionem, quæ proculdubio individua est, quia & homo, cujus ob noxam agitur, individuus est, *l. in executione, §. pro parte, de verb. obligat.* nec audietur ergo, si pro parte hominem defendere paratus sit, sed quodammodo totum suum hominem, ac si totus suus esset, defendere debet, *l. 4. §. si ex nox. caus. ag.* Ideo & in solidum condemnandus est, ut si nolit hominem noxæ dedere, litis sive damni dati integram æstimationem præstet, permissa, ut significavi jam, noxæ deditione, si servum noxæ dedere malit. Quæ quidem noxæ deditio etiam individua est, ut & homo, qui deditur in noxam. Itaque non potest evitare litis æstimationem, quamvis servi in solidum non sit dominus, nisi servum noxæ dedat in solidum, redemptis partibus sociorum, vel qua alia ratione, *l. 8. de nox. act. l. 14. §. item si servus, de servo corrupto, l. 25. §. si unus, familiæ erciscundæ*. Ratio vero, quæ redditur hoc loco, cur uno ex dominis ex persona servi communis convento actione noxali in solidum condemnatio fiat, ea, inquam, ratio similis est rationi Proculi allatæ supra in *§. apud Ferocem*, quia, hæc est ratio, quoniam quod præstiterit unus ex dominis noxæ nomine, id à socio, vel sociis actione pro socio, vel actione communi dividundo, vel familiæ erciscundæ pro partibus eorum recipere potest, ut in *d. l. 25. §. si unus*, quam tamen rationem mirum est rejici in *§. apud Ferocem*, & in hoc §. recipi atque probari. Quæso doceamus quid sit in causa, aut quæ sit veritatis ratio: & dico illam rationem omnino nihil valere, in eo, qui jure obligatus non est, qui utique nec ideo obligatur, ut est in regula juris 171. quod recepturus sit ab alio, quod præstiterit, alioquin quilibet obligaretur ad solvenda aliena nomina, quia soluta recepturus est actione negotiorum gestorum, quod esset absurdum. Et ita in specie d. §. *apud Ferocem*, unus ex sociis, qui opus non fecit, quo aqua pluvia vicino noceret, nec fieri scivit, nec jure ipso tenetur actione aquæ pluviæ arcendæ, hoc est, ut impensam præstet tollendi operis, ut patientiam quidem tollendi operis, non ut impensam præstet, non ideo etiam in hoc tenetur magis: quod si eam impensam fecerit, à socio, qui opus fecit, quod amplius sua portione impenderit actione communi dividundo reciperare potest. Hæc ratio non obligat: Valere autem maxime hanc rationem in eo, qui jure obligatus est, ut in hoc §. in uno ex sociis, qui actione noxali nomine servi communis tenetur in solidum ipso jure, vel eo maxime tenetur, quia quod amplius sua parte præstiterit, id à socio reciperare potest per arbitrum communi dividundo. Nam & ita (quod notandum) actione de peculio, & institoria, & exercitoria nomine servi communis singuli ex dominis ipso jure tenentur in solidum, quod iniquum sit eum, qui cum uno contraxit, distringi in plures adversarios: sicut & illud iniquum est, ut ob noxam unius, quis distringatur in plures adversarios, in plures dominos servi, vel eo maxime, quum singuli condamnantur in solidum, id est, vel unus ex iis, qui electus fuerit, eo maxime condemnatur in solidum, quod rursus ipse possit à socio, vel sociis consequi judicio societatis, vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit. Et ita est proditum nominatim in *l. & ancillarum, §. ult. de pecul.* Et nescio, qua aure glossa ibi non exaudiat rationem illam, quæ maxime idonea est. Hæc distinctio, quæ usum illius regulæ demonstrat summe notanda est.

AD *§. Si ex privato*. Supra dixit de aqua pluvia, quæ ex fundo communi duorum, vel plurium æque nocet fundo plurium communi, & de aqua, quæ ex fundo communi plurium nocet fundo unius proprio in *§. officium*. In hoc §. pen. vice mutata dicit de aqua, quæ ex fundo privato, ut ait, id est, ex fundo proprio unius, nocet fundo communi, veluti ex fundo meo proprio, fundo communi meo, & tuo. Quo casu ait socium mecum agere posse aquæ pluviæ arcendæ, sed addendum est ex *d. l. 6. §. inde quær. sup.* sic tamen, ut pars tantum damni ei præstetur. Nihil est certius.

AD *§. ult.* Postremo in §. ult. hujus legis ostenditur, aqua pluvia vicino nocente ex opere ab alio facto in agro suo, manu sua, dominum omnimodo opus restituere & tollere debere. Omnimodo, id est, suis sumptibus, ut *§. apud, sup.* Aqua autem pluvia nocente vi fluminis, dominum fundo, ex quo aqua nocet, patientiam duntaxat tollendi operis præstare debere. Nocente autem vi fluminis, forte, ut ait, fossa quadam fimo, aut limo repleta, vel aggere deleto, ut in *l. 2. §. item Varus, sup.* vel, inquit, *glarea injecta*, id est, sabulo aggesto. Unde & glarea pro via regia sabulo strata apud Ausonium Epist. 12. illo loco.

Aut iteratarum, qua glarea ducta viarum
Fert militarem ad Blaviam.

Sterni viæ regiæ sabulo solebant, quod veteribus est *desabulare*: ut *delapidare*, lapide sternere. Restat *l. frugem 77. de verb. signif.*

Ad L. LXXVII. de Verb. signif. *Frugem pro reditu appellari, non solum quod frumentis, aut leguminibus: verum, & quod ex vino, sylvis cæduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Julianus scribit, fruges omnes esse, quibus homo vescatur, falsum*

esse: non enim carnem, aut aves, ferasve, aut poma fruges dici. Frumentum autem id esse, quod arista se teneat: recte Gallum definisse. Lupinum vero, & fabam fruges potius dici: quoniam non arista, sed siliqua continentur. Quæ Servius ad Alfenum in frumento contineri putat. A

RElstat ex hoc libro *l.77. de verborum significat.* quam rectissime Labittus noster retulit ad actionem aquæ pluviæ arcendæ me auctore, cum in hac urbe diversaretur, qua actione constat ex *l.1. §. de eo opere, & §. Labeo, de aqu. & aq. pluv.* non tantum eum nun teneri, qui aratro opus facit in agro suo frumenti quærendi causa, ut Trebatius dicebat, sed etiam, qui quid facit frugum fructuumque percipiendorum causa. Quod nomen frugum, cum hoc ex veteribus refert, & Paulus in hoc libro docuit, ut patet ex hac l.77. quæ est ex hoc libro, fruges accipi pro reditu omni, B non solum quod ex frumentis, aut leguminibus, verum etiam, quod ex vino, sylvis cæduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Falsum autem esse, quod quidam dicebant, fruges esse omnes, quibus homo vescatur; neque enim carnem, aut aves, aut feras, aut poma fruges dici: *frumentum autem id esse, quod arista se teneat, ut triticum, hordeum, siligo (deliciæ frumenti) secale, & avena.* Legumen autem id esse, quod siliqua, non arista se teneat, ut faba, cicer, lupinum, vicia, quæ ὄσπρια vocant Græci, auctore Galeno ἐν ἄλλοις, nec recipiendam esse Servii sententiam, qui legumina frumenti appellatione contineri putabat. Frugum quidem appellatione legumina continentur, & fruges minutæ dicuntur. Unde Paulus 3. Sentent. *frugibus legatis, non tantum frumenta, sed etiam legumina deberi: sed frumenti etiam appellatione legumina non continentur.* C

Ad L.CLXVII. de Reg. jur. *Non videntur data, quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt.*

Ad §. Qui jussu *judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet.*

ULtima ex hoc libro est *lex 167. de reg. jur.* quæ etiam referenda est ad actionem aquæ pluviæ arcendæ, quæ ut diximus sæpe, soli domino competit, soli domino fundi, cui aqua nocet: non ergo competit ei, qui bona fide fundum emit à non domino, etiamsi fundum usuceperit, de eo scilicet opere, quod jam factum erat venditionis, & traditionis tempore, quo quidem tempore fundi dominium erat alterius, quam venditoris. Ergo nec poterat transferri à non domino in emptorem, *l.6. §. si quis, de aqu. & aq. pluv.* quia, D ut ait hæc lex in principio, non videntur data, quæ eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt: non videntur data, inquam, sed tradita. Dare est dominium transferre: non videtur dominium, sed possessio translata. Dominium autem, quod usucapione adquiritur, non retrotrahitur. Altera regula, quæ sequitur in hac lege: *Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere,* etiam pertinet ad eandem actionem aquæ pluviæ arcendæ, & sumendum exemplum est ex *l.4. in princ. de aqu. & aqu. pluv.* Sepulchri violati, actione tenetur is tantum, qui dolo malo id violavit, ut prima verba edicti de sepulchro violato, quæ licet consulere, evidenter ostendunt. Ergo non is tenetur actione sepulchri violati, qui jussu judicis aquæ pluviæ arcendæ sepulchrum demolitus est, quod ex ejus constructione aqua pluvia vicino noceret, *d. l.4.* nimirum, quia qui jussu judicis E aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet. Finge: ædificavi in meo fundo sepulchrum, ex quo aqua pluvia vicino nocet, aut nocitura est, desii ejus loci esse dominus, imposito, immolito sepulchro, propter religionem, quæ locum occupavit, & tamen teneor actione aquæ pluviæ, quia eo tempore, quo sepulchrum molitus sum, ejus loci dominus eram, etsi jussu judicis compellar sepulchrum restituere, tollere ac demoliri, non ideo teneor actione sepulchri violati, quia id non videor fecisse dolo malo. Et hoc etiam Labittus noster notat ad Indicem legum, ex quibus Pandectæ confectæ sunt. Et hic est finis libri.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. L. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.III. de Serv. export. *Si quis hac lege veniit, ut intra certum tempus manumittatur, si non sit manumissus, liber sit: si tamen is, qui vendidit, in eadem voluntate perseveret: heredis voluntatem non esse exquirendam.*

HIC totus liber fuit de libertatibus, sive manumissionibus, quam ad rem etiam pertinent omnes leges, omniave fragmenta, quæ vere ex hoc libro sumpta sunt. Nam *l.54. de procur. & l.6. quib. ex caus. in poss. & l.2. & 4. de injur.* huic libro falso adscribuntur. Et quidem *l.54. de procurat. & l.6. quibus ex causis,* quæ pertinent proprie ad causam mittendorum creditorum in bona debitoris, rejiciendæ sunt in lib.57. lex autem *2. & 4. de injuriis,* quæ proprie pertinent ad actionem injuriarum in librum 55. ut ibidem liquido demonstrabitur. Incipiamus igitur à *l.3. de serv. export.* Aliquando in vendendo servo hanc legem venditor dicit, *ut servus, quem vendidit, intra certum tempus ab emptore manumittatur,* qua de re est hæc lex 3. Et ea est vis hujus legis, sive pactionis, ut si non obtemperaverit emptor, transacto illo tempore servus ipso jure fiat liber, ex rescripto Divi Marci, & Commodi ad Aufidium Victorinum, cujus est mentio frequentissima in his libris: ut, inquam, post illud tempus ipso jure fiat liber, si tamen venditor, qui legem dixit, vivat, & in eadem voluntate perseveret: Nam si mortuus fuerit intra tempus manumissioni præstitutum, etiam si heres ejus nolit servum manumitti cessante emptore, post tempus liber fit. Et hoc est, quod ait, heredis voluntatem non esse exquirendam, heredis scilicet ejus, qui servum vendidit ea lege: viventis venditoris voluntas exquirenda est, non etiam heredis ejus: ex eodem rescripto *in l.3. qui sine manum. ad libert. perv.* ac præterea ex eodem rescripto, etiamsi mutata voluntate venditor sine herede decesserit, atque etiam emptor, servo post tempus libertas competit ipso jure, *l.1. eod. tit.* Item si idem servus manumittatur ab emptore intra tempus præstitutum, invito venditore, qui mutavit voluntatem, beneficio emptoris fit liber omnimodo, *l. 8. de serv. export.* Et his duobus casibus, quos hic glossa non potuit discernere, mutatio voluntatis, sive inconstantia venditoris nihil officit libertati: his, inquam, duobus casibus, puta si post voluntatem mutatam, & venditor, & emptor sine herede decesserint. Itemque si post mutatam voluntatem, ultro emptor servum manumiserit. Aliquando hanc legem dicit venditor ancillæ, *ne prostituatur ancilla, & ut prostituta libera sit,* quæ & prostituta hujus pactionis vi, & potestate ipso jure libera fit, *l.2. C. si mancipium ita ven. ne prost.* Cujus pactionis potestas etiam exercetur, licet per plures emptores mancipium cucurrerit, & à postremo forte emptore prostituta ancilla fuerit: eripitur enim statim in libertatem, *l. divus, de jure patron.* Aliquando eadem lex ita concipitur, *ne prostituatur, & ut si prostituatur, venditori liceat manum injicere, & eam abducere tanquam servam suam, l.1. C. si manc. ita ven. l. pen. de serv. export.* qua de pactione ex hoc libro restat *l.56. de cont. emp.*

Ad L.LVI. de Contrah. empt. *Si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, ne prostituatur, & si contra factum esset, uti liceret ei abducere: & si per plures emptores mancipium cucurrerit, ei, qui primo vendidit, abducendi potestas sit.*

QUæ docet, hujus etiam legis, sive pactionis dictæ à venditore in vendenda ancilla vim obtinere, quamvis per plures emptores mancipium cucurrerit, quia hæc lex mancipio inhæret, non personæ primi emptoris. Et hoc

qui-

quidem in *d.l.t. C. si mancip. ita ven.* est his verbis expressum, *tenorem legis*, id est, pactionis hujus, *non intermitti, quod dominium per plures emptorum personas ad primum, qui prostituit, sine lege simili pervenerit*. Et ait Paulus in hac l.56. si per plures emptores mancipium cucurrerit,ut in antiqua inscriptione excepi, *ne quis eos venderet, sed per genus ipsorum possessio decurreret, vel per agnatos, vel manumissos*. Cajus in *l.16. de minoribus*, aliter, inquit, si emptio per plures personas ambulaverit, ubi emptio, id est, res empta, ut in *l.9. hoc tit. de cont. empt.* dissentiant in emptione, id est, in re empta. Et similiter donatio pro re donata, *l.4. pro don.* donationem usucapi, id est, rem donatam. Transeamus ad *l.35. de man. test.*

Ad L.XXXV. de Man.test. *Servius existimabat, iis posse servis dari testamento directam libertatem, qui utroque tempore, & quo testamentum fit, & quo moritur, testatoris fuerunt, quæ sententia vera est.*

DOcet his tantum servis posse testamento dari directam libertatem, qui testamenti faciendi, & mortis tempore in potestate testatoris fuerint, ita scilicet, ut ab eo utroque tempore manumitti potuerint, quæ sententia Servio tribuitur, & vera esse dicitur. Ait, directam libertatem, ut in *§.nec alius, Instit.de sing.rebus per fideicomm.* Nam fideicommissaria libertas etiam alieno servo dari potest. Et adde, *justam, directam, & justam libertatem*. id est, civitatem Romanam ex Ulpiano lib.sing.reg. tit.1. Item adde ex eodem, *qui utroque tempore testatoris fuerint ex jure Quiritium, secundum jus vetus*. Nam, qui in bonis tantum, non etiam ex jure Quiritium testatoris erant, manumissi testamento, Latini fiebant, non cives Romani. Rursus quod ait, mortis tempore, vel tempore quo moritur testator, adde, vel si non mortis tempore fuerit in potestate testatoris, saltem si in hereditate fuerit tempore aditæ hereditatis ex *l.58.inf. hoc tit.* quia libertates testamento relictæ cedunt ab aditione hereditatis: & quod fit intra diem aditionis, & mortis tempore fuisse videtur: aditio hereditatis morti conjungitur, *l.heres quandoque, de adquir. heredi*. Et inde Ulpianus lib. sing. regul. tit. 22. *Siquidem*, inquit, *mortis testatoris tempore, vel intra diem cretionis*, quod est, aditionis, *civis Romanus sit*. Nihil igitur refert quo tempore quid fiat, quidve sit, mortis, an aditæ hereditatis.

Ad L.XII. de Manumiss. *Lege Favia prohibetur servus, qui plagium admisit, pro quo dominus pœnam intulit, intra decem annos manumitti. In hoc tamen non testamenti facti tempus, sed mortis intuebimur.*

POrro cum hac leg. 35. conjungenda est *lex 12. de manumiss.* quæ est ex eodem lib. in qua videtur ab hac sententia Servii excipi unus casus. Et proponitur in ea lege, caput legis Fabiæ de plagiariis, quo si servus plagium admiserit, *ἐξανδραποδισμὸν*, & pro eo dominus, quo sciente id amisit, pœnam pecuniariam intulerit, puta sestertiorum quingentorum millium, quæ fuit pœna plagii pecuniaria, ex eadem lege Fabia, auctore Ulpiano apud Ruffinum. *tit. de plagiariis*, etiam post hanc pœnam illatam à domino, adhuc prohibetur is servus à domino intra decem annos manumitti; ut *l.in bello, §.si in captivo, de capt. & postl. rev.* atque ita uterque punitur, dominus & servus; dominus, illata pœna legitima, servus, prohibita ejus manumissione. Et ad eum modum servus fugitivus, qui sui ipsius plagium sive furtum fecit, ut ait *l.1. C. de serv. fug.* si dominus fugitivario eum vendiderit, cui scilicet mandaverat servum fugitivum perquirendum, & apprehendendum, intra decem annos contra prioris domini voluntatem à fugitivario novo domino manumitti non potest. Quod Paulus scribit 1. Sentent. *tit. de fugit.* quod tamen nondum in lucem prodiit. Proposito autem hoc capite legis Fabiæ, subjicit Paulus in hac l.12. *In hoc tamen non testamenti facti tempus, sed mortis intuebimur*. Quæ est exceptio superioris sententiæ Servii Sulpitii: nimirum, quia etsi testamenti faciendi tempore is servus nondum manumitti possit, quod nondum decennium præteriisset, si tamen decennium præterierit mortis testatoris tempore, ad libertatem testamento relictam pervenire potest, idque pœnæ molliendæ, & libertatis promovendæ ratio postulat. Hunc locum Basilica non intellexerunt. Sequitur *l.17. de manum. vind.*

Ad L.XVII. de Manumiss. vind. *Apud Proconsulem, postquam urbem egressus est, vindicta manumittere possumus.*
Ad §. Sed & apud *legatum ejus manumittere possumus.*

LEx 17. *de manumiss. vind.* ait, apud proconsulem servum, vindicta imposita capiti servi, manumitti posse statim atque urbem egressus est, postquam urbe egressus fuerit, licet nondum in provinciam, quam sortitus est, pervenerit. Recte, quia etsi jurisdictionem contentiosam non habeat, quæ in invitos exercetur, antequam in provinciam pervenerit, tamen voluntariam jurisdictionem habet, quæ exercetur inter volentes tantum. Voluntariam, inquam, jurisdictionem habet proconsul, statim atque urbem egressus est, puta in itinere, dum in provinciam proficiscitur & in aliena provincia apud eum manumissiones, emancipationes, adoptiones fieri possunt, *l.2.de off. procons.l.emancipari, §.1. de adopt.* Et ita Plinius 7.epist.scribit *de manumittendo vindicta servo apud proconsulem Bæticæ, in itinere, dum Bæticam proficiscitur*. Idem etiam proconsul retro, dum ex provincia suo munere perfunctus redit in urbem, eandem jurisdictionem habet, id est, voluntariam, & insignia quoque imperii eadem, quoad portam Romæ ingressus sit, *l.ult.de off. proconf.* Quo respiciens M. Tullius 7. ad Atticum, *si*, inquit, *hoc imperium mihi molestum erit, utar ea porta, quam primum videro*, id est, deponam imperium. Denique imperium proconsulis est ad urbem, id est, ad urbem usque, non in urbe. Et inde Ciceroni, & Cæsari, consul ad urbem, id est, proconsul. Et inde etiam veluti pro privilegio data Augusto proconsulari potestate, id quoque datum est nominatim, & extra ordinem ut ingressus Romam non deponeret eam potestatem, apud Dionem in fine 53. libri. Quod privilegium etiam datum legimus Quinto Fulvio, & M. Marcello proconsulibus apud Tit. Livium 26. Sequitur in hac lege, *sed apud legatum ejus manumittere possumus*. Quod falsum esse coarguit *l.2. de offic. proconf.* quæ apud proconsulem ait, manumissionem quidem fieri posse statim atque urbem egressus est, non etiam apud legatum ejus ullo tempore. Et rectius igitur hoc loco alii libri habent, *non possumus*, ut hic sit sensus: sed non, ut apud proconsulem, ita & apud legatum quoque ejus manumittere possumus; quia scilicet legis actionem non habet, quia apud eum lege agi non potest; id est, quia actus legitimi, & solemnes apud eum peragi non possunt, etiamsi sit ei mandata jurisdictio, quia legis actio non mandatur, sed lege datur specialiter, ut *l.21. hoc tit.* Legis actio non ex mandatu jurisdictionis proficiscitur, sed ex lege speciali, quæ legis actionem dederit, nec moveri debemus his verbis, *sed & apud legatum*, quæ & hoc loco, & aliis plerisque in his libris, *discretiva*, non *conjunctiva* sunt, & eo sensu, quem dixi, accipienda sunt. Restat *l.23. de liberali causa*.

Ad L.XXIII. de Liberali causa. *Si usumfructum tibi vendidero liberi hominis, & cessero: servum effici eum, dicebat Quintus Mutius: sed dominium ita demum fieri meum, si bona fide vendidissem: alioquin sine domino fore.*
Ad §. In summa *sciendum est, quæ de venditis servis, quibus denegatur ad libertatem proclamatio, dicta sunt, etiam ad donatos, & in dotem datos, referri posse; item ad eos, qui pignori se dari passi sunt.*
Ad §. Si mater, *& filius de libertate litigant; aut conjungenda sunt utrorumque judicia: aut differenda est causa filii, donec de matre constet: sicut divus quoque Hadrianus decrevit. Nam cum apud alium judicem mater litigabat, apud alium autem filius, Augustus dixit, ante de matre constare oportere, sic deinde de filio cognosci.*

QUæ pertinet ad actionem in factum, qua liber homo tenetur, qui sciens dissimulato statu suo se pro ser-

servo dolo malo venire passus est, deinde proclamavit in libertatem, & evicit se ab emptore, videlicet, quum pretii partem non accepit. Quo casu, quia servus non fit, etiam si sciens venierit quasi servus, integra est ei proclamatio in libertatem; sed si pretium participaverit, si pretio ductus prodiderit libertatem suam, plane servus fit, nec ad libertatem potest proclamare, *l.40. inf. hoc tit. l.1. C. quib. ad libert. procl. non lic.* Verum si pretium participatus non sit, quia decepit emptorem dissimulando conditionem suam, emptorem, inquam, bonæ fidei, quod exigitur, qui putabat eum esse servum, ex edicto prætoris emptori tenetur, ut duplum restituat, & præstet ejus, quod emptor propter emptionem vel dedit, vel obligatus est, aut venditori, aut fisco vectigalis nomine, quod *ὠνήτιον* est, aut parario, sive sequestro contrahendæ emptionis, aut uxori venditoris: non tantum pretium erogatur plerunque in re aliqua emenda, sed & pleraque alia erogantur, ut dixi, vel uxori venditoris, vel fisco, ut *l. debet, de ædil. edict. l. quod si nulla, de hered. vend.* Hæc omnia, quæ emptor bonæ fidei cuicunque propter emptionem jure licito erogaverit, ei liber homo, qui proclamat ad libertatem, in duplum restituere tenetur, *l.18. & 20. hoc tit.* Si quid cuidam, inquit *l.20.* ob hanc actionem, id est auctionem, sive venditionem mancipii, jure licito dedit.

Ad L.LXXV. de Verb. sign. *Restituere videtur, qui restituit quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.*

ET huc omnino pertinet *l.75. de verb. signif.* quæ est ex hoc libro, & ait, eum, cum quo agitur hoc judicio, nempe pœnali in duplum rem actori restituere videri, eum actori, id est, bonæ fidei emptori restituit id omne, quod habiturus esset, si controversia ei facta non esset: id est, si is, quem emit quasi servum, non proclamasset ad libertatem. Huic actioni locus est, ut jam dixi, cum liber permansit is, qui se venire passus est, ut puta, quia non participavit pretium. Nam in servum nulla est actio, & liber permanet, si pretium non participaverit, & vel se venire passus sit pleno jure, quasi servus dissimulata conditione sua, vel etiamsi venire passus sit, non se totum, sed usumfructum sui ipsius quasi servi. Nametsi eo patiente usumfructum ejus vendidero, & cessero, quum participavit pretium, servus efficitur; quod ostenditur initio hujus l.75. nec tamen proprietas aliter fit mea, quam si bona fide eum vendidero. Nam si sciens liberum, eum vendidero volentem, & participantem pretium, proprietas non est mea, ususfructus est emptoris, proprietas vero cujus? nullius, sed servus est sine domino, ut ait, id est, sine proprietario: sicut cum servi unus habet usumfructum, alter proprietatem, si proprietarius eum manumiserit, liber non fit, sed servus est sine domino, auctore Ulpian. *lib. reg. tit. 1.* Idem Ulpianus alio loco fragmentorum ita scribit, ut possit quis habere libertatem, talis esse debet, ut proprietas ejus plena ad eum pertineat, alioquin non potest vindicta manumittere, aut non potest vindicta non manumitti, obstante usufructuario, & si manumiserit eum vindicta, facit servum sine domino. Ususfructus obstat libertati, quasi & in hac causa ususfructus pars dominii sit, qui tamen in plerisque aliis causis pars dominii non est. Certe in adquirendo pars dominii non est: neque enim fructuario servus adquirit ex omnibus causis, sed ex re sua tantum, vel ex suis operis, ideoque fructoario hereditatem nonquam adquirit, quia, ut ait *l.47. de adquir. rer. dom.* quæ est ex hoc libro, in operis servi hereditas non est, id est, aditio hereditatis non est in opere servili, *l. aditio, de adquir. hered.* Et sic habemus duos casus, quibus servus est sine domino. Est etiam tertius, si dominus eum habuerit pro derelicto, nec dum eum quisquam occupaverit, interim servus est sine domino, *l. quemadmodum, §.1. de nox. act.* Sequitur in hac *l.23. de lib. caus.*

Ad L.XXIII. de Liber. caus. Cujus verba supra sunt adscripta.

IN *summa sciendum est, quæ de venditis servit, quibus denegatur ad libertatem proclamatio:* ubi jamdiu (*in Instit. de jure pers.*) demonstravi legendum esse; *quibus non denegatur ad libertatem proclamatio*, ut in *l.14. sup. & 24.* id est, qui pretium non participaverunt. Ea, inquam, quæ dicta sunt de venditis servis, pertinere etiam ad servos donatos, & in dotem datos, adde vel datos sponsaliorum nomine, *ut l. ultim. C. de ing. manum.* & ad pignori datos, qui dissimularunt, cum darentur, conditionem suam, sive statum capitis sui. Et postremo in hac lege ostenditur, si mater, & filius liberali judicio contendant de libertate, aut utrumque ad eundem judicem esse mittendum, aut differendam esse quæstionem status filii, quoad cognitum sit de matris statu, quod est ex decreto Adriani Imperatoris, & est apertissimum.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LI. PAULI AD EDICTUM;

RECITATIONES SOLEMNES.

EXPOSUIMUS leges proprias Libri L. ad edictum, rejectis in suos locos impropriis: nunc veniamus ad LI. De qua actione pœnali nonnihil attigit libro superiori, *l.23. de liber. caus.* De actione, inquam, pœnali, quæ datur in duplum bonæ fidei emptori adversus liberum hominem, qui sciens dolo malo se pro servo venundari passus est, ac deinde proclamavit ad libertatem, atque ita evincit se ab emptore, quem deceperat. De ea actione hoc lib. 51. egit plenius, ac primum in *l.15. de liber. caus.*

Ad L.XV. de Liber. caus. *Id est, sive virilis sexus, sive fœminini sit, dummodo ejus ætatis sit, ut dolum capiat.*

Ad L.XVII. eod. *In servo, & in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut si certam hominem mandavero emi, sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit, & non competet ei actio. Contra autem si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda.*

DOcuit, nihil interesse, vir sit, an fœmina, qui, quæve sciens dolo malo se venundari passus, passave sit, dummodo ejus ætatis sit, ut dolum capiat, puta proximus pubertati, dummodo sit doli potens: Nam hæc actio dolum tantum coercet. Datur autem hæc actio bonæ fidei emptori, ut dixi, qui ignorabat eum, quem emebat, esse liberum, non etiam ei, qui & ipse sciebat liberum esse eum, qui pro servo venibat, quoniam scienti dolus non infertur, *l. cum donationis, Cod. de transact.* Et hæc actio in dolum concipitur, id est, decepto in deceptorem datur. Sciens autem non decipitur, sed ipse se decipit, *l.16. hoc tit. l.1. in fine, quod falso tut. auct.* Unde si, ut ex hoc libro proponitur in *l.17.* servus meus, vel procurator meus certum hominem jussu meo, aut mandatu meo emerit, veluti Cajum, quem quidem ego sciebam, ille servus, aut procurator meus ignorabat esse liberum hominem, hæc actio mihi non competit, quia scivi liberum eum esse. Contra vero, si ego ignoravi, mihi hæc actio competit, quamvis procurator meus sciverit, eum liberum esse. Ait, *certum hominem:* Nam si generaliter hominem mihi emi mandavero, & procurator sciens mihi emerit liberum hominem, scientia procuratoris etiam mihi ignoranti nocet, ut *l.16. sup. l.22. §. pen. inf.* Cæterum procurator domino absque dubio, quod & glossa notat, eo nomine tenebitur actione mandati, vel negotiorum gestorum, ut *l. cum mancipium, de ædil. edict.* Ad hæc sciendum est, hac actione liberum hominem, qui dolo malo se pro servo venundari passus est, in tantum teneri emptori bonæ fidei, quantum emptor propter eam emptionem dedit & in duplum. Quantum, inquam, dedit, vel permutavit, vel compensavit eo nomine: quia & is dedisse intelligendus est, aut solvisse, qui permu-

tavit,

tavit, vel qui compensavit. Quod ex hoc libro est relatum A in *l. 19. hoc tit.* & repetitum iisdem verbis in *l. 76. de verb. signific.* quæ est ex hoc lib. Idemque & in aliis pluribus causis obtinet, ut pensatio, vel permutatio pro datione, aut solutione sit, *l. 4. qui pot. in pign. hab. l. ult. C. de luit. pign.* Item sciendum est, hanc actionem, quia pœnalis est, nempe in duplum, non dari in heredem, vel alium successorem liberi hominis, qui se dolo malo, dissimulato statu capitis sui, venundari passus est, quod ostenditur in *l. 21. hoc tit.* Sed addenda est exceptio: nisi jam lis, priusquam moreretur, cum eo fuerit contestata, qui se pro servo dolo malo venundari passus est. Nam pœnalia judicia semel accepta (accipiuntur autem lite contestata) in heredes transmittuntur. Quod etiam ex hoc libro, cum de hac actione scriberet Paulus, scripsisse constat ex *l. pœnalia 164. de reg. jur.* quæ est ex hoc lib. *Pœnalia*, inquit, *judicia semel accepta, in heredes* B *transmitti possunt*. Ergo & hoc judicium, de quo agimus, quod pœnale est, post litem contestatam cum defuncto, transmittitur in heredem ejus. Postremo de hac actione id rursus, quia forte nondum bene perceptum est, inculcandum est quod diximus ad *l. 23. §. 1. h. t.* totiens huic actioni locum esse, quotiens non est in ea causa is, qui se pro servo venundari passus est, ut ei ad libertatem proclamatio denegetur, ut adsertio in libertatem ei denegetur, puta quotiens pretium non participavit: nam pretii participatio (qua nihil est sordidius, aut turpius) indignum eum facit libertate, quam prodidit, qui prætulit pecuniam, indignum eum facit libertate. Ergo servum eum facit pretii participatio, qui pecuniam prætulit libertati, rei inæstimabili, & sine pretio pretiosæ. Ideoque in libertatem proclamare prohibetur is, qui sciens, &, quod etiam exigitur, cum esset major 20. annis, ad pretium participandum se venire C passus sit, *l. 5. §. 1. de statu hom.* Quod non potest etiam trahi ad liberum hominem, qui se donari tanquam servum, vel in dotem dari, vel pignori opponi passus est, quia hic nullum pretium intercessit. Ergo non plectitur libertate, & in integro ei est proclamare ad libertatem. Verum, ut est legendum in *d. l. 23. §. 1.* quæ dicta sunt in superioribus legibus octo, aut novem, de venditis servis, id est, de liberis hominibus venditis quasi servis, quibus non denegatur ad libertatem proclamatio, ut puta, quia pretium non participaverunt, nempe ut si scientes venierint, & ad libertatem proclamaverint, bonæ fidei emptori teneantur in duplum: ea, inquam, etiam referenda sunt ad eos, qui se donari, vel in dotem dari scientes dolo malo passi sunt: Nam & ii doli mali nomine donatario, & marito, & creditori tenentur in D duplum, si quid eis ob eam rem absit: ut si donatarius invicem aliquid donaverit remunerandi causa, si maritus sustinuerit onera matrimonii, si creditor sortis damnum fecerit. Quod autem missa hac actione pœnali Paulus in *l. 23. §. ult. hoc tit.* cœpit scribere de liberali judicio, de liberali causa, ut si mater & filius litigent de libertate, aut conjungantur utrorumque judicia, & apud eundem judicem agatur, aut si jam apud diversos judices cœpta sint, prius agatur causa matris tanquam præjudicialis, deinde filii. Nam si mater pronuntietur esse libera, & ex ea quoque filius editus liber esse pronuntiabitur: una causa liberalis alii causæ liberali præjudicium facere potest. Ubi, inquam, mater pronuntiatur esse libera, & quodammodo pronuntiatur filius ex ea natus liber esse, quia plerunque partus sequitur matrem, maxime si sine legitimo matrimonio editus sit, alio- E quin sequitur patrem. Id vero, quod ita cœpit scribere *l. 23.* de liberali judicio, id est, hunc tractatum de liberali causa etiam persequitur Paulus *l. 24.* quæ est ex hoc lib.

Ad L. XXIV. eod. *Ordinata liberali causa, liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat, ita ut adversus eum quoque, qui se dominum esse dicit, actiones ei non denegentur, quascunque intendere velit. Quid enim, si quæ tales sint, ut tempore, aut morte intereant? quare non concedatur ei, litem contestando, in tutum eas redigere?*

Ad §. Quin etiam *Servius ait, in actionibus annuis ex eo tempore annum cedere, ex quo lis ordinata sit.*

Ad §. Sed si cum *aliis experiri velit, non est quærendum, an* A *lis ordinata sit: ne inveniatur ratio, quemadmodum subjecto aliquo, qui libertatis controversiam moveat, interim actiones excludantur: æque enim ex eventu judicii liberalis, aut utilis, aut inanis actio ejus efficitur.*

Ad §. Sed si quas *actiones inferat dominus: quæritur, an compellendus sit suscipere judicium? & plerique existimant, si in personam agat, suscipere ipsum ad litis contestationem, sed sustinendum judicium, donec de libertate judicetur: nec videri præjudicium libertati fieri, aut voluntate domini in libertate eum morari: nam ordinato liberali judicio, interim pro libero habetur, & sicut ipse agere, ita cum ipso quoque agi potest. Cæterum ex eventu, aut utile judicium erit, aut nullum, si contra libertatem pronuntiatum fuerit.*

Ad §. Si is, *qui in libertatem proclamat: furti, aut damni injuria ab aliquo arguatur: Male ait, interim eum cavere debere judicio se sisti: ne melioris conditionis sit, qui dubiæ* B *libertatis est, quam qui certæ: sed sustinendum judicium, ne præjudicium libertati fiat. Æque si cum possessore hominis furti agi cœperit, deinde is, cujus nomine agebatur, in libertatem proclamaverit: sustinendum judicium, ut, si liber judicatus sit, in ipsum transferatur judicium: &, si damnatio facta sit, judicati actionem potius in eum dandam.*

ORdinata, inquit, liberali causa. Liberalis causa ordinari dicitur, non quæ contestatur, sed & quæ nondum contestatur. Lis ordinatur ante litis contestationem omnino. Et ordinari dicitur liberalis causa, quum liberali judicio certus ordo datur, quo judicium agatur, cum solemnia judicii ordinantur, ut ait *l. si tibi serv. C. eod. tit.* & quum id in primis constituitur, quem actoris quemve rei C partibus in eo judicio fungi oporteat. Et id ostendit *l. 7. §. ult. hoc tit.* ubi, quæ lis dicitur præparari, eadem ordinari dicitur, *l. 20. de probat.* Idem ergo est ordinari, & præparari. Et sic lis de inofficioso testamento modo præparari, modo ordinari petita bonorum possessione, *l. 7. & 8. §. 1. de inoff. testam.* Causa item criminalis dicitur ordinari, quæ præparatur, nempe, ut est nominatim scriptum in *l. 1. C. ad Senatusc. Turpill. inscriptionibus depositis, & fidejussoribus datis de exercenda lite:* eodemque sensu ita etiam alii auctores loqui solent. M. Tull. 2. de Orat. *quæ in foro*, inquit, *aut in civium causis disceptationibusque versantur, ea videntur, aut in lite ordinanda, aut in consilio dando esse posita*. Seneca in epist. *Sapienti quandoque opus esse alieno consilio, quomodo medico, quomodo gubernatori, quomodo advocato, & litis ordinatori*. Porro ordinata liberali causa, ab eo tempo- D re, quo ordinata est, etiamsi nondum contestata sit, is, qui de statu suo litigat, de libertate sua, interim liberi hominis loco habetur, sive proclamet ad libertatem ex servitute, in qua est, sive ex libertate petatur in servitutem, vel ipse se liberum esse contendat, interim pendente liberali causa, liberi loco habetur, vel in possessione libertatis constituitur, id quod est ex 12. tab. Unde illud caput, ut vindiciæ dentur secundum libertatem, *l. 2. §. initium, de orig. jur. & l. seq. §. licet, hoc tit. l. lite, C. eod. tit. l. 1. C. qui tut. vel cur. dari poss.* Rursus dico, interim eum pro libero haberi, cum in aliis causis, tum etiam in eo, quod adversus eum, qui se dominum dicit, interim quascunque actiones intendere, & earum causa saltem litem contestari potest, quoad de libertate judicetur, eo judicio, quod perductum est ad litis contestationem suspenso, ne liberali judicio præjudicium fiat. E Ergo his actionibus uti usque ad litis contestationem potest, non usque ad extremam sententiam, maxime si tales sint actiones, ut tempore, aut morte interituræ sint, videlicet, *ut litem contestando*, ut eleganter ait, *in tutum redigantur*. quia litis contestatio perpetuat actionem, & conservat, alioquin tempore, aut morte rei interituram, *l. 139. de reg. jur. l. aliam, de novat. l. nam postea, §. si is, qui, de jurejur. l. ult. de fidejuss. tut. l. 2. C. quand. lib. prin. obl.* Et ut mox additur, *si quidem in possessione servitutis fuerit*, si possessus fuerit quasi servus ante ordinatum liberale judicium, atque adeo si annuis actionibus, quas habuit, experiri non potuit, quod esset in servitute, post ordinatum liberale judicium earum actionum annus cedit, quia ex eo tempore demum agere potest, saltem ad litis contestationem usque, propte-

rea

rea quod interim liberi loco habetur. Quod ita etiam obser- A vatur in specie legis *in reb. in fi. C. de jure dot. & l.1.§.ult. C.de ann. except.* Sequitur in hac lege, eum, qui in possessione est libertatis sine dolo malo, etiam ante ordinatam causam liberalem, quam aliquis movere parat adversus alios, qui controversiam status ei non faciunt, nec facturi sunt, actiones suas contestari posse, maxime temporales actiones, ne pereant, alioquin supposito aliquo, qui libertatis moveret quæstionem, & controversiam, facile possent ejus actiones eludi, quod esset iniquum. Verum eventus judicii liberalis declarabit, utrum utiles fiot ejus actiones, quas cum aliis contestatus est, an inutiles, & nullæ. Sunt enim utiles, si secundum libertatem judicatum erit, inutiles, si contra libertatem. Ut autem ipse interim quascunque actiones adversus eum, qui se dominum dicit, contestari potest, si tales sint, ut perituræ siot tempore, vel morte rei: ita B & vicissim ille, qui dominum se dicit, adversus illum actiones, quas habet, contestari, & in judicium deducere potest, illo coacto judicium suscipere, sive litem contestari, quod sæpe fit hodie, ut inviti rei jussu judicis cogantur litem contestari, qui hoc maxime initio movendæ litis fugitant, sed lite contestata sustinenda erit actio, quæ adversus illum contestata est, donec de libertate judicetur. Cujus rei eventus etiam declarabit utilis fuerit actio, necne. Atque ita hac actione suspensa post contestationem præjudicium non fiet liberali judicio: neque vero ob id, quod cum eo egerit is, qui se dominum dicit, alio judicio, videbitur voluntate ejus in libertate morari. Quod si videretur, plane fieret præjudicium liberali judicio, quoniam prætor, ut est in fragmentis Ulp. tuetur libertatem ejus, aut non permittit servire eum, quem constat in libertate morari domini vo- C luntate, etiamsi liber non sit: & hoc, inquit, si dominus, id est, qui se dominum dicit, in eum agat in personam quasi obligatum, judicium sustinendum est, & suspendendum. Nam actio in rem sustinenda non videtur, sed ejus judicii potestate rei evictio, dominio probato, domino permittenda est. Sequitur in *§.ult.*

AD *§ ult.* Si cum eo, qui in libertatem proclamavit, lite ordinata, quidam agat furti, vel ex l.Aqu. de damno injuria dato, interim eum cavere debere judicio se sisti, perinde atque si certum esset liberum eum esse, more cæterorum judiciorum, & debere litem contestari: suspenso tamen ultimo judicio, ne præjudicium fiat judicio liberali jam ordinato, quod & ob id *præjudiciale* dicitur, & *præjudiciales* actiones, quod prius agendæ sint, quam ullæ aliæ, quæ eis D præjudicium adferre possunt. Item si cum domino servi nomine agatur noxali actione furti, vel l.Aquilia, qui quidem servus proclamat ab libertatem, suspenditur etiam noxalis actio, ne præjudicium fiat libertati, de qua judicium longe gravius est, & ponderosius. Ac si quidem liber pronuntietur, in eum judicium noxale transfertur, vel judicati actio in eum datur, non in dominum, cum quo judicium cœptum est noxale: si liber, inquam, pronuncietur, judicati actio in eum datur, secuta condemnatione, post finitur liberale judicium. Denique in eum, qui proclamat ad libertatem, vel fit translatio judicii noxalis, vel in eum datur actio judicati, quod est in fine hujus legis. Ex quo soleo ita legere in *l.tam in contractibus, in fine, de judic.* quod est satis perspicuum, *translatio*, non *transactio*, translatio, vel judicati actio datur eo mortuo, qui litem instituerat, in eum, E cujus res est, in eum, quem res potissimum respicit, vel translatio judicii datur, vel judicati actio.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES:

Ad L. IV. de Public. & vect. *Si publicanus, qui vi ademit, decesserit: Labeo ait, in heredem ejus, quo locupletior factus* A *sit, dandam actionem:*

Ad §. De rebus, *quas in usus advehendas sibi mandant præsides, Divus Hadrianus præsidibus scripsit, ut quotiens, quis in usus, aut in eorum, qui provinciis exercitibusque præsunt, aut procuratorum suorum, usus sui causa mittet quendam emptorum, significet libello manu sua subscripto, eumque ad publicanum mittat: ut si quid amplius, quam mandatum est, transferet, id munificium sit.*

Ad §. In omnibus *vectigalibus fere consuetudo spectari solet: Idque etiam principalibus constitutionibus cavetur.*

CUM hic totus liber quinquagesimus secundus sit de publicanis, hæc lex docet actionem in duplum ex edicto de publicanis proposito in *l.1. ejusdem titul.* quæ datur in publicanum, qui B quid vi ademerit sub specie publici vectigalis, vel ut est in edicto: *Ejus publici nomine, quod exercet*, nam initio illius edicti ita legitur perperam: *Quod publicanus ejus publicani nomine vi ademerit*. Legendum: *Quod publicanus ejus publici nomine*: ut in Basilicis, *ὀνόματι τοῦ τέλους*: quod scilicet ipse exercet: quod igitur publicanus ejus publici nomine quod exercet, vi ademerit, eam, inquam, actionem in heredem publicani non dari in solidum, quia ex edicto descendit, sed eatenus duntaxat, quatenus ad eum pervenit, id est, quatenus ex ea re locupletior ad eum pervenit hereditas, nisi sc. lis fuerit contestata cum defuncto, juxta definitionem *leg. un. C. ex delict. def. in quant. hered. conven.* Quia litis contestatione quasi contrahitur: judicio accepto quasi contrahitur, *l.3. §. item scribit, de pecul.* Et transfertur non jam quasi ex delicto, sed quasi ex contractu C judicium in heredem in solidum. Quod superiore libro probavimus ex *l.164. de reg.jur.*

AD *§. De rebus*. In §.1. hujus l. docet Paul. vectigal, sive portorium non debere res, quas præsides provinciarum, vel duces exercituum, vel procuratores Cæsaris usus sui causa emunt, & sibi advehi curant, mandant, si modo libellum manu sua subscriptum ad publicanos miserint, quo significaverint, quas res in usus suos sibi emi, & advehi curaverint, mandaverint, ut si quid amplius, quam mandatum sit transvehatur, id munificum sit, id est, vectigali obnoxium. Quod in hoc §.1. traditur ex rescripto Adriani. Unde intelligimus etiam ea, quæ *munifica* non sunt, quæ vectigal non pensitant, apud publicanos profitenda esse, ut D *l.ult.§.quoties, & §. Divus, hoc tit.* Etiam quod privati homines usus sui causa advehunt, vel sibi advehi curant, non sunt quidem munifica, usualia scil. non sunt munifica, sed promercalia, ut *l. in l. Censoria, de verb. sign. l.5. C. de vect. & com.* & in antiqua inscriptione urbis. *Quidquid usualium invehitur, ansarium non debet.* Quo de nomine vectigalis est etiam mentio in *l.1. C. Hermog. de jure fisci*. Et in alia etiam antiqua inscriptione fit mentio ansarii promercalium, promercalium, non usualium. Verum etsi usualia munifica non sint, profitenda tamen sunt apud publicanos, alioquin improfessa fisco committuntur. Ad hæc non omittam, quod glossa notavit *in d.l.5. de vectig.* usualibus non adnumerari materiam, quæ advehitur domus extruendæ, aut reficiendæ gratia. Hanc enim materiam esse munificam. Et ita quoque apud Allobroges, ex solius illius glossæ auctoritate ju- E dicatum fuisse Guido Papa refert, *decisione 4.*

AD *§. ult.* In §. ult. hujus l. tradit ex Constitut. principum, in omnibus vectigalibus fere consuetudinem spectari solere, ea scilicet vectigalia deberi, quæ solemnia sunt, quæ inferri consueverunt, non nova, & inusitata inconsulto principe, quod confirmat etiam *l. 10. inf. hoc tit. l.2. & l. ult. C. vect. nova instit. non posse*, quæ etiam antiquam consuetudinem spectari jubet.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XXXI. Ex quib.cauf.major. *Si is, cujus rem usucepit, reipublicæ causa absens, possessionem suæ rei ab illa usucapiæ nactus sit: & si postea amiserit, non temporalem, sed perpetuam habet actionem.*

EX hoc Libro tres tantum habemus leges, sive tria *ἀποσπασμάτια*, sic loquitur Cicero ad Atticum *lib.2. epistol.5. Sunt præterea duæ breves aratiunculæ, quasi ἀποσπασμάτια legis Agrariæ*, id est, fragmenta. Una lex est 31. *ex quib.cauf. maj.* Quæ, ut intelligatur, sciendum est, ex edicto, ex quibus caussa majores in integrum restit. subveniri absentibus reipub. causa, quorum res, quas in civitate reliquerunt, interim, dum absunt reipub.causa usucaptæ sunt: subveniri, inquam, eis reversis data restitutione in integrum, & actione in rem rescissoria usucapionis intra annum utilem. Data igitur actione, sive rei vindicatione temporali, non perpetua, quia datur contra jus civile, *l.in honorariis, de oblig.& act.* id est, contra jus usucapionis, quod jure civili introductum est, nempe 12. tabul. Denique quia jus usucapionis infringit, subveniri etiam iisdem, & quidem multo magis, data exceptione, si forte rei suæ ab alio usucaptæ cum abessent reipublicæ causa, possessionem nacti sint: Nam si is, qui rem usucepit ab eis possessionem nactis, eam rem vindicet, tuebuntur se exceptione, *l.28. §.ult. sup. hoc tit.* Quæ quidem exceptio est perpetua, actio rescissoria est annua, ut dixi, ut plerumque ubi actio est temporalis, exceptio est perpetua, *l.pure, §.ult. de doli exc. l.5. C. de excep.* Eodemque modo subveniri præsentibus, quorum res absentes reipublicæ causa, cum domi non reliquissent defensorem, sive procuratorem, usuceperunt: ergo non tantum subveniri absentibus adversus præsentes, qui absentium res usuceperunt, sed etiam præsentibus adversus absentes, qui præsentium res usuceperunt: præsentium, id est eorum, qui in civitate manserunt, & subveniri iisdem modis omnibus, ut constat ex *§.rursus, Instit.de act.* & ex *l.18. C.de postl. & red. ab hostib.* Hoc cognito, finge: Absens reipub. causa usucepit rem meam, forte mobilem aliquam: ego post usucapionem impletam, atque adeo amissum ejus rei dominium, ejus rei jam usucaptæ forte fortuna possessionem nactus sum: secundum ea, quæ dicta sunt supra, habeo exceptionem perpetuam possessionis tuendæ causa adversus eum, qui ejus rei dominium quæsivit usucapione: qua quidem exceptione me tueri possum, si is, qui dominus factus est usucapione, eam rem à me vindicaverit: in hunc fere modum: *Si non tu absens eam rem usucepisti*. Et consequenter, si postea ejus rei possessionem amisero, ejus etiam vindicandæ hoc casu habebo actionem perpetuam, non temporariam, quasi perpetuo jure jam ante mihi quæsito per adeptionem possessionis, & per exceptionem perpetuam. Quæ Sent. hujus l. est valde singularis.

Ad L.XLII. *Si prægnans ancilla vendita, & tradita sit, evicto partu, venditor non potest de evictione conveniri, quia venditus non est.*

DOcet, ancilla prægnante vendita, & tradita, evicto partu, emptori non competere actionem de evictione adversus venditorem, quia partus, inquit, venditus non est, sed ancilla. Quod intelligendum est ita, ut non competat actio de evictione ex stipulatione duplæ, sed competat tantum actio ex empto in id quod interest, ut aperte probat *l.8.eod.tit. & l.non quocumque, §.Julianus, de leg.1.* sicut in l.seq. vaccæ emptor vitulo evicto ex stipulatione duplæ agere non potest, ut est ibi expressum, agere tamen potest

ex empto. Sicut domus emptor, columna evicta, ex stipulatione duplæ agere non potest. Et ita accipienda est *l.36. hoc tit.* Agere tamen potest ex empto, *l.eum, qui ædes, §.sin autem, de usurp.& usucap.* Stipulationes strictius accipiuntur: & si quidem res strictius accipiatur, ancilla prægnante vendita, certe partus non est venditus. Ideoque nec evicto partu competit actio ex stipulatu duplæ, sicut in Concilio Cæsariensi tincta, ut veteres loquebantur, muliere prægnante sacro lavacro, sive baptismate, id quod utero gestavit, tinctum non est. Et similiter, qui ancillam prægnantem sisti promittit, nihil de partu sistendo promittit, *l.inter stipulantem, §.ult.de verb.oblig.* At bonæ fidei interpretatione admissa, quæ latissime patet, profecto ancilla prægnante vendita, etiam partus venditus videtur: ideoque & partu evicto, ex empto actio competit: sicut ancilla prægnante precario rogata, id etiam actum videtur, ut partus in eadem causa habeatur, *l.10.de precar.* Et similiter ancilla prægnante donata, id actum videtur, ut & partus sequatur donatarium, *l.cum pater filiæ, §.pater filiæ, de leg.2.*

Ad L. XXXIX. de Verbor. significat. *Subsignatum dicitur, quod ab aliquo subscriptum est. Nam veteres subsignationis verbo pro adscriptione uti solebant.*

Ad §.Bona *intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt.*

Ad §.Detestari *est absenti denuntiare.*

Ad §.Incertus *possessor est, quem ignoramus:*

TErtia est *l.39. de verb. signif.* quæ pertinere videtur ad edictum aliquod prætoris, ex quo, quod rationi consentaneum est, bona absentis, & incerti possessoris, detestatione habita apud ærarium, ut & Cicero loquitur, vel apud censorem bona subsignantur, id est, subscribuntur ea lege, ut si is non comparuerit intra certum tempus, ea bona tanquam vacantia in ærarium, aut fiscum redigantur: prius subsignantur, quam confiscantur, ut *l.ult. de requir. reis*. Inde accepta occasione *subsignare*, interpretatur esse *subscribere*, quoniam sic veteres loquebantur, sicut *signare* pro *scribere*, etiam nullo signo impresso, & *resignare*, & *consignare* apud Festum pro *rescribere*, & *conscribere*: Bona autem in eodem edicto intelliguntur cujusque esse, quæ deducto ære alieno supersunt, ut in l.Falcidia, & in edicto de collat.bon. & in actione pro socio, bona sociorum communia, quæ supersunt deducto societatia ære alieno, *l.65. §.si communia, pro soc.* Et in caussis etiam cæteris, in quibus bona subsignantur, & coguntur in fiscum, coguntur enim in fiscum, vel ærarium cum onere exsolvendi æris alieni, *l.11.de jur.fisc.* Subsignantur autem bona absentis, & incerti possessoris apud ærarium detestatione, id est, ut hic interpretatur denuntiatione absenti publice facta, coram testibus videlicet, nisi certo die adfuerit, bona confiscatum iri tanquam vacantia. Quod non fit quidem in personam, quia nec in personam absentis, & incerti possessoria ea de re cum testatione denuntiatio fieri potest, quia nusquam apparet, sed fit hæc detestatio, sive testatio, aut denuntiatio in rem præsentem, veluti ad ædes absentis, & incerti possessoris, ut *l.2.de naut. fœn. l.ergo, ex quibus causis maj.* Et incertus quidem possessor est, ut hic proponitur, quem ignoramus, *l.18.§.ult.de usur.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.I.de Adquit.vel omitt.possess. *Possessio appellata est (ut & Labeo ait) à sedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Græci κατοχὴν dicunt.*

Ad §.Dominiumque *rerum ex naturali possessione cœpisse Nerva filius ait. Ejusque rei vestigium remanere de his, quæ*

terra,

terra, mari, cæloque capiuntur: Nam hæc protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta, & insula in mari enata, & gemmæ, lapilli, margaritæ in litoribus inventæ, ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est. A

Ad §.Adipiscimur *autem possessionem per nosmetipsos.*

Ad §.Furiosus, *& pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere: Ofilius quidem, & Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim rem facti, non juris esse. Quæ sententia recipi potest, si ejus ætatis sint, ut intellectum capiant.*

Ad §.Si vir uxori cedat possessione, *donationis causa: plerique putant possidere eam: quoniam res facti infirmari jure civili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?* B

Ad §.Item *adquirimus possessionem per servum, aut filium, qui in potestate est, & quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino, & Cassio, & Juliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. Igitur ex causa peculiari & infans, & furiosus adquirunt possessionem, & usucapiunt: & heres, si hereditarius servus emat.*

Ad §.Sed & per eum, *quem bona fide possidemus; quamvis alienus sit, vel liber, possessionem adquiremus. Quod si mala fide eam possideamus, non puto adquiri nobis possessionem per eum. Sed nec vero domino, aut sibi adquiret, qui ab alio possidetur.* C

Ad §.Per communem, *sicut per proprium adquirimus etiam singuli in solidum, si hoc agat servus, ut uni adquirat, sicut in dominio adquirendo.*

Ad §.Per eum, *in quo usumfructum habemus, possidere possumus: sicut ex operis suis adquirere nobis solet. Nec ad rem pertinet, quod ipsum non possidemus: nam nec filium.*

Ad §.Cæterum *& ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi.*

Ad §.Et ideo *si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem.*

Ad §.Quod si impuberem *miseris ad possidendum, incipies possidere: sicut pupillus maxime tutore actore adquirit possessionem.*

Ad §.Nam *per ancillam quin possit nancisci possessionem, non dubitatur.* D

Ad §.Pupillus *per servum, sive puberem, sive impuberem, adquirit possessionem, si tutore auctore jusserit eum ire in possessionem.*

Ad §.Per servum, *qui in fuga sit, nihil posse nos possidere, Nerva filius ait, licet respondeatur, quandiu ab alio non possideatur, à nobis eum possideri, ideoque interim etiam usucapi. Sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit ejus possessionem. Possessionem autem per eum adquiri, sicut per eos, quos in provincia habemus, Cassii, & Juliani sententia est.*

Ad §.Per servum *corporaliter, pignori datum non adquirere nos possessionem, Julianus ait: ad unam enim tantum causam videri eum à debitore possideri, ad usucapionem: nec creditori, quia nec stipulatione, nec ullo alio modo per eum adquirat, quamvis eum possideat.* E

Ad §.Veteres *putaverunt non posse nos per servum hereditarium adquirere quod sit ejusdem hereditatis. Itaque agitatur, num hæc regula longius producenda sit: ut, si plures servi legati sint, per unũ an possint cæteri possideri. Idem tractatus est, si pariter empti, vel donati sint. Sed verius est ex his causis, posse me per unum reliquorum adquirere possessionem.*

Ad §.Si ex parte *heredi instituto servus legatus sit: propter partem, quam ex causa legati habet, adquiret fundi hereditarii possessionem.*

Ad §.Idem dicendum est, *si servum communem jussero adire hereditatem, quia propter partem meam adquiro.*

Ad §.Hæc, *quæ de servis diximus, ita se habent, etsi ipsi velint nobis adquirere possessionem. Nam si jubeas servum tuum possidere, & is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere: non est tibi adquisita possessio.*

Ad §.Per procuratorem, *tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent nobis, non possunt adquirere: alioquin, si dicamus, per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem.*

Ad §.Si jusserim *venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit, videri mihi traditam, Priscus ait. Idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare. Non est enim corpore, & actu necesse adprehendere possessionem: sed etiam oculis, & affectu, & argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas. Nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserit, & vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emptori traditæ fuerint.*

Ad §.Municipes *per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt. Forum autem, & Basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur. Sed Nerva filius ait per servum, quæ peculiariter adquisierint, & possidere, & usucapere posse. Sed quidam contra putant: quoniam ipsos servos non possideant.*

HIC liber totus est de possessionibus, & usucapionibus, & cœpit, ut opinor, à definitione possessionis, quæ proponitur initio *l.1.de adquir.possess.* Ab ea igitur lege incipiamus. *Possessio*, inquit, *appellata est, ut Labeo ait, à sedibus, quasi positio.* Definitio est nominis, non rei, & ex Labeone, qui auctore Gellio Latinarum vocum origines, & rationes percallebat, eaque præcipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur. Possessionem appellatam esse à (sedibus) quasi positionem, id est, situm. Unde & idem Labeo sumpto exemplo à sedibus, & stationibus, & quasi à nomine arguméto ducto, quod maxime notandum est in *l.3.§.ex contrario, hoc tit.* dixit, *non magis eandem possessionem apud duos esse posse, quam ut stare videaris in eodem loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.* Proprius locus, ut Philosophus ait, neque major, neque minor est locato. Deduci autem nomen à sedibus, *quia*, inquit, *naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit*, quod est, quia corporaliter tenetur ab eo, qui ei insidet, incubatve, eamque possessionem naturalem, sive corporalem à Græcis vocari κατοχὴν, *detentionem*, vel, ut nostri auctores loquuntur, detentationem, in *l.ab hostibus, §.sed quod, ex quibus caus. maj. & l.5. de impens. in res dot. fact.* Naturalem igitur possessionem nihil aliud esse, quam detentionem rei, vel, ut eodem sensu scriptum est in *l.quæstio, de verb.signific.* & relatum apud Festum ex Ælio Gallo Jurisconsulto, possessionem naturalem esse, usum quendam rei, usum, idest, κατοχὴν, καταδοχεῖν. Detentionem, non usionem, id est, χρῆσιν, mutant enim hæc duo, longeque distant. Plures eandem rem pro solido possidere, vel tenere non possunt, uti tamen ea possũt pro solido, *l.si ut certo, §.si duob. commod.* ut balneo publico, vel porticu, vel campo unusquisque utitur in solidum, nec eo minus ego utar, quod & tu utaris pariter. Usus ergo ejusdem rei potest esse apud plures, sed possessio non item. Ac præterea foro utimur, forum tamen non possidemus, *§.ult.* in hac lege. Servitutibus prædiorum utimur, servitutes tamen non possidemus. Corporalia scilicet possidemus, non incorporalia. Et servitutes jura sunt incorporalia, ut *l.2.in fine, de precar. l.4. §.si viam, tit.seq.* Unde & recte Apulejus 1. Apologia. *Plurimis*, inquit, *rebus possessu careo, usu fruor.* Et ille etiam articulus, *quendam*, quem Ælius Gallus usurpat, dum ait, *Possessionem esse usum quendam rei, usum quendam agri, vel ædificii*, significat possessionem esse proprii cujusdam generis usum, nempe detentionem, quæ potest esse absque usione, aut fruitione: non esse usum, qui vulgo dicitur, ut in definitione legati, *Legatum est donatio quædam à defuncto relicta*: Ille articulus, *quædam*, significat esse proprii cujusdam generis donationem, non donatio-

nem

nem inter vivos; non donationem causa mortis, non mortis causa capionem specialiter acceptam. Sequitur in hac lege, *Ex naturali possessione cœpisse dominia rerum*. Initio scilicet nondum neque naturali, neque civili jure descripto. Et similiter in *l. traditio, §. ult. sup. tit. prox.* & in *§. ex his, Institut. per quas person. nob. adquir.* per possessionem naturalem scilicet dominium adquiri, ejusque rei vestigium, ait, remanere in his animalibus, quæ terra, mari, cœloque capiuntur: quæ protinus jure dominii eorum fiunt, qui primi ea occupaverint, qui primi naturalem eorum possessionem nacti fuerint. Et similiter ejus rei vestigium apparet in rebus mobilibus, quæ in bello ab hostibus capiuntur, quæ fiunt statim eorum, qui primi naturalem earum possessionem apprehenderint. Et in insula in mari enata, quæ & protinus occupantis fit, & in lapillis, gemmis, margaritis, quæ in littore maris inveniuntur, quæ etiam res protinus occupantis fiunt. Atque ita ex naturali possessione earum rerum dominium incipit: multæ tamen sunt aliæ res, quarum dominium ipso jure adquiritur sine possessione naturali, ut ex 12. tabul. Res legatæ per vindicationem legatarii efficiuntur propriæ, etsi eas non apprehenderit, *l. si Titio, de furt.* Et similiter res donatæ mortis causa, quæ passim in jure sunt instar rerum legatarum. Et hoc etiam ostenditur in *l. 1. in fine, & 2. de Publ. in rem act.* Res quoque hereditariæ heredi, qui non repudiaverit hereditatem, vel qui se non abstinuerit hereditate, ex duodecim tabul. ipso jure adquiruntur, etiamsi earum possessionem non apprehenderit, *l. si ager, de rei vindic. l. si sorori, C. de jure delib. l. pen. C. unde legit.* ubi id est aperte expressum. Item si socius cessante socio ædes communes restituerit suis sumptibus, nec intra quatuor menses socius, qui cessavit, pro sua parte contulerit in sumptus factos, in restitutionem ædificii ei, qui restituit ædificium, ipso jure, pro solido ædificii dominium adquiritur, sine traditione, sine possessione naturali, ex oratione D. Marci, *l. cum duobus, §. idem respondit, pro socio, & l. 4. C. de edific. priv.* Caduca quoque & ereptoria, ut vocantur, fisco adquiruntur ipso jure, sine naturali possessione, *l. 1. de jure fisci*, ex lege Papia Popæa, ut nominatim Ulpianus scribit *lib. sing. reg. tit. de dominiis.* Item adrogatione dominium bonorum adrogati statim tacito jure adquiritur adrogatori sine adprehensione possessionis, *l. 15. de adopt. l. 11. §. testam. de bon. poss. sec. tabul.* & adjudicatione quoque sola judicis dominium ipso jure adquiritur in judiciis familiæ erciscundæ, communi divid. finium regundorum, *§. ult. Instit. de off. judic.* Et emancipatione similiter, & cessione in jure absque ulla apprehensione possessionis. Illarum vero rerum, quæ hoc loco commemorantur, veluti animalium cœlo, terra, mari captorum, quæ cœlo, terra, mari capiuntur, cæterarumque rerum sane dominium non adquiritur, sine corporali possessione, sine possessione naturali, per possessionem naturalem jure gentium adquiri videntur. Ad hæc notandum est, ubi naturali possessioni, quæ jam satis definita, & explicata est, accedit animus, cogitatio, opinio, jus dominii, cum hoc accessit, tum hæc possessio civilis possessio dicitur. Naturalis possessio solo corpore consistit, non jure domini, quod vel appellatio ipsa demonstrat. Naturalis enim, & corporalis idem est. Civilis autem consistit non corpore tantum, sed etiam dominii jure civili. Unde quod ait *lex 10. C. de adquir. poss.* possessionis duplicem esse rationem: aliam, quæ jure consistit, aliam quæ corpore, quod glossæ ibi non intelligunt, quæ *jure & animo* idem esse arbitrantur, quo nihil est ineptius. Id sane hoc est omnino, quod dixi, duplicem esse possessionem, aliam civilem, quæ scilicet jure domini consistit, aliam naturalem, quæ solo corpore consistit, non jure domini, quod & illo loco Basilica in hanc sententiam exprimunt: *possessio naturalis*, inquiunt, *est rei detentio. Possessio, κατὰ νόμον*, id est, *possessio civilis, est animo domini suscepta detentio*: Animo domini, opinione domini, ut ait *l. si servus, de noxal. action.* cogitatione domini, ut ait *lex pen. C. de furt.* ea mente scilicet, ut rem sibi habeat, quasi propriam, quam mentem non habet qui naturaliter duntaxat possidet, sed longe aliam, ut mox declarabitur: Nam & si naturalis possess. non consistat jure domini, consistit tamen alio jure, exempli gratia: creditor pignus sibi naturaliter possidet, *l. 3. §. ult. ad exhib.* Jure pignoris, non civiliter, non jure dominii. Eodemque modo fructuarius rem, in qua usumfructum habet, sibi naturaliter possidet jure usufruct. *l. 12. hoc tit.* Et oratione pro Cæcinna: *Cæcinnam*, inquit, *propter usumfructum possedisse non negas: sed possedisse naturaliter*: non civiliter, quia non animo domini, non ψυχῇ δεσποτικῇ. Item is, qui precario rogavit rem à domino, ut sibi possidere liceat, nominatim sibi naturaliter eam rem possidet jure precarii, *l. & habet, §. eum, qui, de precar.* Et ut hic antevertam explicare *§. Si vir, hoc tit.* Uxor, cui vir prædii possessione cessit donationis causa, & si prædium non possideat civiliter, quia non animo, jureve dominii, cum donatio illicita sit inter conjuges, *l. si eum, qui, de donat. inter vir.* id tamen possidet naturaliter, ut est proditum in *l. 1. §. dejicitur, de vi & vi arm.* possidet, inquam, naturaliter, quia ut in hoc *§. si vir* Paulus ait, constitutio juris civilis, qua prohibetur donatio inter virum, & uxorem, alienationem quidem rei donatæ impedit, alienationi obstat, sive translationi dominii, quæ est juris civilis: naturalem autem possessionem, quæ facti est, id est, quæ actu & corpore consistit, infirmare & infectam facere non potest. Denique non potest efficere, ut mulier naturaliter non possideat id, cujus possessione maritus cessit, etiamsi id fecerit donandi causa. Ac præterea, ut ait, nihil attinet dicere, uxorem non possidere, cum etiam maritus possidere videri non possit. Ubi enim noluit possidere rem, quam donavit uxori, protinus possessionem amisit. Possessio amittitur solo animo, *l. 3. §. in amittend. 1. hoc tit.* Et hoc distat à dominio, quod non amittitur solo animo, sed certis & legitimis modis tantum, *l. 16. si quis vi, §. 1. hoc tit.* Et ait, *& quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus ubi noluit possidere?* Ubi notandum Græcos aliter legere, nempe hoc modo: *Cum maritus ubi voluit possidere, non, noluit: ὅτε δὲ θέλῃ αὐτῇ ἀπέλαβε νομήν. Cum maritus*, inquiunt, *voluit, amisit possessionem*. Quo modo si legamus, idem erit sensus: Nam ita hæc verba erunt accipienda, cum maritus, ubi voluit mulierem possidere, cum maritus, ubi mulieri possessionem cessit, protinus amisit possessionem suam. Stat ergo hæc sententia, rem sibi à viro donatam mulierem possidere naturaliter, & quidem jure donationis non omnino inutilis, quia & morte donatoris confirmari potest ex oratione Antonini, de qua est *l. cum hic status, de donat. int. vir. & uxor.* & mulier in adquirendis fructibus manusatis, ex prædio sibi donato bonæ fidei possessori comparatur, *l. fructus, de usucap. l. de fructibus, de donat. inter vir. & uxor.* Ac præterea (quod est magni momenti) invita mulier rem marito vindicanti, vel condicenti, non restituit, si justum rei pretium offerat: satis est offerat justum pretium, nec damnatur quanti maritus in litem juraverit, *l. si donatæ, de donat. int. vir.* Et amissa quoque possessione, mulieri dantur interdicta possessoria, quia habet domini voluntatem, *d. l. 1. §. dejicitur, de vi, & vi armata.*

AD *§. Dominiumque.* His addamus etiam interpretationem *§. 1.* hujus legis. Initio proponitur, quod est certissimum, *nobis adquiri possessionem per nosmetipsos.* Postea demonstraturus est etiam, per alios nobis eam adquiri, sed simplicius: hoc primum est, possess. nobis adquiri per nosmetipsos, excepto tamen furioso, qui per se adquirere possessionem non potest, quia animum tenendi non habet, vel apprehendendi: qua ratione etiam pupillus per se possessionem adquirere non potest sine tutoris auctoritate. Tutore auctore etiam infans possessionem adquirere potest, *l. quamvis, §. infans, in hoc tit. infr.* quia, inquit, judicium infantis suppletur auctoritate tutoris. Alioquin nullus est sensus: nullum est judicium, nulla affectio infantis accipiendi bonorum possess. Possessio autem non adquiritur nisi certo judicio, certo sensu, & intellectu, vel sic: possessio non adquiritur nisi duo concurrant, factum, id est, apprehensio, sive occupatio rei corporalis, & animus: corporis factum, & animi affectio. Denique possessio non adquiritur nisi corpore, & animo,

l.8.inf. Factum, vel corpus non sufficit sine animo: alioquin, A ut ait in *d.l.* somno, vel morbo comitiali detentus adquiret bonorum possessionem, si quis in ejus manu aliquid poneret. Quidam dicebant pupillum, sicut dominum, quod in dominio est certissimum, ita possessionem adquirere posse sine tutoris auctoritate: hac ratione, quia possessio res est facti, non juris. Certe ita est, possessionis apprehensio magis est facti, quam juris. Possessionis apprehensio res est facti, id est, factum, ut apud Plautum, *res voluptatis*, id est, *voluptas*. Et adquirit igitur pupillus suo corpore sine tutoris auctoritate. Verum hoc ita verum est, si modo sit ejus ætatis, ut intellectum habeat, si intellectus sit potens, veluti proximus pubertati, non infans, non proximus infanti, *l. quamvis, §.ult. hoc tit.* Possessio non adquiritur solo corpore, sed corpore, & animo. Hoc dicitur varie: *Animo, judicio, sensu certo, affectione, intellectu, voluntate, mente.* B Et Græci similiter varie, ψυχῇ, λογισμῷ, διαθέσει, προαιρέσει. Neque obstat sententiæ hujus *§.l.3. C. eod. tit.* quam communiter objiciunt, quæ ait, *Donatarum rerum infanti possessionem traditam adquiri corpore, licet plenus animi adfectus in infante non sit*, quia, ut doctissime docuit Joannes, à quo non est recedendum, id ita procedit, si interveniat tutoris auctoritas: si res donata infanti tradatur tutore auctore, non aliter, Quod & sequentia verba demonstrant in lege: *Alioquin*, inquit, *nec per tutorem adquiri posset possessio infanti.* Quod est falsum. Unde si per tutorem infanti potest adquiri possessio, colligit & tutore auctore eam posse adquiri infanti.

AD *§. Item adquirimus.* Exposita definitione possessionis, cœpit Paulus in hoc lib. tractare de adquirenda possessione. C Et docuit in *§.1. eam adquiri per nosmetipsos*, si mentis scil. compotes simus, & si puberes, & si pupilli capaces intellectus, sine ullius consensione, vel auctoritate, & interjecit etiam, mulierem rei sibi donatæ à viro possessionem per semetipsam adquirere à viro ad eam transmissam. Nunc docet in *§. item adquirimus*, possessionem etiam nobis adquiri per eos, quos in potestate habemus, puta per servum, vel per filiumf. ut *l.10.§. non solum, sup. tit. prox.* Corpore scilicet eorum, non corpore, & animo nostro tantum, sed etiam corpore eorum, & animo quoque eorundem, ut ait *l.3.§. saltus, inf. h.t.* Si & animo eorum, non nostro, ergo & ignorantibus nobis per eos possessionem adquiri. Quod verum est indistincte, per eos scilicet nobis ignorantibus possessionem adquiri ex omni causa, sive peculiari, sive nostro nomine possessionem adepti fuerint, id est, sive D suo, quod idem est, atque peculiari, sive nostro nomine rem sibi traditam acceperint. Quod & ita indistincte proponitur in *l.34.§. ult. hoc t. Servus*, inquit, *meus ignoranti mihi adquirit poss.* Et apertius omni distinctione exclusa & submota in *l. nunquam in usucapionib. §. si servus, tit. seq. Sive peculiari*, inquit, *sive meo nomine filius, aut servus rem teneat me ignorante, per eum possidere.* Ut ergo dominium per eos ex omni causa nobis ignorantibus adquiritur, *§. item nobis, Instit. per quas pers. nob. adqu.* ita & possessio. Nec mirum hoc cuiquam videri debet, cum per procuratorem, per tutorem, vel curatorem, ignoranti possessio, & per possessionem dominium adquiratur, *l. 1. & 8. C. eod. tit. l.13. sup. tit. prox. l. si emptam, inf. de usurp.* quæ vulgo est *l.2. pro soluto.* At notandum, per eas tamen personas, per servum scilicet, aut filiumfa. aut per procuratorem, tutorem, curatorem, ignoranti adquisita possessione, non competere etiam statim ignoranti rei possessæ usucapionem ex E omni causa, sed ex peculiari tantum causa, jure singulari per filiumfa. aut servum, ex alia causa scienti tantum usucapionem competere, etiamsi ignorans quæsivit possessionem, hac ratione, quæ proponitur in hoc *§. quia voluntate nostra servi, aut filii nostri intelliguntur possidere, quod peculii nomine comparaverunt*: possidere civiliter non quidem sibi, quod nec possunt, quia nihil proprium habere possunt, *l. possessio, §.1. inf. hoc tit.* sed nobis, *quod peculium*, inquit, *eis habere permiserimus.* Si possidere nobis civiliter, ergo etiam nobis usucapio procedit, etiam ignorantibus ex supradicta causa, nempe ex peculiari causa. Cui non absimilis est ratio, quanquam prima specie videretur absimilis, quæ redditur in *l. peregre, §. quæsitum, inf. hoc tit.* nempe utilitatis ratio, utilitatis causa: ne per singula momenta domini cogantur species, vel causas sciscitari, vel inquirere peculiorum, id est, quæ res sint in peculio, & quo jure, quove titulo teneantur, quod dominis perquam molestum, & difficile esset. Satis igitur esse, quod semel servo peculium habere, & augere permiserim: nec, ut ait *l.7. §. scire, de pecul.* singulas res, quæ sunt in peculio, dominum, aut patrem exacte, aut subtiliter scire debere, sed παχυμερέστερον, & ut ait Nov. 53. ἐξετάζειν παχυμερῶς, *crasse inquirere.* Ac præterea cum in *d.l. peregre, §. quæsitum*, quæritur cur jure singulari receptum sit, ut ex peculiari causa per servum ignorantibus possessio quæratur: *Possessionis* verbo proculdubio magis significatur effectus possessionis, id est, usucapio, quam possessio ipsa, ut in *l.19. & 30. ex quibus caus. maj.* Possessionem glossæ, imo & Basilica interpretantur, *usucapionem*, δεσποτείαν, sive per usum dominii adquisitionem. Et inde πλοκὴ elegans in *d. l. 19. Possessionem sine possessione non consistere.* Quod in dicto possessio bifariam accipitur, nempe usucapionem sine possessione, eaque civili non consistere, quæ possideatur animo domini. Ergo in *d. §. quæsitum*, etiam hoc quæritur, quæ ratio jus illud singulare extorserit, ut ex causa peculiari ignoranti domino possessio adquiratur, id est, usucapio. Nam ut possessio ipsa ignoranti per servum adquiratur, hoc jus non est singulare in causa peculiari, cum & idem obtineat in qualibet alia causa extra peculium, ut initio ostendi, & posui pro fundamento hujus quæstionis. At ut usucapio ignoranti procedat, hoc in causa tantum peculiari jure singulari receptum est, non in alia causa. Unde & in *d.l. nunquam, §. si servus, tit. seq.* quod ait, *si servus meus, vel filius, peculiari, vel etiam meo nomine*, ergo indistincte, quod tenet, ut ego per eum ignorans possideam, vel etiam usucapiam, rectissime & peritissime Accursius, retulit tantum ad id, quod peculiari nomine tenet: Nam quod meo nomine tenet, id ignorans quidem possidere possum, sed non etiam usucapere nisi sciens, ut *l.2.§. Celsus, pro empt. l. justo, §. ult. tit. seq.* Ex hoc autem jure singulari, quod jam satis explicatum est, sequitur, ut & in hoc §. docet Paulus, ut si servo furiosi, vel infantis ab aliquo res tradita ex causa peculiari, per eum furiosus, vel infans non tantum adquirat possessionem, sed etiam usucapiat ignorans, cum sit furiosus, vel infans, qui ignorantis loco est, quod etiam ostendit in *l.28. tit. seq.* Et generaliter verum est, qua ex causa ignorantes adquirunt, ex ea etiam furiosus, & infantes adquirere, *§. sin autem, Instit. de her. quæ ab intest.* Et hoc ita procedit, si peculium habere servo fuerit permissum à patre, vel à tutore infantis, vel ante furorem, alioquin pupillus, vel furiosus constituere peculium, vel permittere peculium servo non potest, *l.7. in princ. de pecul.* Ex eo etiam jure singulari sequitur, si servo hereditario nondum adita hereditate res tradita sit ex causa peculiari, non tantum possessionem adquiri hereditati, quæ loco domini est dum jacet, dum non aditur, vel non agnoscitur, & per hereditatem heredi postea facto, sed etiam (quod caput est) jacentis hereditatis tempus heredi proficere ad usucapionem, *l. qui à servo, in fine, de obl. & act. l. pen. de cap. & postlim. l. justo, §. nondum, tit seq.* Neque huic sententiæ obstat *l. præscriptio, §. ult. tit. seq.* quæ servo hereditario possessionem alicujus rei adepto, negat ante aditam hereditatem usucapionem procedere, quæ non cœpit à defuncto. Ergo tempus jacentis hereditatis ad usucapionem non proficere ait: Id enim verum est, si spectemus jus commune, si spectemus rationem juris communis, si regulas juris, quæ volunt, ne cuiquam, nisi scienti usucapio procedat. Sed jure singulari aliud receptum est in rebus peculiaribus, quod & illo loco Papinianum, qui est auctor ejus *l. præscriptio*, subjonxisse verisimile est. Cæterum imperfecta esset Papiniani scriptura, quæ jus commune proponit, jus singulare, quod juri communi derogatur, omittit. Supplendum igitur est, quod ei deest ex aliis auctoribus juris nostri. Et ita explicata sunt ea, quæ continentur in hoc §. Nam & in fine ejus de servo hereditario agitur. Verum restat ad-

adhuc, ot videamus, cut sicut possessio ignoranti mihi per procuratorem meum adquiritur, non etiam mihi ignoranti, ejus quod meo nomine procurator meus tenet, usucapio competit, sed scienti tantum? Hoc est certissimum, per procuratorem mihi ignoranti adquiri possessionem, idque utilitatis causa, negotiorum expediendorum causa per procuratores, receptum esse. Cæterum usucapionem etiam per procuratorem, aut usucapionis occasionem per procuratorem, ignorantibus nobis non procedere, sed scientibus tantum, *l. possessio, §. ult. hoc tit. l. 1. & 8. C. eod. l. si emptam, tit. seq.* Et ut hoc breviter expediam, valde placet ratio varietatis tradita in *d. l. si emptam, pro sol. Quia,* inquit, *ut ignorantes usucapiamus, in peculiaribus tantum rebus receptum est*. Non ergo in rebus, quas procuratores nostri nostro nomine comparaverunt. Et receptum scil. ita est in peculiaribus tantum reb. jure singulari, ut ait *d. l. peregre, §. quæsitum, hoc tit. & l. justo, §. nondum, tit. seq.* Si jure singulari, ergo contra rationem juris communis. *Ius singulare* quid est? quod receptum est contra rationem juris, quod contra rationem juris introductum est, *l. jus singulare, de legib.* Quod autem contra rationem juris introductum est, non producendum ad consequentias, restricte accipiendum est. Quæ sent. cum ex hoc lib. Pauli 54. veluti regula relata sit in *l. 14. de legib.* & repetita etiam in priori parte *l. 141. de reg. jur.* merito ad hanc speciem referenda est, ita scil. ut quod contra rationem juris, id est, jure singulari receptum est, in rebus peculiaribus, ut ignorantes usucapiamus, adquiramus, quod filii, aut servi nostri peculii nomine tenent, aut tenere cœperunt, id non producatur etiam ad procuratores nostros, quamvis, & per eos non minus, quam per servos, aut filios nostros ignorantes possessionem adquiramus, sed possessionem quidem ignorantes, non etiam rationem usucapiendi, antequam sciamus eos possessionem apprehendisse. Id etiam, quod est in posteriori parte *d. l. 141.* proculdubio pertinet ad causam possessionis, ad quam ita coaptatur commodissime, ot neque possessores, neque domini unius rei duo pluresve esse possint pro solido, ita ut singuli sint domini, vel possessores in solidum, quod constat ex *l. 3. §. ex contrario, & l. si ut certo, §. si duobus, comm. l. penul. §. pater, de cast. pecul.* & similiter etiam, uti ibi est scriptum, *uni duo heredes pro solido esse non possunt*. Unius hereditatis duo heredes in solidum esse non possunt: sed pro partibus tantum: nam heredes domini sunt. Quod autem posterior pars *d. l. 141.* liquido pertineat ad causam possessionis, id non immerito movet conjecturam, & priorem quoque partem proprie pertinere ad tractatum de adquirenda possessione, vel usucapione. Et hæc sunt, quæ pertinebant ad hunc §.

AD *§. Sed & per eum.* In hoc §. ostenditur, non tantum per filiumf. aut servum proprium, ancillamve propriam nobis adquiri dominium, & possessionem etiam ignorantibus, & usucapiendi causam etiam ignorantibus, sed peculiari tantum nomine: qua de re dixi sup. verum etiam per liberum hominem, & per servum alienum, alienamve ancillam, quem quamve bona fide possidemus, tanquam per servum nostrum, vel ancillam nostram: similiter nobis adquiri dominium, & possessionem, non quidem ex omnibus causis, ut per filios, aut per servos proprios, sed ut glossa supplet recte ad hunc *§. ex §. non solum, Instit. per quas person. nob. adq.* ex duab. tantum causis, ex re nostra, veluti ex nummis nostris, si quod emerit, & sibi traditum acceperit, & ex suis operis, ex eove, quod suis operis meruit: nam & hoc exigitur, si & ipsi velint sibi, vel nobis adquirere possess. ex his duab. causis, non aliis, ut in *§. hæc quæ, de servis, inf. in hac l.* Itemq; si intellectum habeant adquirendæ possessionis, si consilii capaces sint, si sciant quid agant, dum dominium, aut possessionem parant, *l. cæterum, in hac l.* Ex re autem nostra nobis per eos adquiri dominium, & possess. quia quod ex re nostra partum est, ad nos redire bonum, & æquum est. Ex operis autem suis, quia & operæ quodammodo sunt ex re nostra, propterea quod vel operæ ab his, quos bona fide possidemus, tanquam servos nostros, nobis jure debeantur, *l. qui bona fide, sup. tit. prox.* Hæc dicimus de bonæ fidei possessore. Malæ autem fidei possessor nulla ex causa dominium, vel possessionem adquirit per liberum hominem, vel per servum alienum, quem mala fide possidet, *l. 22. & 57. sup. tit. prox. l. 1. C. de rei vind.* Sed dominium quidem earum rerum, quas adquirit homo liber mala fide possessus, sibi adquirit, & sibi habebit cognito statu capitis sui: servus autem alienus mala fide possessus, rerum, quas adquirit vero domino dominium adquirit, *l. eo tempore, §. ult. de pecul.* Possessionem vero civilem, & usucapiendi causam non adquirit homo liber, vel servus alienus mala fide possessus, sibi vel domino non adquirit, quia, qui ab alio possidetur animo domini, nihil ipse civiliter possidere intelligitur, id est, qui ab alio possidetur, quique se existimat ab alio possideri jure, animo domini, quod est civiliter, non intelligitur etiam ipse in possidendo habere animum domini, qui enim possit habere animum domini, qui se intelligit ab alio possideri tanquam domino? Quod proponitur in *l. homo liber, in fine, sup. tit. prox.* Quod si ita est, cum possessionem non adquirere sibi, aut vero domino, ergo nec usucapere sibi, vel domino ignoranti, nec ex causa quidem peculiari potest, quia non intelligitur possidere civiliter: atque fit hoc casu, ut dominium quis adquirat sine possessione: homo liber mala fide possessus rei comparatæ dominium sibi adquirit, possessionem non item: ergo dominium, sine possessione, quod tamen Proculus non admisit, servo alieno bona fide possessorem comparante aliunde, quam ex re possessoris, vel etiam servo alieno mala fide possesso: Dicebat enim Proculus, vero domino ejus rei dominium non adquiri, quia nec per eum, qui ab alio possidetur, possessio illi adquiri posset, ergo nec per possessionem dominium, quod alii auctores à Proculo dissentientes non probant: nam & citra possessionem dominium adquiri putant, *d. l. homo liber, §. ult.* Quod evenire in multis casibus docui in initio hujus l. Extat tamen alia Proculi sent. in *l. si servus, sup. tit. prox.* quæ ita explicanda est. Verum ad hæc notandum est, hac in re non esse cum Accursio, quem etiam Fulgosius merito reprehendit in *l. 4. h. tit.* non esse, inquam, hac in re separandum filiumfam. à servo: Nam etsi filius meus ab alio tanquam servus possideatur, quod apprehendit nomine peculii, quod ad me respicit, id ego quidem statim possideo etiam ignorans, ot in illa *l. 4.* proponitur, & in servo etiam locum habet, *l. si cui, §. ult. de lib. caus.* sed id etiam non usucapio possidendo: possideo quidem, sed non usucapio, quia per eum, qui ab alio possidetur, non possum videri possidere civiliter, & sine possessione civili usucapio non consistit, *l. sine possessione, tit. seq.* Et simili modo jam supra didicimus, per procuratorem meum me ignorantem possidere, quod is apprehendit meo nomine, sed non etiam id usucapere, antequam sciverim eum apprehendisse possessionem, & per alios etiam quosdam, de quibus agam paulo post *in §. per eum*.

AD *§. Per communem*. Servus, vel ancilla dominium, & possessionem dominis suis adquirit pro partibus dominii, quas in eo eave habent, *l. communis, sup. tit. prox.* nisi, ut in hac l. ostenditur, si unius domini nomine, vel jussu: nam jussum est pro nomine, servus communis dominium, aut possessionem adquisierit, huic enim soli adquirit in solidum, cujus nomine, vel jussu adquisivit. Addatur etiam alia exceptio, nisi ex re unius ex dominis aliquid servus communis adquisierit, quia etsi id etiam adquirat omnibus dominis pro partibus, ex quibus dominium in servo habent, tamen æquum est, ut judicio communi dividundo totum id servetur præcipuum ei, ex cujus re quæsitum est, *d. l. communis, sup. tit. prox. & l. communis, comm. divid.*

AD *§. Per eum.* Hic §. est de servo fructuario: per servum fructuarium, aut ancillam, in quo, vel in qua habeo usumfructum, mihi adquiri dominium, & possessionem, ex duabus causis scilicet. Una tantum exprimitur in hoc §. sed duæ sunt, ut plenius exponitur in *l. possessio, inf. h. t.* Duæ illæ causæ eædem sunt, quæ superiores, ex quibus diximus, bonæ fidei possessorem per liberum hominem, aut servum

alie-

alienum adquirere ex re nostra, & ex suis operis. *Nec ad rem* A *pertinet*, inquit, id est, nihil obstat quod servum fructuarium non possideo, & videatur absurdum, ut per eum possideam, quem non possideo: Servum fructuarium non possideo, sed magis teneo, ut in *l.1. §. quod ait prætor, quod legat.* id est, civiliter servum fructuarium non possideo, sed naturaliter, *d. l. possessio quoque*. Tenere est verbum naturalis possessionis: habere, est verbum civilis possessionis: nam *habere* est sibi habere: *possidere* est commune verbum: usumfructum autem, quia jus est incorporale, nullo modo possideo, sed quasi possideo, *l. ait prætor, §. item ei, qui, ex quibus causis maj.* At novum non est, & inauditum, ut per eum, quem non possidemus, possideamus, vel adquiramus possessionem: nam & per filiumfamilias, quem nullo jure possidemus, rem, quam sibi parat, possidemus, quæ mox ab eo in me transit jure potestatis, *§. item adquirimus*, B *sup. & l.4. inf.* Et similiter per eum, cujus de statu controversia est, possidemus, quamvis post ordinatum liberale judicium datasque vindicias secundum libertatem eum non possideamus, *l. si cui, §. ult. de liber. caus.* nec tamen, ut puto, per eos, nec ex causa peculiari ignorantes usucapere possumus, *d. l. homo liber, sup. tit. prox.* ita demum autem, ut mox subjicitur in *§. cæterum*, filii, aut servi proprii, vel communes, aut usufructuarii, vel servi alieni, & liberi homines, qui à nobis bona fide possidentur tanquam servi proprii, nobis adquirunt possessionem, si habeant intellectum, si animum possidendi. Per furiosum non adquirimus possessionem, neque per infantem, quia intellectu caret. Per impuberem, aut pupillum intellectus, & consilii capacem veluti proximum pubertati, *l. pupil. de reg. jur.* adquirimus possessionem, quia & pupillus sibi, si intellectus sit capax, C possessionem adquirit, *maxime auctore tutore*, inquit. Cur ait *maxime*? quia & sine tutore, modo sit intellectus sui potens, *§. 1. sup.* adquirere possessionem potest. Et observa in hoc §. aliter dici *impuberem*, aliter *pupillum*: nam servus impubes quidem dicitur, qui nondum excessit decimumquartum annum, sed nunquam *pupillus*, quia servus non habet tutorem: & pupilli appellatio semper refertur ad tutorem. Pupillus ergo dicitur de libero homine, de quo etiam subjicit in *§. pupillus*.

AD §. *Pupillus*. Pupillum etiam sibi adquirere possessionem, non per semetipsum duntaxat, sed per servum suum puberem, aut impuberem, cujuscunque ætatis, vel intellectus, qui modo jussu tutoris eat in possessionem. Jussus exigitur, aut missio domini, vel tutoris, qui mittat eum ad possi- D dendum aliquid, quia ignoranti non adquiritur possessio, quæ proficiat ad usucapionem, nisi uno casu, ex causa peculiari.

AD §. *Per servum*. Explicemus etiam §. *per servum*: sed hunc duntaxat, in quo quæritur, an per servum nostrum, qui est in fuga, nobis possessio adquiratur, videlicet, si quam adquirat sibi, vel nobis nominatim, vel etiam si adquirat impersonaliter? Nerva filius, ut hic refert, dicebat, non adquiri. Nec obstare, quod receptum est jure singulari, utilitatis causa, ne fuga servi domino damnosa fiat, ne sit in potestate servi, dando se in fugam dominum intervertere possessione sui. Hac de causa receptum, ut quandiu servus fugitivus non possidetur ab alio, interim possideatur à domino & usucapiatur, id est, ut fuga rite cœptam usucapionem non E interrumpat, ut *l. servi, §. ult. de furt. l. 13. in princ. hoc tit.* Nihil igitur hoc obstare, quia singularis est hic casus. Quo exemplo, si qua nobis objiciuntur similia, respondere licet. Hoc casu excepto Nerva ait, per servum, qui est in fuga, nobis non adquiri possessionem, & movetur hac ratione, aut arbitror eum motum fuisse hac ratione, quia servus, qui est in fuga, etsi ab alio nondum possideatur, non intelligitur à domino possideri, cujus manum, & potestatem evasit, quia non possidetur à domino, ergo nec domino possidere potest. Ita Nerva ratiocinabatur. Verum aliud judicium est Cassii, & Juliano, quorum sententia obtinuit etiam hoc admisso, hoc concesso, quod Nervam movit, servum, qui est in fuga non possideri à domino, per eum tamen possessionem domino adquiri, ut *l. si cui, §. ult. de liber. caus.* Nec novum esse, ut possideamus per eum, quem non possidemus, cum & per eos, quos in provinciam longe ablegavimus, & transmisimus, quodammodo non possideamus, tamen per eos possideamus, qua comparatione & hic §. utitur. Unde & illo concesso, servum, qui est in fuga non possideri à domino, non absurde dicam, per eum tamen possidere dominum, quod interim paraverit dum est in fuga, dumque ab alio non possidetur, & dum se pro libero gerit, credens se esse liberum, paratusque sit pro sua libertate litigare, ut *l. per eum, in 2. parte inf. hoc tit. l. 15. §. si servus, tit. seq.* Quia ut iterum hoc inculcem, & si servus, qui est in fuga, desierit à domino possideri, tamen quod ad usucapionem tantum attinet, semper ejus possessio animo retineri videtur. Ad usucapionem, inquit, *l. servi, §. ult. de furt.* id est, ad usucapionem ejus servi, si impleta non fuerit ante fugam, & ad usucapionem earum rerum, quas interim adquisierit. Et ad hoc etiam pertinet *l. 15. inf. & l. 12. §. Julianus tamen, de usufr.* Qua ratione, & in numerum servorum, qui propter legem Caniniam inventus est, Paulus 4. *sent. tit. ult.* ait, servos fugitivos computari, quia vel ad usucapionem possideri intelliguntur. Quod etiam *l. si servus, de Public. in rem act.* confirmat, quæ cum dicit, servo, qui est in fuga res tradita à non domino, ejus rei nomine, si postea pervenerit ad alium, domino competere actionem Publicianam quæ actio non datur, nisi de re, quam quis possederit, & usucapere non potuit, plane significat dominum eam rem possidendo usucapere, licet possessionem ejus rei, per eum corporaliter nactus nunquam fuerit. Itaque quod ad usucapionem ipsius servi, qui est in fuga, nondum impletam scilicet, & quod ad usucapionem attinet rerum, quas interim adquirit, intelligitur interim à domino possideri, vel animo possideri in hoc, ut possessio ad usucapionem proficiat, & conducat, & ipsius, & rerum ab ipso adquisitarum.

AD §. *Per servum corporaliter*. In quo ostenditur, servum ipsum pignori creditori datum, non nuda conventione, neque debitori possidere, neque creditori: vel quod idem est, per eum servum neque debitorem possessionem adquirere, neque creditorem: debitorem per eum possessionem non adquirere, quia ubi cessit possessione creditori, protinus amisit possess. nec videtur servum pignori datum possidere, nisi jure singulari, ad implendam usucapionem servi, forte cœptam antequam eum pignori daret, *l. servi nomine, titul. seq. l. qui pignoris, inf. hoc tit.* quia utilitate suadente receptum est, ut pigneratione non interrumpatur usucapio, quæ rite inchoata est. Denique ut impleatur post pignerationem, perinde atque si servum non desiisset possidere, hac causa excepta, debitor, quia servum pignori datum non possidet, eo quod possessione creditori cessit, nec possessionem per eum potest adquirere. Possidere quidem possumus, aut possessionem adquirere per eum, quem non possidemus, ut per filiumfamil. per procuratorem, tutorem, curatorem, per servum fructuarium, ut diximus modo in §. *per eum*, & per eum, qui de libertate litigat, post ordinatum judicium liberale, ut municipes per servum publicum, quem tamen non possident, *§. ult. inf. hac l.* Sed non ita possidere possumus per eum, qui ab alio possidetur, id est, quem non tantum non ipsi possidemus, sed alius possidet. Et hujusmodi est servus pignori datus. Creditor enim eum possidet naturaliter, ergo debitori per eum adquiri possessio non potest. Dominium tamen recte hoc loco Joannes dixit debitorem adquirere per servum pignori datum, exemplo liberi hominis, & servi alieni bona fide possessi, qui aliunde, quam ex re possessoris, vel ex suis operis dominium adquirit sibi, aut vero domino, non etiam possessionem, vel usucapionem, aut usucapiendi conditionem. Sic igitur statuamus, per servum pignori traditum emptori translata corporali possessione in creditorem, debitorem non possidere, non adquirere possess. Creditorem quoque per servum sibi pignori datum, quamvis eum possideat naturaliter, *l. 3. §. ult. ad exhib. l. cum fortis, §. ult.*

§. ult. & l. debitor, §. ult. de pig. act. l. per servum in prin. sup. A *tit. prox.* verissimum est, non adquirere posse. Nec igitur debitorem per eum servum adquirere possessionem, qui ab eo desiit possideri, nec possideri fingitur post traditionem pignoris, nisi ad unam causam, id est, ad implendam usucapionem inchoatam ante pignerationem: quia igitur non possidetur à debitore, sed à creditore. Creditorem autem etiam per eum non adquirere possessionem, quia nec dominium ullius rei per eum adquirit ulla ex causa. Id enim agitur in contrahendo pignore, ut nihil per eum servum creditori adquiratur, sed ut is servus tantum sit apud creditorem, veluti pro fide contractus, & restituendi crediti vinculo, *l. legata, §. ult. de supel. leg.* Itaque nec ex operis servi pignori dati creditor quidquam adquirit, sed quod forte ex operis percipit, id imputat in sortem, id minuit sortem, *l. 1. C. de pig. act.* vel id imputat in usuras prius- B quam in sortem, ut ex Cod. Hermog. Papianus refert, *tit. de ablat. pign.* Ex re autem creditoris, quod adquirit servus pignori datus, id ei jure non adquirit, sed domino, id est, debitori, licet non inficior in subsidium ejus, quod ex re sua adquisierit, creditori utilem vindicationem accommodari posse, *arg. l. uxor marito, de donat. inter vir. & uxor.*

AD *§. Veteres putaverunt*. In quo proponitur vetus hæc juris regula: Per servum hereditarium, vel hereditatem ipsam, id est, jus successionis, nec aliud quidquam, id est, ne rem quidem ullam, quæ ejusdem hereditatis sit, heredem adquirere posse. Et extat hæc etiam regula in *l. 18. sup. t. prox.* & in *l. 43. de adqu. hered.* Et vera est, & in dominio, & in possessione rerum hereditariarum adquirenda, nempe, ut neque dominium, neque possessio rerum hereditariarum he- C redi quæri possit per servum hereditarium, quod indicat *d. l. 18. de adquir. rer. dom.* & in *h. t. l. qui absenti, §. ult.* Et præterea, quod notandum, hæc regula accipienda est de servo hereditario, qui jam ad heredem pervenit jure hereditario, ut indicat eadem *l. qui absenti, §. ult. & §. si ex parte, in hac l.* non de servo jacentis, nec dum aditæ hereditatis. Sed videamus, quæ sit ratio hujus regulæ. Hæc videtur esse: quia cum per hereditatem, id est, jure hereditario adquiratur servus hereditarius, natura non fert, ut & vicissim per servum hereditarium adquiratur hereditas, vel pars hereditatis, vel id quod ejusdem hereditatis est, neque enim potest aliud alii esse causa, *τὸν αὐτὸν τρόπον*, eodem scilicet modo, ut in *2. Physic. cap. 3.* Inde quæritur hoc loco, an hæc regula quæ de servo hereditario tantum loquitur, aut de servis hereditariis, qui ad heredem pervenerunt, longius producenda D sit ad servos legatos, vel donatos, vel ære comparatos, an vero per unum servum cæteri adquiri, & possideri possint: an pluribus servis legatis, vel emptis, vel donatis, per unum eorum cæteri adquiri, & possideri possint, quod magis probat Paulus hoc loco. Itaque censet, regulam hanc longius producendam non esse extra suos fines, & terminos, per eum scilicet servum, qui ad legatarium, vel emptorem, vel donatarium pervenerit, ut ait nominatim *lex prædia, inf. hoc tit.* quem postea legatarius, vel emptor, vel donatarius mittat ad possidendos, cæteros possideri posse, cæterorum possessionem adquiri posse, per unum tamen servum hereditarium, qui similiter ad heredem pervenerit, alioquin comparatim nihil valeret, heredem cæterorum servorum, cæterarumque rerum hereditariarum possessionem adquirere non posse, propter rationem supradictam, quæ cessat E in servo legato, vel empto, vel donato: quoniam hic titulus singularis est, non universalis, ut titulus hereditatis. At sciendum est per alium tamen servum, qui ad heredem alio jure pervenerit, quam hereditario, rerum hereditariarum possessionem heredem adquirere non prohiberi, sed per servum hereditarium tantum, ut dixi per alium servum non hereditarium res hereditarias possidere potest, ut in *d. l. qui absenti, l. ult.* ostenditur, ut item ostenditur in *§. si ex parte*, qui proxime sequitur. Finge hoc modo: Testator scripsit duos heredes ex æquis partibus, Titium & Cajum, Titio heredi scripto ex parte dimidia servum prælegavit: sic heres servi prælegati partem habet jure hereditario, partem jure legati, quia legatum ei relictum non A valet, nisi pro parte coheredis; pro sua parte hereditaria non valet, hoc est certissimum, *l. eum, qui, §. ult. de his, quib. ut ind. l. in quartam, ad l. Falcid.* Servi autem prælegati heres partem habet jure hereditario, partem non jure hereditario, sed jure legati: & propter hanc quidem partem, quam habet jure legati, licet pro altera parte servus hereditarius sit, per eum rei hereditariæ possessionem adquirere potest, quasi per servum legatum, non per servum hereditate relictum. Et similiter, si communis Stichus fuerit testatoris, & heredis scripti, propter partem, quam heres in eo servo jure suo habet, non hereditario, licet altera ei obvenerit jure hereditario, heres per eum servum fundi, vel rei cujuslibet hereditariæ possessionem adquirere potest, quam non posset adquirere per servum, qui ei totus obvenisset jure hereditario: Et ita liquido est explicata B vetus illa regula juris.

AD *§. Hæc, quæ de servis*. Quod dictum est de adquirenda mihi possessione per proprios, per communes, per fructuarios, per alienos, aut per liberos homines bona fide possessos, id ita, procedere ait, si servi, quos possidere jussi, quos misi ad possidendum meo nomine, apprehendant possessionem, volentes eam mihi adquirere, ut *l. si in vacuam, inf. h. t.* Quo casu, & ea possessio mihi proficit ad usucapionem, quia possidere jussi, etiamsi eam paraverint extra causam peculiarem. Sed si alieno nomine possessionem apprehendant, si eo animo, inquit, intrent in possessionem, ut nolint eam mihi adquirere, sed potius Titio, eam mihi non adquirunt, quia non fuit eis animus mihi adquirendi. Verum an eam adquirunt Titio: sic videtur, si modo Titio C grata, & rata fuerit: ratihabitio Titii requiritur, & si liber homo sua sponte rem emerit, & acceperit Titii nomine, sine mandatu Titii, non aliter possessio, vel dominium Titio adquiratur, quam si emptionem ratam fecerit, *l. com. §. ult. sup. h. t. l. si ego, neg. gest.* Quod & hic recte glossa notavit, simul, & aliud quod eruit ex *l. qui mihi, de don. & l. per ser. §. ult. sup. tit. prox.*

AD *§. Per procuratorem*. In hoc §. docet quod jam tradidimus, per procuratorem, licet eum non possideamus, quum sit liber homo, & per tutorem similiter infantis etiam, ut *l. 3. C. eod. t. inf.* & per curatorem adolescentis, aut prodigi similiter possessionem adquiri, si nostro nomine eam apprehenderint. Quo utilitatis causa receptum esse, & auctoritate prudentum ait *l. 1. C. eod.* Et Paulus etiam noster 5. Sentent. D tit. 2. *Per procuratorem*, inquit, *adquiri posse possessionem utilitatis causa receptum est, expediendorum negotiorum causa*. Et verum est, per procuratorem non tantum possessionem, sed & dominium adquiri etiam ignoranti, quando apprehensa à procuratore possessio fuerit. Verum usucapiendi causam non procedere, vel non adquiri, nisi scienti, quoniam ut ignorantes usucapiant, hoc tantum in rebus peculiaribus receptum est, quod supra exposuimus in *l. si procurator, tit. prox. & l. possessio quoque, §. ult, h. t. l. 1. & l. 8. C. eod. t. l. 1. C. per quas personas nobis adquir. l. si emptam, t. seq.* Et vero nihil attinet dicere, per procuratorem, similesve personas non adquiri possessionem, cum nullus alius sit, cui adquiratur, quia nec ipse procurator, cui res traditur, eam rem sibi possidet: quia, inquit, non habet animum possidendi, & possessio sine animo non adquiritur. Is etiam, qui procuratori E tradidit rem eam, non possidet, quia possessione cessit. Nullus igitur est, qui possessionem sibi asserere possit. Itaque nihil attinet dicere, eam rem non esse quæsitam mandatori per procuratorem, eam scil. apprehendentem mandatoris nomine. Nam si suo nomine procurator apprehendat possessionem, non domini, sine mandatoris nomine, id est, non ea mente, ut operam duntaxat suam accommodet domino, sed ut rem gerat sibi, sine domino non adquirit possessionem, sed sibi potius, quod in hoc §. proponitur.

AD *§. pen.* Rursus ut subjicitur in §. pen. Si procuratori meo rem, quæ est in præsentia, rem præsentem venditor tradat ex jussu meo, ego per memetipsum videor adquirere possess. rei, quæ est in conspectu meo, non per procura-

to-

torem meum, quia mihi tradita res videtur. Sicut si debitor meus jussu meo pecuniam, quam habet in manu, pecuniam igitur præsentem solvat Titio, mihi eam solvisse videtur. Per memetipsum igitur his casibus adquisisse videor possessionem, non per Titium, non per procuratorem. Nec ad rem attinet dicere possessionem non adquiri solo animo, solove corpore, utriusque concursum desiderari, nam & hoc casu, licet non attingam rem, quam jubeo tradi procuratori meo, tamen quodammodo eam non animo tantum meo, sed etiam corpore videor adquirere. *Non enim*, inquit, *corpore, & actu necesse est apprehendere possessionem*. Videntur Basilica legisse *tactu*: quæ sic habent: *Οὐ μόνον τῆς σωματικῆς ἀφῆς χρεία ἐστὶν, ἀλλὰ καὶ τὴν νομὴν προσποιοῦμεν ὀφθαλμοῖς δὲ τῷ πάθει*. *In adquirenda possessione*, inquiunt, *non est opus tantum corporali tactu, sed adquirimus etiam possessionem oculis, & affectu*. Et quia oculis, igitur quodammodo corpore nostro. Unde quod plus est, & si non procuratori meo res tradita sit, si nulli jussu meo res tradita sit, sed in meo tantum conspectu posita sit, ut eam mihi haberem, & possiderem, videor ejus rei dominium adquisivisse, *l. pecuniam, de solut*. Item columnæ, quæ propter magnitudinem facile loco moveri non possunt, statim traditæ mihi videntur, ut in *hoc §.* proponitur, si in re præsenti consenserim, ut pro mihi traditis habeantur, nam & hic oculis, & affectu possessionem adquiro. Vina etiam, quæ sunt in cella vinaria, mihi tradita videntur, si cellæ claves mihi traditæ sint, etsi vasa vinaria non attigerim, ut *l. clavibus, de cont. emp. l. 2. C. de per. & comm. rei vend. l. 1. C. de crim. exp. hered.* Et ad hæc etiam valde facit *l. 18. §. pen. hoc tit.* ubi ostenditur, rei emptæ immobilis me possessionem adquirere, si jussu meo venditor eam deposuerit in domo mea, quanquam eam nemo necdum attigerit ex meis: præterea, quod est de re immobili, fundum mihi traditum videri, si venditor ex mea turre eminus mihi demonstret fundum, ejusque possessionem se tradere dicat, nam & hoc modo possessionem adquiro, non minus quam si finibus pedem intulissem, nempe oculis, & quasi corpore igitur meo. Unde in *l. 15. hoc tit.* cum proposuisset initio contra regulam juris quarumdam rerum possessionem adquiri solo animo, quod tamen postea negat, veluti si emero acervum lignorum, & venditor eum me tollere jusserit, ego non sustulero, sed ei custodem apposuero, vel etiam si vendiderit quis mihi vinum, quod est in horreo vinario, & ego vasa vinaria non attigero, sed horreo custodem apposuero: his modis videtur vinorum, & lignorum possessio adquiri solo animo, quia non attinguntur, neque enim custodis appositio, attactio est earum rerum. Verum concludit, & hanc ipsam corporis traditionem quodammodo esse, quia nihil refert, utrum meo corpore custodiam, an alieno, & *utrobique*, inquit, in fine, *animi quodam genere possessio erit æstimanda*. Quæ conclusio non congruit cum superioribus, quoniam imo scribere debuit, utrobique corporis quodam genere possessio erit æstimanda, id est, quodammodo etiam videtur adquiri corpore possessio, non & animo solo.

AD *§. ult.* In hoc §. ostenditur, neque municipia, neque municipes, id est, cives, neque civitates, neque cives cujuslibet civitatis per se quidquam possidere posse, vel usucapere, quia incertum corpus est: vel ut ait, quia universi consentire non possunt; & in adquirenda scil. possessione sensu, vel consensu, vel quod idem est, animo & voluntate opus est. Male Florent. *quia uni consentire non possunt*. pro, *quia universi*, nam & lib. sing. reg. Ulp. tit. *qui heredes institui possunt*, eodem modo scriptum est, neque municipia, neque municipes heredes institui posse, quia universi cernere hereditatem non possunt: & similiter, quia universi consentire non possunt in adquisitione possessionis: ideo municipes per se possidere nihil possunt municipii nomine, & reip. nomine: nec dicas municipes tamen possidere forum, & Basilicam ut hic proponitur Basilicam, quæ foro jungi solet, ut Vitruvius scribit 5. c. 1. ut per hyemem se in eam negotiatores conferant. In ea enim Basilica venalia proponebantur, *l. pediculis, §. item cum quæreretur, de auro, & arg.* Judicia etiam in ea exercebantur, vel Seneca teste: *Qui fremitu judiciorum Basilicas resonare ait*. Verum ad rem: *Municipes*, inquit, *forum, & Basil. & his similia*, inquit, *loca*, sc. ubi bus populi perpetuo exposita, veluti theatrum, campum, porticus, balnea non possident ullo modo, *sed iis*, inquit, *promiscue utuntur*. Aliud igitur est possidere, aliud longe uti: quod & initio hujus legis satis luculenter ostendi. His consequens est, ut etiam municipia, vel municipes servos municipiorum non possideant. Qua ratione quidam dicebant, nec per eos municipio, sive reipublicæ possessionem adquiri posse, quam reipublicæ adquisitam voluit, quæ tamen ratio non est idonea: nam, ut dixi *sup. in §. per eum, & §. per servum corp.* pleríque alii sunt, quos non possidemus, & tamen per eos res mobiles, vel immobiles possidemus, ut per liberum hominem, puta per procuratorem, tutorem, curatorem, aut per filiumfamilias, quos certe non possidemus. Et obtinuit etiam, ut ex Ulpiano traditur in *l. seq. per servum publicum rempubl. possidere, & usucapere posse*, non ex peculiari causa tantum, sed etiam ex non peculiari nomine reipublicæ apprehensa possessione per servum publicum, ut ostenditur in *l. 10. de Public. in rem act. l. ligni, §. item municipes, ad exhib.* sed & per liberam personam, veluti per actorem (sic vocatur, qui res municipii gerit) municipium, sive rempubl. possidere posse exemplo privatorum, qui & per liberam personam, veluti per procuratorem etiam ignorantes possessionem adquirere possunt, ut receptum est utilitatis causa, quo facilius quisque negotia sua expediat, promptiusque, *l. 1. C. eod. tit.* Et sic evenit in specie hujus *§. ult.* ut quod per se municipes possidere, & usucapere non possunt, possidere tamen possint per alios: sicut infans, aut furiosus, qui per se possidere, & usucapere non potest, quia intellectu caret, id tamen adquirit per alium. Nec obstat quod ait *l. Labeo 8. tit. seq. Eum, qui suo nomine nihil usucapere potest, nec per servum quidem posse*. Quod de peregrino dicitur, cui commercium datum non est, qui nec suo nomine per se, vel per alium usucapere potest. At civis Romanus, etsi non per se propter ætatem, aut vesaniam, per servum tamen, aut per procuratorem suo nomine possidere potest, & usucapere ex peculiari causa. Ac simili modo municipes non per se suo nomine, sed per servum, vel actorem suo nomine. Transeamus ad *l. 3. hujus tit.*

Ad L. III. eod. *Possideri autem possunt, quæ sunt corporalia.*

Ad §. Et adipiscimur *possessionem corpore, & animo: neque per se animo, aut per se corpore. Quod autem diximus, & corpore, & animo adquirere nos debere possessionem: non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente, & cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.*

Ad §. Incertam *partem rei possidere nemo potest: veluti si hac mente sis, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere.*

Ad §. Neratius, *& Proculus, & solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simulatque possidendi affectum habuero: quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Cæterum quod Brutus, & Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse: non est verum. Is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. Sed & si sciat, non capiet longa possessione: quia scit alienum esse. Quidam putant Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra. Quibus consentio.*

Ad §. Ex plurimis *causis possidere eandem rem possumus, ut quidam putant, & eum, qui usuceperit, & pro emptore, & pro suo possidere: sic enim & si ei, qui pro emptore possidebat, heres sim, eandem rem, & pro emptore, & pro herede possideo: Nec enim sicut dominium non potest nisi ex una causa contingere, ita & possidere ex una duntaxat causa possumus.*

Ad §. Ex contrario *plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, & ipsum possidere, & eum qui pro-*

Digitized by Google

cario acceperit: Idem Trebatius probabat existimans, posse A alium juste, alium injuste possidere, duos injuste, vel duos juste non posse, quem Labeo reprehendit. Quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat, quod est verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sedeo, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Ad §. In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, & tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti & animo solo potest, quamvis adquiri non potest.

Ad §. Sed & si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides.

Ad §. Si quis nuntiet, domum à latronibus occupatam, & dominus timore conterritus, noluerit accedere: amisisse eum possessionem placet. Quod si servus, vel colonus, per quos cor- B pore possidebam, decesserint, discesserintve: animo retinebo possessionem.

Ad §. Et si alii tradiderim, amitto possessionem: Nam constat, possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus.

Ad §. Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, & judicium liberale pati paratus sit: non videbitur à domino possideri, cui se adversarium præparat. Sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur. Alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit, & liberale judicium imploraverit: nihilominus in possessione mea est, & animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus.

Ad §. Saltus hybernos æstivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus.

Ad §. Cæterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, C sicut diximus, per colonum, & servum. Nec movere nos debet, quod quasdam res etiam ignorantes possidemus, id est, quas servi peculiariter paraverunt: Nam videmur eas eorumdem, & animo, & corpore possidere.

Ad §. Nerva filius res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus: Nam pecus simul atque aberraverit, an vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere à nobis possideri, licet à nullo possideatur. Dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia præsentia ejus sit, & tantum cessat interim diligens inquisitio.

Ad §. Item feras bestias, quas vivariis incluserimus: & pisces, quos in piscinas conjecerimus, à nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quæ in sylvis circumseptis va- D gantur, à nobis non possideri: quoniam relictæ sint in libertate naturali: Alioquin etiamsi quis sylvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est.

Ad §. Aves autem possidemus, quas inclusas habemus: aut si quæ mansuetæ factæ, custodiæ nostræ subjectæ sunt.

Ad §. Quidam recte putant columbas quoque, quæ ab ædificiis nostris volant, item apes, quæ ex alveis nostris evolant, & secundum consuetudinem redeunt, à nobis possideri.

Ad §. Labeo, & Nerva filius responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen, aut mare occupaverit.

Ad §. Si rem apud te depositam, furti faciendi causa contrectaveris: desino possidere, sed si eam loco non moveris, & inficiandi animum habeas: plerique veterum, & Sabinus, & Cassius recte responderunt, possessorem me manere: quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admit- E tatur.

Ad §. Illud quoque à veteribus præceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.

Ad §. Sed si is, qui apud me deposuit, vel commodavit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit: non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.

Ad §. Genera possessionum tot sunt, quot & causæ adquirendi ejus, quod nostrum non sit. Velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxæ dedito, pro suo. Sicut in his, quæ terra, marique, vel ex hostibus capimus, vel quæ ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitæ.

Ad §. Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species:

A ut possideatur, aut bona fide, aut non bona fide.

Ad §. Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando jussu magistratus rei servandæ causa, vel quia damni infecti non caveatur mitti, possidemus, ineptissimum est: Nam qui creditorem rei servandæ causa, vel qui damni infecti non caveatur, mittit in possessionem, vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum, & observationem concedit. Et ideo cum damni infecti non cavente vicino, in possessionem missi sumus: sed id longo tempore fiat: etiam possidere nobis, & per longam possessionem capere prætor causa cognita permittit.

INitio proponitur, res tantum corporales possideri: res incorporales, veluti jura prædiorum, vel hominum quasi possideri; non vero possideri recte: quia sub tactum, vel sub sensus non cadunt, & possessio non potest adquiri sine tactu B & corporali apprehensione. Unde nec male in l.1.§.pen. illo loco: Corpore, & actu, Græci legunt, corpore, & tactu, vel corporali tactu. Unde in l. quod meo, §. pen. hoc tit. si id nemo dum attigerit, id est, si naturalem possessionem non apprehenderit, & in l.1. §.1. hoc tit. Licet corpore suo rem contingat. Itaque in adquirenda possessione, animo & corpore opus est nostro, vel alieno, attrectatione nostra, vel aliena: Nam neque corpus nudum, neque nudus animus sufficit ad possessionem adquirendam, l.8. hoc tit. l. licet, C. eod. Et in specie l.1. §. pen. & l. quarundam, hoc tit. ut docui supra quoque, etiam nudus animus non intervenit, sed & corporis scilicet genere quodam possessio adquiritur. Dominium solo animo adquiri potest, ut jam ostendi in superioribus, veluti hereditas aditione sola, dicendo; Adeo hereditatem illam, cernoque, vel geritione pro herede adquiri- C tur: possessio rerum hereditariarum non item, quia non adquiritur nisi animo, & corpore, l. cum heredes 23. in princ. inf. hoc tit. ac præterea hereditas adquiritur animo nostro, non animo alieno, non aditione aliena: quia aditio est actus legitimus, qui non potest peragi per alium: actus legitimi peraguntur per nosmetipsos tantum: possessio etiam adquiritur alieno animo, ut in §. saltus, inf. Et vero, ut etiam proponitur initio hujus l.3. ut corpore quis possessionem adeptus videatur, veluti possessionem fundi, necesse non est, ut omnes glebas fundi circumambulet, verum satis est, si certam aliquam fundi partem ingrediatur animo possidendi, id est, eo animo, ut totum fundum possideat usque ad terminum, inquit, id est, usque ad limitem fundi, qui limitem fundi discernit. Quod ita verum est, si aliæ partes fundi sint vacuæ. Nam si aliæ partes D fundi ab alio teneantur, profecto eam tantum partem possidet, quam tenet, quam introierit, l. quod meo, §. ult. hoc tit. Dixi, certam partem: nam incerta pars non potest possideri, quod proponitur in §. incertam, & in l. si fur, §. ult. tit. seq. Incerta pars non potest possideri, quia nec corpore, sed intellectu solo percipi, & abstrahi potest. Itaque quo exemplo utitur §. incertam, & l. locus, in fin. hoc tit. si Titius tibi cedat quicquid juris in eo fundo habet, non designata parte, si non cedat partem tertiam, vel quartam partem, quam in eo fundo habet, sed ἀορίστως, quicquid juris in eo fundo habet, & tu ignores quid juris in eo fundo habeat, quantumvis licet hac mente sis, ut possidere velis, quod in eo fundo Titius possidet, possessionem non adquiris, διὰ τὸ ἀόριστον, ut hic Basilica addunt; quia finita pars Titii, finitum non est jus Titii, quod ti- E bi cessum est, nempe, mente nuda possessio non adquiritur: & quantum etiam apparet ex proposito exemplo, incertam partem vocat, quæ ignoratur quota sit, puta tertia, an dimidia, vel quarta: hæc non potest possideri, licet possit recte vindicari à possessore totius fundi, l. qui de tota, §. ult. de rei vindic. l.8. §.1. comm. divid. Alio sensu pars incerta dicitur, quæ scitur quidem quota sit, puta tertia, aut quarta, sed indivisa est, ita ut nec cerni nec tangi possit, utque ejus locus sit incertus; hæc possideri potest, ut puta, si fundi pars tertia vendita empta sit, vel donata, vel legata pars pro indiviso, certum est quota sit, sed quia incertus est ejus locus, hac ratione etiam incerta dici potest. Verum nihilominus possideri potest, d. l. locus, l. si quis fundum, inf. hoc tit. Quia si emptor fundum ingrediatur, eam suo corpore

apprehendere videtur; propterea quod cujuslibet glebæ pars tertia est: & (ut de anima fertur) ea pars tertia pro indiviso, est tota in toto, & tota in qualibet parte. Utrumque ergo in adquirenda possessione exigimus, corpus, & animum. Quod etiam rursus inculcatur in *§. Neratius* his verbis: *Solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis*, id est, corporalis possessio. Unde ut in hoc §. Paulus tradit, Neratius, & Proculus dicebant dissentientes à Sabinianis: si thesaurum scio positum in fundo meo, quem possideo naturaliter, continuo me etiam possidere thesaurum, simul atque possidendi thesauri animum habuero, quia & si fundum teneam, non thesaurum, quod deest ipsius fundi naturali possessioni: deest autem possessio thesauri, quia fundum duntaxat teneo, non etiam thesaurum in eo positum, heic animus, id est, scientia animi mei scientis, in eo fundo thesaurum esse, facile supplet me possidere rem principalem, id est, fundum, qui continet thesaurum. Proculiani existimabant, thesaurum possideri in fundo positum, & defossum, si fundus possideretur, & sciret possessor in eo absconditum esse thesaurum, non sine fundi corporali possessione tamen. Nam ut vel fundi corporalis possessio antecederet, omnino desiderabant, & merito etiam improbabant sententiam Bruti, & Manilii antiquorum juris auctorum, qui existimabant, possidentem, & usucapientem fundum, etiam thesaurum in eo reconditum usucapere, sive sciret, sive nesciret thesaurum ibi esse. Denique existimabant cum fundo, & ima & per ima fundi omnia, quamvis alterius sint, usucapi. Quam quidem sententiam improbabant hac ratione: Quod neque sciens, nec ignorans ibi thesaurum esse, eum usucapere potest, ignorans non potest usucapere, quia, ut quid ignorans usucapiat in re tantum peculiari receptum est, *l. si emptam*, *tit. seq.* Sciens etiam non potest usucapere, quia & si ex sententia Proculianorum sciens possidere potest thesaurum, quem scit esse positum in fundo, quem possidet naturaliter, non potest tamen eum thesaurum usucapere, quia eum possidet mala fide. Scit enim alienum esse thesaurum, custodiæ aut præsidii causa terræ commendatum. Nam thesaurus hic non accipitur pro veteri depositione pecuniæ, cujus memoria non extat, cujus dominus nullus est certus, sed pro depositione pecuniæ, quæ dominum certum habet. Quod autem scio meum non esse, id scio, vel scire debeo alienum esse, *l. ult. C. unde vi*, *l. ult. §. nemo*, *C. comm. de legat.* & hoc loco: *Quia scit alienum esse*. Et si quæras, quomodo hoc scit alienum esse: dicam, quia scit suum non esse. At in fine hujus §. improbatur etiam sententia Proculianorum, & itur in eam, quæ est Sabinianorum: Possessorem scilicet fundi non possidere thesaurum, etiamsi defossum eum in fundo esse sciat, nisi eum corporaliter apprehenderit per fundi naturalem possessionem: non possideri etiam thesaurum in eo reconditum, nisi loco moveatur & attrectetur, quod confirmat etiam *lex peregre*, *inf. hoc tit.* & *lex thesaurus*, *ad exhib.* Et hæc ratio est, quia res mobiles eatenus possidentur à nobis, quatenus sub custodia nostra sunt, *§. Nerva*, *inf. l. si rem mobilem*, *inf. hoc tit.* Thesaurus res est mobilis, qui utique non est sub custodia nostra, antequam loco motus à nobis, & occupatus fuerit: quæ ratio in fine hujus §. satis demonstratur his verbis: *Nec alias eum, qui scit possidere, nisi si thesaurus loco motus sit*, id est, contrectatus: *quia non sit sub custodia nostra*. Atque ita hic §. eo spectat, ut magis atque magis confirmetur, quod est propositum initio hujus legis, solo animo, solove corpore non adquiri possessionem.

AD *§. Ex pluribus*. In hoc §. proponitur una differentia inter possessionem, & dominium: Dominium ex una tantum causa nobis contingere posse: neque enim, quod semel ex una causa nostrum factum est, id amplius ex illa causa nostrum fieri potest, *§. sed si rem*, *Inst. de legat.* *§. sic itaque*, *Instit. de act.* Possessionem autem ex pluribus causis nobis contingere posse: dominii unum esse titulum, unam causam, unam auctoritatem: possessionis causas, sive titulos, duos, vel plures esse posse. Idem est titulus, & causa, ut in Evangelio, quæ uno loco dicitur causa, *αἰτία*, quam præfixa est cruci salutiferæ, in alio loco latine dicitur titulus. Causa quidem Matth. 27. *καὶ ἐπέθηκαν ἐπάνω τῆς κεφαλῆς αὐτοῦ τὴν αἰτίαν γεγραμμένην*. Titul. Joann. 19. *Ἔγραψε δὲ καὶ τίτλον ὁ Πιλᾶτος*: Et rectissime Theophilus noster in *§. seq. Inst. de interd.* ait; *Τίτλον εἶναι τὴν τῆς δικαιοκατοχῆς αἰτίαν*: *Titulum esse causam possessionis*, veluti emptionem, donationem, legatum, dotem, hereditatem, quam glossa hic vocat causam remotam, causam scilicet possessionis, causam traditionis, quod idem est. Traditionem vero ipsam esse causam proximam, & de utraque causa verbose conscribit, quæ neque sunt in jure, neque ex jure. Possessionis autem sunt plures causæ, veluti quum quis rem alienam à non domino bona fide emit, & usucepit eam rem, & pro suo possidet, quia usucepit, & pro emptore, quia emit, etiam post usucapionem, *l. 1. in fine*, *infr. pro suo*. Denique eam rem possidet pro suo, & pro emptore: pro suo, quasi quæsitam usucapione ex 12. tabul. Dominium autem habet usucapionis jure duntaxat, non etiam emptionis, aut traditionis factæ à non domino. Et similiter, qui heres extitit ei, qui pro emptore possidebat ex emptionis causa, & pro emptore possidet, quo jure defunctus possedit, in cujus jus omne succedit: & possidet etiam pro herede, id est, jure hereditario. Dominium autem ejus rei habet jure tantum hereditario. Denique dominium ex una tantum causa contingere potest, possessio etiam ex duabus. Nec obstat *l. 4. C. de cont. emption.* quæ ait, *duplicari non posse titulum possessionis*, quoniam, ut ibi glossa sentit recte, & quæ sequuntur etiam in ea lege, demonstrant, sub nomine possessionis illo loco, non possessio nuda significatur, id est, usus quidam rei, sed dominium, quod per possessionem contingit, id est, effectus possessionis, ut & alias in *l. 1. §. item adquirimus*, docui accipi possessionem pro usucapione, sive pro adquisitione dominii per usum, per possessionem. Et ita etiam usus, id est, usucapio, *l. deducta*, *§. ante*, *in fine inf.* Usus & casus inquit, usus, id est, usucapio. *Casus*, id est, damnum fatale; vel quod idem est, usus, id est, deminutio, casus, id est, deperditio, ex *l. deperditam*, *de pet. hereditat.* Non est omittendum, eandem hac in re esse rationem possessionis, & obligationis, nam & deberi nobis eadem res potest ex pluribus causis, ex pluribus obligationibus, id est, ex pluribus obligationum causis, ut *l. 14. §. pen. de except. rei judic.* *l. 168. de reg. juris.* Tria sunt duntaxat, quæ adquirimus (non est quartum) vel dominium, vel possessio, vel obligatio. Et dominium ex una causa tantum, cætera etiam ex pluribus.

AD *§. Ex contrario*. Plures, ut dixi, possunt esse causæ possessionis ejusdem rei, dominii una tantum. At ex contrario, ut nunc docet in hoc §. neque possessores, neque domini ejusdem rei plures esse possunt, ita scilicet, ut singuli sint, vel possessores, vel domini pro solido. Quod etiam ostenditur in *l. 5. §. si duobus*, *commod.* & *l. pen. §. pater*, *de cast. pecul.* & *l. 141. §. 1. de regulis juris.* Et fuit hæc Proculianorum sententia, quæ obtinuit hac ratione, quia contra naturam est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris, sine qua detentione corporali, nec civilis possessio existere potest, vel acquiri. Et obtinuit Proculianorum sententia generaliter: puta, neque duos posse in solidum eandem rem possidere civiliter: neque duos naturaliter: neque unum civiliter, alterum naturaliter, neque unum juste, neque alterum injuste, neque etiam unum bona fide, alterum mala fide. Contra vero Sabiniani (nam de hac re varie disputatum fuit) statuebant, unius rei pro solido duos possessores esse posse, & exemplo utebantur precarii. Nam & possidere eum dicebant, qui precario rogasset, ut sibi quid possidere liceret: & eum quoque, qui precario dedisset: unum possidere corpore, alterum animo: unum naturaliter, alterum civiliter. Quod & à Pomponio, qui Sabinianus fuisse videtur,

rela-

relatum est in libris ad Sabinum, *l. & heredi, §. eum, qui, de* A *precario*. Et utrumque, inquit, juste possidere. Nam & precaria possessio justa est, *l. 7. §. inter prædones, comm. divid.* Verius tamen est, eum possidere solum, qui precario dominum rogavit, ut sibi rem ejus possidere liceret, quia dominus ei possessione cessit, qui precibus ejus locum dedit. Et quod dicitur in *§. eum, qui*, ut docui, est ex schola Sabinianorum. At Trebatius etiam Sabino quodammodo consentiens dicebat, posse alium juste, veluti dominum, alium injuste, veluti prædonem, possidere rem eandem pro solido, quod etiam proponitur in *l. 3. uti possidetis*: sed dubitanter, atque adeo supponitur magis, quam proponitur. *Si quis*, inquit, *proponeret possessionem justam, & injustam, ego possideo ex justa causa adquirendi dominii: tu vi, aut clam.* Si quis ergo ita proponeret in persona duorum possessionem, in unius justam, in alterius B persona injustam, in utriusque pro solido, si quis hoc proponeret, veluti hic Neratius, quod & Trebatius proposuit, quod tamen nos neque admittimus, neque approbamus. Nam etsi Titius, quæ est species *d. l. 3.* vi, aut clam à me possideat, vel ab alio solus ipse possides, licet eum à me vi, aut clam possidet, id est, cum me mea possessione vi, aut clam evertit, superior sum in interdicto uti possidetis, quasi possessor, tametsi possessor non sim, tuendus tamen sum tanquam possessor, non quia possessionem habeo, quam nec habeo, sed quia habeo interdictum unde vi, vel interdictum de clandestina possessione, quo recuperare amissam possessionem possim, *l. 17. in princ. hoc tit. l. 7. §. Julianus, communi divid.* Idem tamen Trebatius, ut in hoc §. ostenditur, qui admittebat duos possessores ejusdem rei in solidum, unum justum, C alterum injustum, negabat duos justos, aut duos injustos possessores esse posse ejusdem rei in solidum. Quod etiam extat in *l. duo, de precario*, quem tamen merito reprehendit Labeo princeps Proculianorum: non quod dixeris duos juste, vel injuste possidere non posse, quia hoc est verissimum, hoc Proculiani maxime volunt: Sed cum negaret duos juste, vel duos injuste possidere posse, in eo reprehenditur, quia non negavit etiam eum juste, alterum injuste possidere posse. At reprehenditur hac ratione, quia: *In summa*, inquit, *possessionis*, Basilica, *Εἰς τὸ σύμπαν τὸ κατοχῆς, Non multum interest juste quis, an injuste possideat*: quoniam sive juste, sive injuste possideas, utique semper possidet solus. At injuste, dices, possidet: dicam, possidet tamen, ut de sententia judicis dicitur, at male judicavit: judicavit tamen. Quoquo igitur modo quis possideat, utique possidet, & quidem solus. Unde si duo juste, vel duo D injuste possidere non possint, quod & Trebatius dixit, non poterit etiam unus juste, alter injuste possidere, quod tamen Trebatius dicebat. Et ut tandem concluditur in hoc §. *non magis eadem possessio apud duos esse potest in solidum, quam ut tu stare videaris in eo loco, quo ego sto: vel in eo, quo sedeo, tu sedere videaris.* A qua re, sive actu corporali sane omnis possessio incipit, & consistit ab initio, sive naturalis, sive civilis. Unde & in specie *l. clam, §. ultimo, hoc titulo*, quæ hoc loco nobis explicanda est, propterea quod de ea disceptent doctores inter se plurimum, in specie, inquam, illius *§. ultimi l. clam, hoc titulo*, Doctores male statuunt, unum possidere naturaliter, alterum civiliter: nam qui ad nundinas proficiscitur, de quo ibi agitur, suorum nemine domi relicto, qui corpore suo E discessit à possessione, nec eam retinuit alieno corpore, per servum puta, per colonum, animo quidem solo retinet possessionem, non adquiritur solo animo, sed retinetur solo animo: animo ergo retinet possessionem. Sed si dum redit à nundinis, dum est in itinere, alius furtive ingressus sit in possessionem, ubi id ipse resciverit, jam non ipse animo retinere, sed animo potius amisisse possessionem videtur. Quis enim est, qui non despondeat animum, vel abjiciat potius, cum intelligit possessionem ab alio occupatam esse? Ergo statim atque intellexit alium furtive ingressum esse possessionem, ipse animo solo desinit possidere. Nam & animo solo amittitur possessio, & ille clam possidere incipit, vel etiam vi, videlicet si revertentem dominum ad prædium suum, prohibuerit, nec admiserit, *l. 1. §. sive autem, de vi, & vi arm.* Itaque non efficies ex illo §. duos possessores, unum naturalis, alterum civilis possessionis.

AD *§. In amittenda.* Docuit jam ab initio hujus l. 3. possessionem non adquiri solo animo, quia naturali adprehensione opus est. Nunc quoque docet eam amitti solo animo, & adfectione sola: non eandem esse rationem adquirendæ, & amittendæ possessionis, non adquiri solo animo, vel solo corpore, amitti tamen solo animo, quo modo etiam distare possessionem à dominio in *l. 17.* ostenditur, *§. 1. inf. h. t.* nam dominium non amitti solo animo, *l. jus agnation. de pact.* Si dico rem illam, quæ mea est, nolle meam esse, non amitto ejus rei dominium: nuda voluntate non amittitur dominium, sed facto aliquo opus est: nudo pacto, nudo consensu non amittitur dominium, *l. traditionibus, C. de pactis.* Et hæc confirmantur etiam *l. 20. de opt. leg.* Sed dominium amittitur certis quibusdam, & legitimis modis, non temere, non fortuito: Possessio autem amittitur solo animo. Itaque statim, atque nolo fundum possidere, etiamsi adhuc fundo corpore insistam, possessionem amitto: & si nomine alieno eam deinceps possidere volo, is, cujus nomine eam possideo, eam possidet, non ego, *l. quod meo, in princip. inf.* Retinetur etiam possessio solo animo, videlicet si alius fundo insistat suo corpore, quod proponitur in fine hujus §. Retineo possessionem solo animo, licet in fundo alius sit, quem ibi perperam Accursius ait possidere naturaliter, quod esse non potest, ut scilicet & ego possideam, & ille. Est quidem in fundo, ut ait, est in possessione corpore tenus, sed non possidet tamen, quamdiu viget in me animus possidendi, nec labascit ulla suspicione, ullave opinione ab alio apprehensæ possessionis, *l. quamvis, inf. hoc tit.* Ubi eleganter *ignoranti non tolli possessionem*, quæ solo animo retinetur: scienti tolli, ubi rescivit alium ingressum esse possessionem, quæ scientia facit, ut dilabatur animus possidendi, & effluat. Cæterum ignoranti non tollitur, imo retinetur, quantumvis licet alius sit in possessione. Et confirmatur sententia hujus §. multis aliis locis, *l. 3. §. quod vulgo, de vi, & vi arm. l. licet, hoc tit. de aquir. possess. l. 1. §. si vir, l. peregre, §. ult. l. si is qui animo, l. qui universas, §. pen. hoc tit. & in hac l. §. saltus.* Confirmatur etiam eo, quod sequitur statim in hac *l. §. si quis nuntiet*: possessorem, cui nuntiatum est, domum suam à latronibus captam, si timore conterritus, dum veretur vim majorem, non accesserit, animo amittere D possessionem. Quod & in *l. 7. inf.* proponitur ex hoc ipso libro Pauli 54. & conjungendum cum hoc §. Utrumque, id est, sive eam domum corpore non possidebat, sive possidebat per servum, aut colonum, animo solo amittit possess. intelligit eas ædes occupatas esse à latronibus. Quis hoc intellecto non deponat animum possidendi? Neque enim animus possidendi est fictio quædam animi, sed credulitas animi, atque persuasio certa. Restat in hoc *§. in amittenda, & seq.* possessionem retineri solo animo, possessionem, etiam amitti solo animo, cui etiam statim objicitur *l. 8. inf.* quæ, ut nulla possessio adquiritur, nisi corpore, & animo, ita ait, *nullam amitti, nisi in qua utrumque in contrarium actum est*, id est, nisi animo etiam, & corpore. Quo in loco explicando, qui facile expediri potest, fere ævum interpretes E consumpserunt. Sed ad illum locum addi oportet temperamentum, quod facit articulus *fere* in *l. fere*, in *l. 153. de regul. juris*. In qua eadem verba repetuntur ab eodem Paulo *lib. seq.* Itaque & in *l. 8.* illud *fere* supplendum est, quemadmodum adquiritur, ita & amittitur possessio. Recte *fere*, quia non omnino certe ut adquiritur, ita & amittitur possessio. Nam & si non amittitur corpore solo, nisi concurrat etiam animus deponendæ possessionis, quia animo solo retinetur: & si igitur non amittatur corpore solo, nisi concurrat etiam animus, quo modo recte Joannes censuit accipiendam esse *l. 8. & d. l. 153.* tamen solo animo amitti potest, etiamsi de prædio corpore non discedam. Et recte Græci interpretes ἀπόκτησιν, id est, amissionem possessionis, esse εὐκολωτέραν, & ἁπλουστέραν, faciliorem,

rem, & simpliciorem. Verum ne fallamur, hæc dicimus tantum de possessione, quam per nosmetipsos possidemus, hanc amittimus nudo animo: sed quam per alios possidemus, veluti per servum, aut colonum, eam profecto non amittimus solo animo. Quod explicabimus in *§. seq.*

AD *§. Quod si servus.* Jam in *§. in amittenda*, tractavi de amittenda possessione, quam etiam amitti fusius docui animo solo, non etiam corpore solo, quia retineri potest animo solo, & retentioni adversa est amissio. Etiam adjeci, quod dicitur animo solo amitti possessionem, id verissimum esse in ea possessione, quam per nosmetipsos possidemus, non etiam in ea, quam possidemus per alios, veluti per servum, per colonum, per inquilinum, per procuratorem, hanc enim possessionem retinemus, nec amittimus, etiamsi velimus amittere, aut si ejus amittendæ animum susceperimus, quamdiu videlicet is servus, vel colonus, nostro nomine est in possessione. Denique quamdiu servus meus, vel colonus meus meo nomine est in possessione fundi, etiamsi abjecero animum possessoris, fundum possideo: & quamdiu igitur alius non est ingressus possessionem, dejecto servo meo, vel colono, *l. peregre, §. ult. inf. hoc tit.* Idque verum est, si quis vi me dejecerit de fundo, servum autem meum, vel colonum non dejecerit, quia per servum retineo possessionem, vel per colonum, qui vi dejectus non est, *l. 1. §. non alii, de vi, & vi arm.* At si servus quoque meus, vel colonus, vel procurator dejectus fuerit, vel si res, quam mihi possidebat, ei erepta fuerit: vel etiam si ipse ejus rei possessione me interverterit, dum eam vult sibi habere, nec mihi restituere, hoc genere etiam ignorantes possessionem amittimus, *d. l. peregre, §. ult. & l. si rem mobilem, inf. l. 1. §. quod servus, de vi, & vi arm.* Hinc exoritur magna quæstio. Quid sit dicendum si servus, vel colonus meus, qui meo nomine possidet, ab alio dejectus non fuerit, sed ipse sua sponte dereliquerit possessionem: vel etiam, quid si vita decesserit? Et si quidem vita decesserit, constat inter omnes me animo retinere possessionem, *l. si id quod, §. 1. hoc tit.* Verum quæritur, an etiam si possessione discessit, si possessionem dereliquerit, ego animo retineam possessionem? Et in *§. quod si servus*, proponitur animo retineri possessionem, sive servus, vel colonus, per quos corpore possidebam, discesserint, sive decesserint. Et certe, ubi possessione discessit colonus, vel servus, ubi prædio exiit colonus, vel servus non animo deserendæ possessionis, constat inter omnes possessionem non amitti, sive dominum possessionem non amittere, *l. si colonus, inf. hoc tit.* At quid si animus servo, vel colono fuerit deserendæ possessionis, vel prodendæ alii, ut alius eam ingrederetur, non tradendæ, sed prodendæ? Et hac in re fuit controversia inter Jurisconsultos. Proculiani, si servus, vel colonus possessione discessit ejus deserendæ causa, existimabant possessionem etiam hoc casu à domino, aut animo domini retineri, nec amitti. Quod ostendit *l. quum quis, de dolo*, ubi & in eam rem nominatim citatur Proculus. Sabiniani vero putabant, amitti possessionem. Et ideo Pomponius ad Sabinum in *d. l. si colonus*, possessionem non amitti, ait, si non deserendæ possessionis causa colonus de fundo exierit, quia si deserendæ possessionis causa, Sabinus putabat possessionem amitti. Unde & ex Juliano, qui Sabinianus fuit, Africanus Juliani discipulus, in *l. si de eo fundo, §. 1. inf. hoc tit.* colono quidem vita decedente, qua de re constat inter omnes, possessionem, quam per eum dominus tenebat, non amitti, non interpellari, nisi eam dominus negligat, nec velit adipisci, ut ait hoc loco, aut nisi alias eam possessionem apprahendat sciente domino: colono tamen ultro possessione discedente, possessionem amitti. Itaque quod proponitur initio hujus *§.* animo retineri possessionem, sive servus, vel colonus vita decesserit, sive possessione discesserit, etiam animo deserendæ possessionis, proculdubio est ex Proculianorum sententia, quæ hodie obtinuit, & comprobata est constitutione Justiniani, *l. ult. C. eod. tit.* Quod autem sequitur *in hoc §. si alii tradiderim, amitto possessionem*, ut alias ostendi, & probavi, manifesto corruptum est. Quid enim hoc est; *si alii tradiderim amitto possessionem.* Imo & si non tradiderim, quia animo solo amitto possessionem, statim atque ego constituo, me nolle possidere, possidere desino. Unde legendum opinor, *at si alii tradiderint*, id est, si colonus, vel servus extraneo tradiderint possessionem, ut dixi sup. si decesserint, vel discesserint, non amitti possessionem. Nunc ait: *At si alii tradiderint, amitti possessionem.* Hic igitur est sensus, possessionem non amitti hoc solo, quod servus, vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint, vel discesserint, sed si alii fundum tradiderint, si alii fundum vendiderint, & tradiderint, tum possessionem amitti, & usucapionem interpellari. Quod ostenditur in *l. non solum, §. qui pignori, tit. seq.* At si non alii fundum tradiderint, sed vita decesserint, vel possessionem dereliquerint, aut desidia quadam, aut dolo malo, ut alii facultas esset ingrediendi, tunc animo retineo possessionem, quia, ut dixi, constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus. Quæ postrema verba recte Accursius retulit ad priorem clausulam hujus *§.* non ad proximiorem, non ad illam scilicet: *At si alii tradiderint, amitto possessionem.* Et sensus est apertus, possidere me fundum, quem per servum, aut colonum possidebam, etiam posteaquam vita decessit servus, vel colonus: vel postquam possessionem dereliquit, donec aut ipse voluntate mea discesserit, aut vi dejectus fuerit, quod ita in Basilicis est breviter expressum: *Νομῆς ἢ προαιρέσει ἢ βίᾳ ἀναχωροῦμεν: Possessione, aut voluntate, & proposito animi nostri, aut vi recedimus.* Possessionem amittimus animo nostro, libero scilicet, aut vi: & animo quidem solo, vel etiam corpore, si modo, ut ait *d. l. peregre, §. ult.* eo animo inde digrediamur, ne possideamus: nec enim corpore solo possessionem amittimus. Sequitur in *§. si servus.*

AD *§. Si servus.* Amitti etiam possessionem servi, si is se diu gesserit pro libero, ut fecit Spartacus, cujus etiam meminit in hoc *§.* & Athenio, duces belli servilis. Si ad idem exemplum, servus se meus diu pro libero gesserit, servum meum desino possidere, si modo, & cum apprehensus erit, paratus sit subire, & pati liberale judicium: si modo paratus sit pro suo capite, pro sua libertate litigare: si ex libertate, in qua moratur, forte petatur in servitutem à domino; hunc servum, qui se domino adversarium præparat, necesse est, ut dominus, qui hoc intelligit desinat possidere, & animo quidem solo. Idque etiam ostenditur in *l. 15. §. si servus, tit. seq. & l. per eum, hoc tit.* Et hoc, ut apparet ex specie proposita, si ex libertate servus petatur in servitutem, si servus diu fuerit in possessione libertatis, pro qua etiam judicium pati, judicio experiri paratus sit, adversus eum, qui se dominum dicit. At ex diverso, si ex possessione servitutis, si cum possideretur tanquam servus, in libertatem proclamaverit: vel ut hic loquitur, reclamaverit, & liberale Judicium imploraverit, nihilominus juste dominus eum possidet, tanquam servum, inquit, donec liber pronunciatus fuerit, quia fuit in possessione servitutis. Et hæc est sententia hujus *§.* quæ pugnare videtur omnino cum his legibus, quæ probant post ordinatum liberale judicium, eum, qui de suo statu litigat, in possessione libertatis constitui vindiciis datis secundum libertatem ex 12. tabulis, & interim in omnibus haberi pro libero: nec igitur possideri ab eo, qui se dominum dicit, non tantum si ex possessione libertatis vindicetur in servitutem, sed etiam, quod magis est, si ex possessione servitutis reclamet in libertatem, post ordinatam liberalem causam, interim loco liberi hominis habetur, & est in possessione libertatis. Hoc probat *l. ordinata, de liber. caus. & l. servum, §. 1. de procur. & l. is autem, ex quib. caus. maj.* Quod omnino videtur pugnare cum eo, quod ait in hoc *§.* eum, qui ex servitute in libertatem proclamat, nihilominus à domino possideri, donec liber pronuntia-

tus

tus fuerit. Sed ait, *cum animo possideri*. Dicendum igitur est, eum, qui ex servitute adserit se in libertatem, licet post ordinatum liberale judicium in possessione libertatis constituatur, & desinat possideri corpore domini, animo tamen possideri, ut ait hoc loco, *donec liber pronunciatus fuerit*. Adeo hæc est utilitas, ut contra, si servus pronuntietur, interim per eum dominus adquisisse intelligatur quicquid stipulatus fuerit, vel per traditionem acceperit ex justa causa. Itemque, ut interim cœptam ejusdem servi usucapionem dominus implesse dicatur, ut *l. si cui, §. licet, de liber. caus. l. servi, §. ult. de furt.* Jam sæpe docuimus supra utilitatis causa non possessores haberi possessorum loco, ut non interrumpatur cœpta usucapio, vel ut ne adquisitiones præripiantur, quæ obveniunt interim, dum servus non possidetur, hoc colore scilicet, *quod animo retineat possessionem*. Atque ita finis hujus §. atque etiam §. superioris hic est, ut ostendat animo solo retineri possessionem, qui etiam est finis, sive scopus §. *saltus*, ad quem transeo.

AD §. *Saltus*. Saltus hibernos, & æstivos, quos certis temporibus relinquere solemus vacuos, nullo ibi relicto servo, vel colono, interim dum sunt vacui, animo solo possidemus, animo solo retinemus, licet alius eos saltus nobis ignorantibus animo possidendi ingressus fuerit, hic enim non possidet, antequam resciverimus eum ingressum possessionem animo possidendi. Ignoranti enim non tollitur possesio per alium quenquam, vel prædonem, vel invasorem, quæ solo animo retinetur. Et hoc ostenditur in *l. quamvis saltus, inf. hoc tit.* Exemplum est quod hic proponitur de saltibus æstivis, & hibernis. Sed idem quoque juris est in cæteris prædiis, si forte ea relinquamus nullo in eis relicto ex hominibus nostris. Quod proponitur etiam in *l. 1. §. quod vulgo, de vi, & vi arm.* Sed hoc frequentius evenit, & apparet in saltibus, quos pecora depascuntur, non anno toto, sed parte anni tantum, vel æstate tantum. Hæc pascua possidemus animo solo, *l. si is, qui animo, l. peregre, §. ult. inf. hoc tit.* Paulus 5. *sentent. tit. 2. Possessionem*, inquit, *nudo animo retinere possumus, sicut in saltibus hibernis æstivisque contingit*. Eodem etiam loco idem Paulus iterat, quod & hic proponit statim, *nos possidere animo nostro duntaxat*, excepto uno casu, quem etiam in hoc §. subjicit. Corpore autem possidere promiscue, vel nostro, vel alieno, veluti (quo exemplo usus est) per servum, per colonum: Servus enim nobis possidet suo corpore, non sibi, & colonus similiter nobis, non sibi, *l. 1. C. comm. de usucap.* nec inter servum, aut colonum, per quem possidemus, quicquam interest, ut ait *l. si id quod, §. 1. hoc tit.* Colonus in fundo tantum esse dicitur, dominus autem possidere animo suo, & corpore coloni, & corpore item coloni solo, quamdiu is nomine domini in fundo est, licet dominus abjiecerit animum possidendi, ut si vi dejectus dominus fuerit, non etiam servus, aut colonus, quod initio ostendi. Colonus, inquam, in fundo est, dominus autem possidet. Quam in rem facit optime *lex 6. §. is, qui rogavit, de precar.* M. Tull. pro Cæcinna: *Cæcinna*, inquit, *possidebat, cum erat colonus in fundo*. Loquitur proprie, ut nostri auctores, & ex nostris etiam auctoribus, *cum erat colonus in fundo*. Unde & in §. *in amittenda, in fi. sup.* Sed & si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, puta te ignorante, adhuc possides solus: nimirum, quia is, qui in fundo est, non possidet, qui in possessione esse dici potest. Sed aliud est esse in possessione, aliud esse possessorem: ut aliud est esse in servitute, aliud longe servum esse. At sciendum est, quod & in hoc §. proponitur, unum tantum esse casum, de quo & jam supra dixi satis, & in *l. 1. §. item adquirimus*. Quo casu etiam animo alieno possidemus, puta, animo servi nostri, aut filiifamil. ex causa peculiari ignorantes: nec enim id, quod servus meus parat, sive comparat nomine peculii, quamvis ei peculium habere permiserim, id animo meo possideo: id animo meo non possideo, si nescio, quam rem paraverit. Et qua ex causa, si servum certam rem emere jussero, vel filiumfam. vel etiam procuratorem, eamque emerit, & sibi traditam meo nomine acceperit, videor quidem animo meo nactus possessionem, quia certam rem designavi, destinavi, quam meo nomine apprehenderet. At si generaliter permisi habere peculium, conquirere, parare peculium, nec sciam quid paraverit, quove titulo, non possum videri animo meo possidere rem, quam nescio, & cujus etiam causa, sive titulus obtinendæ non cadit in animum meum. Ex quo sequitur, in causa peculiari ignorantes dominos possidere non tantum corpore, sed etiam animo alieno, sed nullus tamen est alius casus similis.

AD §. *Nerva filius*. Nerva filius ait, in libris scilicet de usucapion. ut constat ex *l. si rem mobilem, inf. h. t.* ait, sive definit, res mobiles eatenus à nobis possideri, quatenus sub custodia nostra sunt, quod & supra §. *Neratius* indicat, in fine. Id vero ita Paulus interpretatur hoc in loco, id est, *quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possumus*, id est, quatenus in præsentia nostra sunt, & à nobis manu prehendi possunt. Ut ecce pecus, quod aberraverat, & si non desinat esse meum, *l. 5. de abig.* confestim tamen, atque aberrare cœpit, id possidere desino, quia non est sub custodia mea, quia effugit custodiam meam. Et similiter vasis, quod mihi excidit forte demersum in flumen, ita ut non inveniatur, dominium quidem retineo, at possessionem amitto, quia desiit esse sub custodia mea, *l. Pomponius, in princ. inf. hoc tit.* Et generaliter, rem mobilem, quam ita possidemus, ut ignoremus ubi sit, non possidemus, *l. si id quod, in princ. inf. hoc tit.* Quo genere etiam animo solo amittimus possessionem. Vix enim est, ut habeamus animum possidendi id, quod ignoramus ubi sit, idque plane desinimus possidere, quamvis à nullo tum possideatur, ut ait hoc loco, & in *d. l. si rem mobilem*, quamvis eam rem nemo alius invaserit. Longe est alia ratio rei immobilis: nam rem immobilem, quæ ab alio non possidetur, non desinimus possidere, quamdiu habemus animum possidendi: res immobilis semper patet nobis: res immobilis semper est in propatulo, atque in præsentia nostra esse, & quasi sub custodia nostra esse semper videtur. Unde & si res mobilis sit in præsentia, veluti in domo nostra, quamvis non inveniatur, quia potest inveniri, si diligenter perquiratur; quia, inquit, præsentia ejus rei est, id est, quia præsens ea res est, non procul à nobis. Est enim in domo nostra, hoc scimus, sed eam quærimus, ideo & eam possidere videmur. Porro rerum mobilium appellatione, de quibus est difinitio illa Nervæ, continentur etiam homines, id est, mancipia, *l. 15. §. suffic. de usufr.* Et ideo à definitione Nervæ hoc loco excipiuntur homines. Nam & servos possidemus, qui non sunt sub custodia nostra, veluti servos, qui sunt in fuga, quos satis liquet, non esse sub custodia nostra, possidemus, si neque ab alio, dum possideantur, neque se pro liberis gerant, paratique sint pro sua libertate litigare, ut diximus in §. *si servus*. Et definitur in *l. per eum, §. 1. inf.* servos, qui sunt in fuga, qui non se gerunt pro liberis, vel potius, qui diu non sunt morati in libertate, qui etiam ab aliis non possidentur, ut eos intelligamur possidere, licet custodiam & potestatem nostram evaserint, utilitatis ratio suasit, ne sit in potestate servorum per fugam possessione sui dominium intervertere, qui nec ullius rei possessione dominium subvertere possunt, *l. Pomponius in princ. & l. rem, quæ nobis, inf. h. tit.* Cæteros etiam servos, qui non sunt in fuga, qui forte sunt peregre in provincia quadam longinqua, quamvis non sint sub custodia nostra, possidemus, quia animum habent revertendi ad nos, nec seipsos furati sunt, ut fugitivi, qui seipsos furari dicuntur, & subtrahere dominis. Itaque, qui non sunt fugitivi, ipsi nobis possessionem sui conservant proposito revertendi. Quod & ita eleganter Papinianus in *d. l. si rem mobilem* scribit: *Homo proposito redeundi, domino possessionem sui conservat*: Ex qua lege præterea notanda est alia differentia inter res mobiles, & immobiles. Ignorantes non desinimus possidere rem immobilem, licet alius possessionem ingressus sit, *l. quamvis 46. hoc tit.* Ignoranti non tollitur possessio, quæ solo animo retinetur, excepto uno casu tantum: si eam alieno corpore possideamus, per servum puta, vel colonum, & servus, vel

colo,

colonus nobis ignorantibus vi detrusus sit possessione, *l. peregre, §. ult. hoc tit. l. 1. §. quod servus, de vi, & vi armata*. At, quæ est alia species, si colonus, qui nobis fundum possidebat, constituerit eum se possidere lucri faciendi causa, nec deinceps domino pensionem exsolverit, dominus, si hoc ignoraverit, fundum possidere non desinit, quia colonus non potuit sibi solus causam possessionis mutare, non potuit sibi alium possessionis titulum fingere, aut fabricare, *l. 5. C. eod. tit. l. 2. §. 1. inf. pro her.* Scientem dominum puto desinere possidere, si sciverit colonum invasisse coloniam, id est, fundum, quem mihi possidebat, *l. rem, quæ nobis, inf. hoc tit.* Multoque magis, si fundum colonus alii vendiderit tanquam suum, & tradiderit, quo casu, & fundi furtum fieri Sabinus dicebat, ut est relatum à Gellio in fine libr. 11. Et verum quoque est hoc casu, dominum possessionem amittere, ut confirmavi *sup. ad §. quod si servus*. In re mobili aliud dicendum est, nempe si rem mobilem apud te depositam, vel tibi à me commodatam tibi possidere, neque mihi restituere constitueris, confestim etiam ignorantem me amittere possessionem, quia res desiit esse sub custodia mea, cujus possessione me depositarius, vel commodatarius interverterit: & rem mobilem eatenus duntaxat possideo, quatenus sub custodia mea est, ita ut eum mihi libuerit, eam prehendere possim. Et hoc comprobat *d. l. si rem mobilem, & §. si rem, inf. in hac l.* Sequitur *§. item feras*.

AD *§. Item feras*. In superiori Nervæ definitione *rerum mobilium* appellatione homines quidem non continentur. Itaque brutorum quoque animalium possessio, omissa custodia, vel neglecta custodia eorum animalium, confestim amittitur, ut & cæterarum rerum mobilium, quæ anima carent, *d. l. si rem mobilem*. Retinetur autem eorum animalium possessio, quandiu sub custodia nostra sunt, exempli gratia, feras bestias possidemus, quas vivariis inclusimus, ut ait hoc loco. Vivaria, quæ & roboraria veteres appellabant, quod tabulis roboreis munirentur, sepirentur. Et vivaria ita Procopius definit *1. de bello Gothico*. *Τὸ [illegible] [illegible], ὅπου δὴ λέοντάς τε, καὶ τ' ἄλλα κατ' ἕκαστα θηρία, καθειργμένα ζῶντα ἐπιφυλάττουσιν, διότι καὶ τὸ βιβάριον ὠνόμασται*. Utitur nomine latino: *vivarium*: ait esse maceriam brevem, intra quam leones, & aliæ feræ bestiæ inclusæ, vivæ servantur, à qua re, & vivarium, inquit, nominatur. Ideo & *καθειργμένα ζῶντα*. Feras igitur vivariis inclusas possidemus, quia sunt sub custodia nostra: feras autem, quæ in sylvis vagantur, non possidemus, quia relictæ sunt in naturali libertate, nec sunt sub custodia nostra. Alioquin, inquit, quod notandum, emptorem, & possessorem fundi sequerentur, quem non sequuntur. Ergo feræ inclusæ vivariis sequuntur emptorem fundi: at quæ in sylvis vagantur non sequuntur emptorem fundi, quod & verum est, ut hic locus ostendit, etiamsi sylvæ circumseptæ sint, ut fit, fossa forte, vel aggere, aut virgultis, aut spinis, & vacerris, aut ex arboribus truncis demissis in terram. Nam illud sepimentum nihil bestiarum naturali libertati officere videtur, aut bestiarum naturalem libertatem minuere non videtur. Et simili modo pisces, quod & hic tractat Paulus, quos in piscinas conjecimus, possidemus, non etiam pisces, qui sunt in lacu, vel stagno nostro. Hi igitur, qui sunt in lacu, vel stagno, non sequuntur emptorem fundi. Illi, qui in piscinas à nobis conjecti sunt sequuntur emptorem fundi. Hoc est consequens superioribus, quæ dicta sunt de feris bestiis: Eadem est enim ratio piscium, quæ illarum. Quid ergo est, quæso, quod ait *l. fundi, de act. empt.* pisces, qui sunt in piscina, non esse fundi, non magis, quam pullos, aut cætera animalia, quæ sunt in fundo vendito: ergo non sequi emptorem fundi: puto, *piscinam* ibi accipiendam esse pro *lacu, vel stagno*, ut apud Gellium *lib. 2. cap. 20.* legimus, lacus, & stagna suo, atque proprio nomine piscinas nominari. In hoc autem *§. item feras*, piscinæ sunt vivaria: nam & *vivaria* dicuntur de piscibus, etiam in idiotismo nostro, in quæ pisces conjectos includimus.

AD *§. Aves*. Sequitur in hoc *§. Aves* similiter cavea inclusas, vel mansuefactas, & custodiæ nostræ subjectas, à nobis possideri, itemque columbas, & apes, quæ ex consuetudine avolare, & revolare solent, etiam eo tempore, quum manus, & oculos nostros effugiunt, licet fera sit earum natura, à nobis possideri, quia & hæ aves hominum exemplo, proposito revertendi ad nos, possessionem sui nobis conservant. Itaque & hæ aves sunt excipiendæ à definitione Nervæ, sicut & homines.

AD *§. Labeo*. Sequitur in hoc §. amitti possessionem ejus loci, & quidem videri amitti animo, quem mare, aut flumen occupavit, non minus, quam si prædo me dejecto, aut hominibus meis dejectis, eum fundum occupaverit, ut *l. qui universas, §. item quod à mari, inf. hoc tit.* Et adde, amitti etiam ejus loci dominium inundatione maris, aut fluminis, ut diserte scriptum est in *l. si ager, quib. mod. usufr. amitt.* quod tamen Accursius hic negat, perperam in sententiam suam adducta *l. adeo, §. insula, sup. tit. prox. in fi.* Imo ille locus dominium inundatione amitti significat, dum restitui dominium ait, eodem impetu aqua recedente, quo venerat: amitti igitur, & postea restitui. Denique amitti non possessionem tantum inundatione, sed & dominium. Et nihil est præterea in hoc §.

AD *§. Si rem*. Is, cui rem commodavi, vel apud quem rem deposui, si furandi animo eam rem contrectaverit, id est, loco moverit, ut hic §. indicat, *contrectare, vel attrectare* scilicet esse *loco movere*. Et etiam significat *§. Neratius, sup.* si, inquam, depositarius eam rem furandi animo contrectaverit, statim eam desino possidere, non minus, quam si mihi vi erepta esset, quod etiam ostendit *l. rem à nobis, & l. si rem mobilem, inf.* Sed si depositarius, vel commodatarius eam rem non contrectaverit, licet inficiandi depositum animum habeat, non desino eam possidere, ideoque nec ejus rei furtum fecisse intelligitur: nam & inficiatio ipsa furtum non est, *l. inficiando, de fur.* Inficiari est depositum nolle reddere, *l. 53. de poss.* Quintil. decl. 245. *Inficiari*, inquit, *est depositum nolle solvere*. Unde in *d. l. si rem mobilem*, cum ait; Depositario constituente sibi rem possidere, neque reddere, dominum statim desinere possidere, quasi amissa custodia: necesse est, ut ponamus inficiationi depositarii etiam contrectationem accessisse. Quod & Joannes posuit recte. Furtum, quod & contrectatio esse definitur fraudulosa, & interversio possessionis, non fit animo solo sine contrectatione. Quod omne ex prudentia veterum traditur in hoc *§. si rem*. Unde & in *§. sequenti, illud quoque à veteribus*, inquit, *præceptum est*, quia & id quod est in superiori §. à veteribus est. Quid vero in hoc *§. illud*, proponit nobis ex veteribus? Hanc scilicet regulam juris certissimam: *neminem sibi ipsum causam*, id est, *titulum possessionis mutare posse*, ut & ex veteribus traditur in *l. qui bona, §. ult. inf. & l. 5. C. eod. & l. non solum, §. quod vulgo, tit. seq. & l. 2. §. 1. pro her.* exempli gratia, depositarius, vel commodatarius, qui domino possidet, non sibi, non potest lucri faciendi causa, id est, furti faciendi causa inducere animum, instituereve, ita ut dicat, *Se sibi possidere pro herede, aut pro bonorum possessore*, at voluntate domini, si ab eo heres instituatur, & moriatur dominus, sane potest possidere pro herede: voluntate domini potest possidere pro emptore, vel pro donato, quia non ipse videtur sibi mutare causam possessionis, quia nec ante possidebat sibi: quæ ratio redditur hoc loco, atque etiam in *d. l. non solum, §. quod vulgo*, sed dominus ei mutat causam possessionis: non ego, sed alius mihi titulum, qualis qualis possessionis meæ mutare, eumque meliorem, aut justiorem facere potest. Restat tantum *§. ult.* quem explicabimus proxima recitatione.

AD *§. ult. In leg. 3. de adquir. vel amitt. poss.* restat adhuc §. ult. qui est de causis possessionum. Paulus, quum satis dixisset ante de adquirenda, & retinenda, sive reservanda, & de amittenda possessione, quæ tria sunt, in quibus rectissime dicitur in *leg. ult. de leg.* totum jus consistere: & in eo tractatu miscuisset etiam aliquid de causis possessionum, ut id *§. ex plur. & in §. prox. sup.* ad extremum docet, genera possessionum, genera causarum, sive titulorum, qui-

bus

bus adquirontur, & nituntur justæ possesiones, tot esse, quot sunt justæ causæ adquirendi dominii: veluti pro emprore, causa est sive titulus justus adquirendi dominii, & adquirendæ possessionis: emptio sc. justa est causa dominii, & possessionis adquirendæ per traditionem, si dominus rem soam vendiderit, & empıori tradiderit: vel per usucapionem, si non duminus rem alienam vendiderit, & emptori bona fide accipienti tradiderit. Item pro donato, pro herede, pro dote, pro noxæ dedito. Nam & donatio, & dos justa est caosa acquirendarum rerum; itemque hereditas, quæ ex testamento, vel ab intestato defertur, & noxæ dedirio, si servus, qui noxam nocuit, nolente domino pro eo subire æstimatiunem litis. Sunt & alii infiniti tituli, & justi tituli, sit indicat *l.ult. pro suo*. Veloti titulus pro bonorum possessore, qui similis est titulo pro herede, & titulus pro legato. Nam & legatum justa est causa adquirendi dominii, & consequenter adquirendæ possessionis, & titulus *pro derelicto*, *titulus pro soluto*, *pro adjudicato*, si judicio communi dividundo rem communem uni ex sociis adjudicaverit judex in solidom. Et similiter titulus *pro suo*: cujus tamen tituli, qui vocatur *pro suo*, duplex significatio est, cum cæterorum titulorum sit ona duntaxat, eaque specialis. At titulus *pro suo*, & generaliter, & specialiter accipitur. Nam & cæteris omnibus titulis specialibus, generaliter titulus pro suo cohæret, *l.1. pro suo*. Quod & Stephanus Græcus interpres notat, l. *Proculus, de jure dot.* Cujus etiam interpretationem in latinum sermonem conversam hodie habemus ab Herveto. Titulus etiam *pro suo*, aceipitur specialiter, ut & in hoc §. demonstratur, & in *l.2. inf. pro suo*, quæ etiam est ex hoc libro Pauli 54. ejusque interpretatio conjungetur huic §. Specialiter, inquam, hoc solo titulo, qui vocatur *pro suo* possidemus ea animalia, quæ mari, cœlo, terra capimus, piscatione, aucupio, venatione. Item, quæ in bello capimus: item quæ ut in rerum natura essent, nos ipsi fecimus: ut vestimenta, quæ fecimus ex alicoa, vel nostra lana, aut vina, qoæ ex uvis nostris, vel alienis, quæ omnia nostra fiunt jure gentium: Item, quæ alluvione fluminum eodem jure nostra fiunt: titulo pro suo possidemus, non alio titulo. Item, quod additur in illa *l.2.* quæ ex rebus possessis alieno nomine: veluti pro emptore, vel pro herede, vel pro donato, quæ ex rebus, inquam, possessis alio titulo nata, eodem jure possidemus, quæ defuncti, aut venditoris, aut donatoris nunquam fuerunt, ut idem auctor recte ait, *l.4. §. fructus, tit. seq.* Ea, inquam, pro suo possidemus, oon alio titulo, veluti fructus rei venditæ, aut donatæ, & fructus rei hereditariæ post emptionem, aut donationem, aot aditionem hereditatis satos, vel productos, atque redactos. Et similiter, partus ancillæ venditæ, vel ancillæ hereditariæ, ancillæ, inquam, hereditariæ, conceptos post venditionem, vel post aditionem hereditatis: hoc enim pro herede, vel pro emptore non possidemus, vel etiam hos pro donato non possidemus, quia donatione comprehensi non sunt, vel quia donatioois tempore nondum erant. Quia igitur non jure hereditario, aut emptionis, vel donationis causa, nobis obvenerunt, sed jure gentium. (Quæ enim ex animalibus, aut rebus nostris nascuntur, jure gentium nostra sont, *§. item ea, quæ ex animalibus, Inst. de rerum div.*) sequitur ea nos pro suo possidere. Sequitur in hoc §. *Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitæ*. Dixit initio plura genera esse possessionum, genera accipiens oratorum more pro possessionum speciebus. Id nunc mutat, dum ait, *& in summa*, respiciens ad dialecticos. Hoc enim ait, *unum potius esse genus possessionis*, id est, in summa possessionem esse genus. Pro emptore autem, pro donato, pro herede possessionem, vel aliam cujuscunque tituli possessionem esse speciem, ut supra eodem modo ex *§. ex contrario*, facta alia divisione possessionis in possessionem justam, & injustam, id est, in possessionem bonæ fidei, & possessinnem malæ fidei, quæ divisio fit etiam, & proponitur in hoc *§. ult.* Dixit, *In summa possessionis non multum interesse juste quis, an injuste possideat*: quia scilicet possessio genus est, sub quo tam injusta, quam justa continetur. Ae proinde non minus possessor est, qui injuste, quam qui juste possidet. Verum non est omittendum

A ioter justam, & injustam possessionem hoc potissimum versari intervallum, sive discrimen: quod justa possessio, vel est civilis, ut puta, si quis ex justa causa acquirendi dominii, eo animo rem possideat, ut credat se ejus dominum esse, vel est naturalis, ut si quis non eo animo, non ea opinione possideat, id est, non animo domini, sed longe alia mente cogitationeque, & hujusmodi est possessio pigneratitia, & possessio precaria, quæ & ipsæ sunt justæ possessiones, *l.7. §. inter prædonem, commun. divid. l. servus depositus, §.1. de nox. action. l. quæcunque, §.1. de Publ. in rem act.* Justæ, inquam, sunt possessiones pigneratitia, & precaria, & bonæ fidei igitur: quia domini voluntate prehenduntur. Neque vero semper scieotia rei alienæ fidem malam facit, *l. generaliter, de nox. action. l. qui solidum, §. ult. de leg. 2.* Sed hoc tantum facit conscientia rei alienæ, ut possessio sit

B apud nos naturaliter tantum, non civiliter: neque enim possumus animo domini possidere, quod scimus alienum esse. Qua ratione etiam possessio omnis injusta, veluti clandestina, aut quæ vi occupata est, nulla est civilis, quia nec fur, nec prædo jure animoque domini possidet. Est igitur naturalis tantum detentio quædam rei nullo jure possessæ: sive rei possessæ pro possessore, qui titulus semper est injustus, quia qui ita possidet, non aliam possit adferre causam suæ possessionis, quam quod possideat.

Reprehenditur autem in hoc ultimo §. Quintus Mutius, qui inter species possessionum posuit, si quando jussu magistratus rei servandæ, id est, nominis servandi causa. debitore latitante, & indefenso, mittetur *creditor in possessionem bonorum debitoris*, vel etiam, si quando vicino nnn cavente damni infecti de vitio ruinave sui prædii, quæ imminet, vi-

C cinus, cujus interest ex primo decreto mittetur in possessionem prædii damnosi, vel etiam, si mulier, quam vir moriens prægnantem reliquit, ventris nomine mittetor in possessionem bonorum defuncti, vice bonorum possessionis contra tabulas, vel secundum tabulas, vel unde liberi, quoniam hæ missiones in possessionem, possessionem non concedunt: sed custodiam tantum, & observationem rerum, ita ut qui mittuntur in possessionem, frequentius dicantur mitti custodiæ causa, ne quid ex rebus pereat, vel dilapidetur, *l. officium, de rei vindic. l. pen. §. creditores, uti possid. cap. pen. & ult. ext. de eo, qui mitt. in possess. rei serv. causa, & cap. ult. ext. ut lite non cont. non proc. ad rec. test.* Ubi quod Pontifices constituunt, id sumpserunt ex *l. pen. §. ult. C. de præs. 30. annor.* & ex glossa adscripta tum illo loco, tum etiam in hoc §. ultimo, ut & plerasque alias

D glossas, & sæpissime sine ratione, juris auctoritate donaverunt. Eadem vero ratione etiam Pomponius adversus Q. Mutii sententiam usus est. Quia missio in possessionem possessorem non facit, sed custodiam tantum opponit rebus, quod indicat *l. quum legati, inf. quib. ex caus. in possess.* adhibita inscriptione, nam illa lex est ex Pomponii libris ad Q. Mutium. Et vero missionem in possessionem ex primo decreto non facere verum possessorem, Paulus hoc loco probat hoc argumento: quod secundo decreto opos sit ad concedendam possessionem ei, qui ex primo decreto missus est in possessionem ædium, pro quibus damni infecti non cavebatur, *si id longo tempore fiat*, ut ait hoc loco, id est, si duretur, si perseveretur non caveri damni infecti, ut ait *l.7. §. unde, de usufr. & lex 4. §. si forte, de damn. infec. si aliquandiu*, quod idem est, *res non defendatur, aliquandiu*, ut ait

E *l. si finita, §. non autem, hoc tit.* qui locus comparatus cum hoc loco, id est, eum his verbis *§. ult. si longo tempore fiat*, liquido demonstrat loogi temporis definitionem versari in cognitione, & arbitrio prætoris, qui si justa ei causa videatur, quod aliquandiu res non defendatur, secundum decretum interponitur, quo qui primo missus tantum est in possessionem ædium, jubetur eas ædes possidere jure dominii, ut ait *d. l. 7. de usufr. l. si finita, §. postea autem, de damno infecto*. Secundo igitur decreto jubetur eas ædes possidere civiliter: si jure dominii, civiliter igitur. Et consequenter etiam ei eas ædes tempore legitimo usucapere permittitur, qoæ usucapio nunquam contingit sine possessione civili, id est, quæ possideatur jure dominii, aut opinione dominii: non fuit igitur possessor ante secundum

decre-

Digitized by Google

decretum, sed fuit tantum in possessione custodiæ causa. Ex potestate secundi decreti colligimus, quæ fuerit potestas primi: primo fuit in possessione, secundo fuit possessor jure dominii: aliud est fieri, vel esse in possessione, longe aliud possidere, *l.10. §.1. inf. hoc tit.* Ex secundo decreto dominus dejicitur possessione, & actori vacua conceditur. Primo autem decreto dominus non dejicitur, *dict. l.si finita, §.si quis autem, & §.ubi autem*. Possessio autem civilia sola, non etiam dominium statim secundo decreto conceditur. Prætor possessorem, non dominum facere potest, non heredem, & ideo possessori facto ex secundo decreto, necessaria est usucapio, per quam dominium adquirat, quod non quæsivit secundo decreto. Et in *l.5. comm. divid.* quam hic objicit Accursius, quod ait: *Si ex causa damni infecti jussi sumus ædes possidere, & ex hoc dominium earum nanciscemur*, id sic accipiendum est, *si possessionem sequuta fuerit usucapio*, neque enim secundu decreto, sed usucapione dominium nanciscimur: nihil est quod plura addam, nisi hoc in contextu, ubi ita legitur in Pand. Flor. quæ sunt castiora Digesta, *si quando jussu magistratus rei servandæ causa, vel quia damni infecti non cavetur, missi possidemus*: manifesto legendum esse, *missi possidemus*: non possidemus scilicet ex illis causis, sed tantum in possessionem missi sumus.

Ad L.II. de Usurpat. & usucap. *Usurpatio est usucapionis interruptio. Oratores autem usurpationem, frequentem usum vocant.*

PAulus in libro, qui est in manu, prius cœpit tractare de possessione, deinde de usurpatione, & usucapione, de quibus datur primum *l.1. & 4. eod.tit.* Et in *l.2.* definitur usurpatio esse *interruptio, sive interpellatio usucapionis.* Sunt igitur hæc duo inter se contraria, usurpatio, & usucapio, & est utrumque nomen ex 12. tabul. ut ex eo liquet, quod Gellius scribit, vel refert ex Quinto Motio Jurisconsulto, *l.3.cap.2.* Uxorem usu suam facere eum, apud quem matrimonii causa annum continuum fuerit, etiamsi legibus, solemnique ritu ducta non fuerit, quo temporis spatio, id est, anni spatio & cæteras res mobiles usucapi constat ex 12. tabul. Et hac de re etiam eleganter Servius in illum locum Virgilii:

Thetis emat omnibus undis.

Tribus, inquit, *modis, apud veteres nuptiæ fiebant, usu, farre, avec le pain benist, coemptione*: Usu, inquit, si mulier anno cum viro, licet sine legibus fuerit, sine interpellatione scilicet, sine intercapedine. Unde & in *l.24. de ritu nup. in liberæ mulieris consuetudine*, quod nihil aliud est, quam usu, consuetudo est usus, *nuptias intelligi, non concubinatum.* Ergo usucapi uxorem, uxorem capi usu anni continui ex 12. tabul. & ex veteri jure. Usurpari autem uxorem, si in eo anno, quo usu haberi cœpit, trinoctium à viro abfuerit ex eadem l.12. tabul. ut & Mutius retulit. Usurpari ergo, interrumpi usucapionem, quod anno continuo ea muliere usus maritus non fuerit. Interruptio temporis, interruptio est usus, sive usucapionis. Usucapio enim desiderat continuationem temporis lege definiti, *l.3. hoc tit.* Unde & rem mobilem, quam cœperam usucapere, si intra annum, vel hodie intra triennium, aliquot dierum spatio non possedero, forte ea re mihi vi erepta, ut *l.rem, quæ nobis, sup. tit. prox.* vel quo alio casu possessione translata, aut reversa ad dominum rei, vel ad alium, usurpatione, & quidem usurpatione naturali, usurpatione reali, usucapio interrupta intelligitur: nec quidquam interest, ut ostendit *l.5. inf. hoc tit.* ad dominum ab eo, qui rem cœperat usucapere, possessio redierit, an ad extraneum. *Usurpare* est usu retinere, quod alioquin in usu dominus amitteret, & usu acquireret alter. Et ita detentione hypothecæ, quod nihil aliud est, quam usurpatione, creditor interrumpit præscriptionem adversus actionem hypothecariam, quam habet, *l.cum notissimi, §.imo, C.de præscr. 30.ann.* Sic etiam sæpe in titulo *quemadmod. servit. amitt.* usurpari servitus dicitur, id est, in usu, sive non utendo, quæ usu retinetur, quave is, cui ea servitus debetur, utitur, veluti iter totum usurpari, quia si is, cui debetur iter, per partem aliquam itineris eat, aquæductum totum usurpavit: igitur non utendo non amitti si is, cui aquæductus debetur, in partem aliquam aquagii aquam duxerit, *l.8. §.ult. & l.9. quemadm. serv. amitt.* Sicut & totum fundum usurpari certum est, si quælibet ejus particula usurpetur, *l.3. in princ. sup. tit.prox.* Et similiter totum aquæductum, aut totam viam, quæ debetur fundo communi plurium usurpari per unum ex sociis, qui servitute utatur, quive eam servitutem non utendo amittere non possit, ut pupillus, etiamsi cæteri socii ea servitute non utantur, quod constat ex *l.10. in princ. & l.16. eod. tit.* Idem per colonum, per fructuarium, per mercenarium, per hospitem, & amicum, vel quem alium, qui eum, cui via debetur, eadem via invisendum veniat, & per bonæ fidei possessorem, & per malæ fidei etiam possessorem, viam usurpari, licet is, cui debetur via, cujusve fundo debetur, ea usus ipse non fuerit. Et hoc ostenditur in *l.5. 12. 20. & 24. quemadm. serv. amitt.* Dico autem etiam per malæ fidei possessorem usurpationem fieri, interruptionem usucapionis fieri. Quod & in illa *l.24.* aperte proditum est, & in illa *l.12* Nec refert juste, quod est bona fide, nec ne possideat. Et in *l.5. hoc tit.* his verbis: *Nec interest pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa*, id est, lucrandi tantum causa mala fide, ut docui in notis ad illam *l.5.* Porro contraria hæc sunt, non utendo amittere servitutem, & usurpare servitutem, quod est usu retinere. Contraria hæc sunt *usucapere*, quod dominus scilicet in usu amittit, & *usurpare*, quod nostrum cum esset, alter usucapere cœperat, & id quidem vel semel usurpasse intra tempus, quo non utendo amitti, vel usucapione dominium acquiri solet, vel inquam, id semel usurpasse interrumpendæ usucapionis causa satis est, neque enim, ut in hac lege 2. Paulus docet, 12. tabul. ut oratoribus *usurpare*, est frequentativum, vel iterativum verbum, quia semel usurpasse sufficit ad interrumpendam usucapionem. Imo vero, & nemine, exempli gratia, aquam ducente, jus aquæ ducendæ usurpatur, si per rivum sua sponte aqua fluxerit, *d.l.12. quemad. serv. amitt.* Itaque variis modis usurpationes fiunt, quos hoc lib. omnes Paulum exposuisse credibile est. Late enim patet hic locus, cum & de usurpationibus librum scripsisse Appium Claudium referat Pomponius in *l.2. de orig. jur.* Forte & usurpationibus hodie licet adnumerare omnem rationem interrumpendæ usucapionis. Nam & *l.5. inf. hoc tit.* significat, aliam esse naturalem usurpationem, aliam civilem. Civilis est veluti conventio executoris, si per executorem, per viatorem is, qui cœpit usucapere conveniatur, & admoneatur, ut possessione discedat non tantum litis contestatione, sed etiam conventione executoris, & libelli petitorii, libelli [illegible], sic vocatur, id est, *admonitionis*, usucapio interrumpitur, *l.3. & l.cum notissimi, in princ. C.de præsc. 30. annorum. l.ult. C.de annal.except. l.2. C.ubi in rem act. exerc. deb.* Itemque si nemo sit, qui conveniatur, qui interpelletur, usucapio interrumpitur protestatione publice facta, *d.l.2. C.de ann.excep.* Itemque interventu pupilli, si ei, qui cœpit usucapere, nec dum implevit usucapionem, heres extiterit pupillus, quia usucapio non currit adversus pupillum. Et sic ætas pupilli, interventusve pupilli interrumpit usucapionem, *d.l.3. C.de præsc. 30.ann.*

Ad L.IV. eod. *Sequitur de usucapione dicere. Et hoc ordine eundum est, ut videamus, quis potest usucapere, & quas res, & quanto tempore.*

Ad §. Usucapere potest *scilicet paterfam. Filiusfam. & maxime miles in castris acquisitum usucapiet.*

Ad §. Pupillus *si tutore auctore cœperit possidere, usucapit. Si non tutore auctore possideat, & animum possidendi habeat, dicemus posse eum usucapere.*

Ad §. Furiosus *quod ante furorem possidere cœpit, usucapit. Sed hæc persona ita demum usucapere potest, si ex ea causa possideat, ex qua usucapio sequitur.*

Ad §. Servus *pro herede possidere non potest.*

Ad §. Fructus, *& partus ancillarum, & fœtus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt.*

Ad §. Quod autem *dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur,*

Digitized by Google

capiatur, nisi in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur: sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in ejus utique, cui subreptum est. Igitur creditori subrepta, & ei cui commodata est, in potestatem domini redire debet. A

Ad §. Labeo *quoque ait, si res peculiaris servi mei subrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam rediisse. Commodius dicitur, etiamsi sciero rediisse eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui. Nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem ejus nactus sim.*

Ad §. Ideoque *& si servus meus rem mihi subripuerit, deinde eandem loco suo reponat: poterit usucapi, quasi in potestatem meam redierit: utique si nescii. Nam si scivi, exigimus, ut redisse sciam in meam potestatem.*

Ad §. Item si eam rem, *quam servus subripuerit, peculiari nomine teneat: non videri in potestatem meam reversam, Pomponius ait: nisi ita habere cœperimus, quemadmodum habuimus, antequam subriperetur: aut cum rescissemus, in peculio eum habere concessimus.* B

Ad §. Item Labeo, *si rem quam apud te deposueram, lucrifaciendi causa vendideris: deinde ex pœnitentia redemeris, & eodem statu habeas, sive ignorante me, sive sciente ea gesta sint, videri in potestatem meam rediisse secundum Proculi sententiam, quæ & vera est.*

Ad §. Si pupilli *res subrepta sit, sufficere dicendum est, si tutor ejus sciat, redisse eam in domum pupilli. Et si in furioso, sufficere, curatores scire.*

Ad §. Tunc in potestatem *domini redisse dicendum est, cum possessionem ejus nactus sit juste, ut avelli non possit. Sed & tanquam suæ rei: Nam si ignorans rem mihi subreptam emam, non videri in potestatem meam reversam.* C

Ad §. Sed etsi vindicavero *rem mihi subreptam, & litis æstimationem accepero, licet corporaliter ejus non sim nactus possessionem, usucapietur.*

Ad §. Idem dicendum est, *etiamsi voluntate mea alii tradita sit.*

Ad §. Heres, *qui in jus defuncti succedit, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse, conceperit ea, & pepererit, non tamen usucapiet.*

Ad §. De illo quæritur, *si servus meus ancillam, quam surripuit pro libertate sua mihi dederit, an partum apud me conceptum usucapere possim? Sabinus, & Cassius non putant: quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret. Et hoc verum est.*

Ad §. Sed etsi *ut servum meum manumitterem, alius mihi furtivam ancillam dederit, ea, quæ apud me conceperit, & pepererit, usu me non capturum. Idemque fore etiam, si quis cum ancillam mecum permutasset, aut in solutum dedisset: item si donasset.* D

Ad §. Si antequam pariat, *alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum usucapere: quod si nescierit, posse. Quod si cum jam usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis reb. placuit.*

Ad §. Lana *ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest. Si vero apud bonæ fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptori fit. Idem in agnis dicendum si consumpti sint: Quod verum est.*

Ad §. Si ex lana *furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus: & ideo vestis furtiva erit.* E

Ad §. Si rem pignori datam *debitor surripuerit: & vendiderit, usucapi eam posse, Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit: quamvis cum eo furti agi potest. Quod puto rectius dici.*

Ad §. *Si tu me vi expuleris de fundi possessione, nec adprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intraverit, potest longo tempore capi res: quamvis enim interdictum unde vi locum habeat, quia verum est, vi me dejectum: non tamen verum est, & vi possessum.*

Ad §. Cæterum *etiamsi mala fide fundum me possidentem dejeceris, & vendideris, non poterit capi: quoniam verum est, vi possessum esse, licet non à domino.*

Ad §. Idem dicendum est *in eo, qui eum expulit, qui pro herede possideat, quamvis sciat esse hereditarium.*

Ad §. Si fundum alienum *bona fide possidentem, quis sciens esse alienum expulerit, usucapere non potest: quoniam vi possidet.*

Ad §. Si dominus *fundi possessorem vi dejecerit: Cassius ait, non videri in potestatem ejus rediisse, quando interdicto unde vi restituturus sit possessionem.*

Ad §. Si viam *habeam per tuum fundum, & tu me ab ea vi expuleris: per longum tempus non utendo amittam viam: quia nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, id est, mero jure detruditur.*

Ad §. Item si occupaveris *vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videris vi possedisse.*

Ad §. Libertatem *servitutum usucapi posse, verius est: quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat: non etiam eam, quæ libertatem præstat sublata servitute. Itaque si cum tibi servitutem deberem, ne mihi (puta) liceret altius ædificare, & per statutum tempus altius ædificatum habuero, sublata erit servitus.*

POst hunc vero tractatum de usurpat. Paulus cœpit dicere de usucapionibus, ac primum quidem, ut patet ex hac *l.4.* docuit, quis posset usucapere, vel non. Tractavit de personis prius, deinde de rebus, & tertio loco de actionibus, quæ impleto demum tempore usucapionis possessori adquiruntur, tanquam domino. Et de personis quidem hoc primo, non tantum patremfamil. usucapere posse rem alienam, cujus possessionem nactus fuerit ex causa castrensis, vel quasi castrensis peculii, bona fide, & justo titulo, quæ requiruntur omnino in usucapionibus. Pupillum quoque infantem, quod alienum possidere cœpit tutore auctore, justa ex causa usucapere posse: imo & quod possidere cœpit non tutore auctore, *si modo*, ut ait, *animum possidendi habuerit*. Corpore enim solo possessio non adquiritur. Ergo si animum possidendi habeat, ut puta si proximus fuerit pubertati, qui plerumque intellectus capax est, quod etiam exposui *l.1. §.1. sup. tit. prox.* Glossa hoc loco exemplum ponit in Lombardis, Romanis, & Normannis, quasi scilicet ii extemplo simulatque infantiam excesserint, doli potentes sint.

AD *§. Furiosus*. Sequitur in *§. furiosus*, *Furiosum etiam quod ante furorem possidere cœperit, usucapere posse.* Quia furore, vel quolibet alio languore, sive morbo possessio, vel usucapio non interrumpitur, sicut nec somno, qua comparatione nostri auctores utuntur, *l. nunquam, §. si servus, & l. justo, §. pen. inf. hoc tit.* Posse etiam furiosum, dum fureret, incipere possidere, & usucapere uno casu, puta per servum suum, aut filiumfam. ex causa peculiari, ut etiam exposui in *l.1. §. item, sup. tit. prox.* Et hoc est, quod ait hoc loco, *Sed hæc persona*, id est furiosus, *ita demum usucapere potest, si ex ea causa possideat, ex qua*, inquit, *usucapio sequitur.* Et procedit etiam ignoranti scilic. cui furiosus comparatur, quod in rebus tantum peculiaribus jure singulari receptum est, ut supra docui. His additur, *servum pro herede possidere, & usucapere non posse*. Hoc est verissimum, quia nec servus heres esse potest: soli cives Romani heredes esse possunt, *l.6. §. solemus, de hered. inst.* Et aliud sane dicendum in filiofam. qui civis Romanus est, & heres esse potest ex causa castrensi, vel quasi castrensi, & usucapere igitur pro herede. Servus non item: tempore opus est ad usucapionem. Servus pro herede nihil possidere, & usucapere potest. Sequitur *§. fructus.*

AD *§. Fructus.* Dixit sup. de personis, quæ usucapere possunt, vel non. Ab hoc §. dicere incipit de rebus, quæ usucapi possunt. Et ait, *fructus* (sic hoc explicandum, & dilatandum est) prædiorum hereditariorum, & partus ancillarum hereditariarum, à defuncto bona fide, & justo titulo possessarum, veluti pro emptore, aut pro donato: & similiter fœtus pecorum hereditariorum, quæ etiam defunctus à non domino justa ex causa bona fide accepit, quamvis hi fructus, vel partus defuncti nunquam fuerint, ut puta, si nati sunt post aditam hereditatem, usucapi posse, licet nati sint ex

ex alienis ancillis, vel pecoribus. Id vero ita intelligendum A est, ut alias ostendi, & etiam heri ex *l. 2. inf. pro suo*: ut hi fructus, vel partus possint usucapi pro suo. Et hoc quidem solo titulo, quod non concurrat alius: neque enim concurrit titulus pro herede, quia hi fructus, vel partus in hereditate inventi non sunt, cum nati sint post aditam hereditatem, & ideo non hereditati, sed rebus accepto feruntur, ut ait *l. in fideicomm. 18. §. 1. ad Senatus. Trebell.* In sequentibus tractabimus de rebus furtivis, & vi possessis, quæ usucapi non possunt.

AD *§. Quod autem*. A *§. Fructus* cœpit tractare Paulus de rebus, quæ usucapi, vel non usucapi possunt, & proculdubio docuit inter cætera, proposuitve ante *§. quod autem*, qui sequitur *§. fructus*, rerum furtivarum usucapionem inhiberi *l. 12. tabul. & leg. Attinia*. Quod & proditum est in B *§. furtivæ, Inst. de usucap.* Et legis Attiniæ verba sunt apud Gellium, ut novere omnes, hujusmodi, *Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto*, id est, æterna usucapio. Vel potius æterna per usum auctoritas: aliarum rerum, quæ furtivæ non sunt, aut vi possessæ, fere omnium usus, & auctoritas est biennium ex 12. tabulis. Jure novo decennium inter præsentes, & vicennium inter absentes. Rerum autem furtivarum auctoritas est æterna, id est, nullo finitur tempore, & nulla igitur auctoritas temporis: nulla auctoritas, quæ ducatur ex tempore, per quam earum rerum dominium bonæ fidei possessor adquirere possit, denique nulla usucapio. Et ejus juris ratio, mea quidem sententia hæc est, ne cuiquam furtum, quod ei fit, captiosum sit, sive damnosum: vel ne cuiquam liceat per furtum efficere, ut res aliena in alterius dominium transeat. Denique, ut interverta- C tur quidem possessio per furtum, sed dominium ut nunquam mutetur. Et ut vulgo legitur, ait lex Attinia, *quod subreptum erit*. Veteres tamen omnes Codices habent, *quod subruptum erit*: nec male. Nam & sic Arnobius lib. 2. *Cunctis*, inquit, *opinionibus argumenta non desunt, quibus & sua decreta confirment, & aliorum subrupiant, & labefaciant scita*. Adjecit lex Attinia hanc exceptionem: *nisi quod subreptum, vel subruptum erit, in potestatem ejus, cui subreptum est, revertatur*. Quæ exceptio, ut ostenditur in hoc *§. quod autem*, non de quocunque, cui subreptum erit, sed de domino rei tantum accipienda est: neque enim desinit esse furtivum, quod subreptum creditori pigneratitio, vel commodatario, in ejusdem potestatem redit, sed quod redit in potestatem domini, vel in potestatem heredis ejus, qui idem homo esse intelligitur, idemque dominus. Sola do- D mini reprehensio purgat vitium rei furtivæ, & rem suæ pristinæ conditioni restituit. Igitur nec ante res furtiva usucapi potest ab ullo, quam dominus eam vindicaverit, & receperit, aut pro ea litis æstimationem acceperit, *§. tunc autem, inf. in hac l.* quia æstimatio, ut vulgo fertur, & verum est, plerumque succedit loco rei. Eadem ratio est rei amotæ divortii causa, quia & ipsa revera furtiva res est. Itaque ne à bonæ fidei quidem possessore usucapi potest, *l. pen. rer. amot.*

AD *§. seq.* Sequitur in hoc *§.* ex Labeone, rem peculiarem servo subreptam ignorante domino usucapi posse, si in potestatem servi redierit, licet dominus rediisse ignoraverit, quia etiamsi ea, quæ gesta sunt in ea re, omnia ignoraverit, in potestatem domini rediisse res videtur, cum E rediit in potestatem servi, cui eam rem habere dominus permiserit. Quandoquidem & rursus, si ejus facultatem servus nanciscatur, in peculio esse, atque ita à domino possideri incipit, *l. interdum, §. si res, de furt.* A domino, inquam, possideri incipit, quasi pars sui patrimonii, nam & revera peculium, quod servo concessit, in suo patrimonio est, *l. per servum, §. 1. de adquir. rer. dom. §. 1. Instit. quibus non est permiss. fac. test.* Labeo loquitur de re peculiari servo subrepta, & in potestatem servi reversa, ignorante domino. Sed idem omnino, *commodius* dici subjicit Paulus si sciente domino omnia gesta sint, id est, si sciente domino, & furto rem subtractam, & in potestatem servi reversam. Idem, inquam, dici, rediisse scilicet eam rem videri in potestatem A domini, & usucapi posse, quæ rediit in potestatem servi. Sed utrumque exigimus, ut & sciverit rem subreptam, & sciverit quoque rem rediisse in potestatem servi. Nam si dominus scierit eam rem subreptam esse, nec scierit rediisse in potestatem servi, sane nondum videtur rediisse in potestatem domini, sicut nec res domini, quæ subrepta est, & in potestatem domini rediit, rediisse videtur in ejus potestatem antequam id ipse resciverit: ut scivit rem sibi subreptam, & scire etiam debet rem ad se rediisse, *l. si ad dominum 86. de furt. l. si rem subreptam, inf. hoc tit.* Et hoc est quod ait in hoc *§. Labeo, nec sufficit, si eam rem, quam perdidit*, id est, si rem peculiarem, quæ servo meo me sciente subrepta est, *me ignorante servus meus apprehendat*, id est, me ignorante in servi mei potestatem redeat. Nam ut furti gnarus sum, ita gnarus esse debeo apprehensionis, sive re- B ditionis furtivæ rei in servi potestatem, ut usucapi possit, ut desinat esse furtiva. *Si modo*, inquit, quod notandum, *eam rem in peculio esse volui*. Qui modus refertur ad omnia ea, quæ supra dicta sunt. Nam si nolui eam rem amplius in servi peculio esse, res desinit esse peculiaris nuda voluntate domini. Si igitur nolui, eam rem amplius esse in peculio, non aliter videtur ea res in potestatem meam rediisse, *quam si possessionem, & facultatem ejus ipsemet nactus fuerim*: neque enim sufficit, si vel sciente me ea res redierit in potestatem servi mei, cui jam amplius eam rem habere non permisi. Eodemque modo, ut subjicit, scribens jam non de re peculiari, sed de re dominica, & idem esse ostendens in re dominica, quod in re peculiari. Idemque fere, si servus domino rem subripuerit ignorante domino, deinde mutato consilio, eandem suo loco reposuerit, in potestatem domi- C ni rediisse videtur, & usucapi potest. Re omni gesta, ut dixi, ignorante domino. Quod si sciente domino servus eam rem subripuerit, non aliter potest usucapi, quam si sciente domino loco suo reposita fuerit: Furtum contrahitur re suo loco muta, *l. 3. §. si rem, sup. tit. prox.* & contra: Furtum solvitur, re suo loco reposita, ut hic locus ostendit. Ex quo etiam liquet, quod maxime notandum est, servum rei dominicæ furtum facere, si eam loco moveat, si eam loco moverit lucrifaciendi causa, etiamsi alii eam non tradiderit, sed ea res apud eum remanserit. Ac revera quidem servus rem domini loco movendo lucrifaciendi, & sibi habendi causa, furtum non facit, nec sui ipsius, nec rei cujusquam dominicæ, quamdiu ea res apud eum est: servus furtum non facit, quia ut sui possessione dominum subvertere non potest, ita nec possessione cujusquam rei, quæ ad dominum D pertineat. Revera igitur servus rei dominicæ, quam loco movit lucrifaciendi causa, furtum non facit, nisi eam alii tradiderit, *l. rem, quæ nobis, sup. tit. prox.* Exemplo coloni, qui non aliter intelligitur intervertere dominum possessione rei conductæ, quam si eam rem alii tradiderit: non igitur, quamdiu ipse colonus insidet rei, & insistit, *l. 1. §. quod si servus, sup. tit. prox. l. 5. C. eod. tit.* Verum ne furtum servi, aut contrectatio rei dominicæ, quæ fit à servo lucrifaciendi causa, ne domino sit captiosa, ne domino inferat damnum, quod ad usucapionem attinet, res fingitur esse furtiva, nec si ad alium pervenerit, non tradente servo, usucapi potest. Quod introductum est exemplo etiam servi fugitivi, qui & si dominum non intervertat revera possessione sui, nec sui furtum faciat, ut diximus paulo supra, nisi ab alio apprehendatur, nisi se alii tradat, vel diu se pro libero E gerat, *l. 1. §. per servum, l. 3. §. si servus, l. Pomponius, in princ. l. rem, quæ nobis. tit. prox.* tamen quantum ad usucapionem attinet, sui furtum fecisse fingitur, ne à quoquam usucapi possit, ne fuga servi ex quacunque causa domino damnosa sit, *l. ancilla, de furt. l. 1. C. de serv. fugit.* Denique quod ad usucapionem attinet, ne contingat, servus fugitivus fingitur esse furtivus: servus, qui est in fuga, etiamsi nemo eum apprehenderit, verum etiamsi se servum esse fatetur, nec abnuat, seipsum furatus esse intelligitur, ut loquitur *lex 6. C. de his, qui ad Eccl. conf.* Et Apulejus Milesiacorum 7. *Ipse me furatus*, inquit, *ægre solus è mediis Orci faucibus ad hunc evasi modum*. His conjuncta scriptura, additur etiam in hoc *§.* rem domini à servo subreptam, si servus eam suo loco non re-

Digitized by Google

ponat, sed peculiari nomine teneat, non videri eam rem rediisse in potestatem domini, ac proinde usucapi non posse, nisi dominus, ubi resciverit servum eam rem peculii nomine tenere, id approbaverit, & eam in peculio esse concesserit, quod summam rationem habet. Nihil est præterea in hoc §. Addamus etiam interpretationem §. sequentis.

AD §. *Item Labeo.* Depositarius, si alii vendat, & tradat rem depositam, ut pretium lucrifaciat, proculdubio furtum facit, quod & hoc loco, vel his solis verbis significatur, lucrifaciendi causa, *l.2. §.1. inf. pro her. l.non solum, §. quod vulgo, h.t.* Ex definitio etiam furti confirmat, in qua non omittuntur hæc verba, *lucrifaciendi causa*. Sed si depositarius pœnitentia actus, postea eam rem redemerit ab emptore, tradiderit igitur, & in pristinam depositi causam habere cœperit, sive sciente, sive ignorante domino res vendita à depositario, & mox redempta fuerit, quia depositarius eam rem tenuit domini voluntate, domini animo, sane furti vitium solvitur, quasi re furtiva, re, quæ furtiva erat, in potestatem domini reversa, etiam res usucapi potest. Vitium, inquam, furti solvitur: sed non etiam vitium furis, vitium personæ, neque enim ipse depositarius pœnitentia furti reus esse desinit. Quod & probat *l.1. §. si rem, depos.* quam hic male exponit Accursius, ibi recte: depositi pœnitentia, aut restitutio rei furem non solvit pœna, *l. qui ea mente, de furt.* Seneca lib.2. de tranquil. animi: *Si quis*, inquit, *rem, quam è villa mea subripuit, in domo mea reponat, ille furtum fecerit, etsi ego nihil perdiderim*. Et 4. declam. *Tam teneris*, inquit, *quam qui vulneraverit aliquem, licet vulnus sanaverit: quam qui subripuit aliquid, licet deprehensus reddiderit.* Et huic rei simile est, quod & hic Bartolus notat, & & extat, ut ego distinxi titulos *lib.4. feudor. tit.53.* ut vulgo distinguuntur *lib.2. tit.34.* Si cliens, sive vasallus beneficium, aut feudum vendiderit invito, aut ignorante domino contra constitutionem Lotharii, & Friderici, atque adeo, si feudum commissum fuerit domino, quod sine consensu ejus venditum fuerit, ex illis constitutionibus, licet postea vasallus feudum redemerit, non liberatur vasallus pœna commissi, in quam incidit semel: vitium, si quod semel rei hæsit, ob eam rem solvitur, res, inquam, solvitur, reus non solvitur pœna, quod est verissimum. Reliqua persequemur die crastina.

AD §. *Si pupilli*. Hic §. est de re pupilli furto subrepta, quæ usucapi potest, si redierit in domum pupilli sciente tutore, quasi amoto furti vitio: ut & res furioso subrepta, si redierit in domum furiosi sciente curatore, usucapi potest: non satis est rediisse in domum eandem, sed & dominum, qui admissi furti ignarus non est, hoc scire oportet rem furtivam in domum suam rediisse, *l. si ad dominum, de furt.* Tutor autem, vel curator personam domini sustinet, *l. interdum, §. qui tutelam, de furt. l. tutor, qui tutelam, de adm. tut. l. ad ea, de reg. jur.* Pupillus ipse sine tutore nihil scire intelligitur, & furiosus similiter sine curatore, *l. ult. de jur. & fact. ignor. l. ult. rem pupill. salv. fore*, nisi scilicet proximus pubertati, & consilii capax fuerit. Et hæc ad sententiam hujus §. At hinc non immerito quis dixerit, hunc §. ex contrario, cum loquatur tantum de re pupilli furtiva, quam dicit non posse usucapi, nisi redierit in domum pupilli sciente tutore, ex contrario, inquam, argumentum præbere, aliam rem pupilli, quæ furtiva non est, usucapi posse, quod tamen negat *l. bonæ fidei, de acquir. rer. dom.* Et Cicer. etiam novit, qui in 1. ad Attic. epist.5. ait, *de tutela legitima, in qua pupilla sit, nihil usucapi posse*. Et in oratione pro Flacco: *Nihil posse de tutela legitima* (in qua erat Valeria quædam, de qua in ea oratione agitur) *sine omnium tutorum auctoritate deminui, atque adeo Valeriam ipsam usu uxorem fieri, sive usucapi matrimonii causa non potuisse sine Flacci auctoritate*, qui unus erat ex tutoribus mulieris. Et sane verissimum est, Verissimum etiam hoc est, rem pupilli immobilem, rem soli usucapi non posse, veluti fundum, aut ædes. Et de re immobili loquitur *d. lex bonæ fidei*, apertissime. Res autem mobilis pupilli videtur usucapi posse, & hic *§. si pupilli*, est de re mobili, non de immobili, quia ad furti causam respicit, & rei immobilis furtum non fit, *l.38. inf. hoc tit.* Fuit hæc distinctio inter rem mobilem, & immobilem Irnerii, & placet satis. Verum & rem etiam alienam à pupillo bona fide possessam constat inter omnes usucapi posse, quasi alienam, non quasi pupillarem, *l.2. §. tutor, pro empt.* Constat etiam usucapionem cœptam adversus defunctum, qui postumum heredem reliquit, impleri posse, priusquam postumus nascatur, *l. etiam ei, qui, de minor.* Atque ita priusquam heres existat, quia interim hereditas jacens, non postumi heredis futuri, sed defuncti vicem sustinet, atque ita usucapio impleri videtur adversus defunctum ante editionem postumi, non adversus puerum, non adversus postumum.

AD §. *Tunc in potestatem*. Hujus §. sententia hæc est. In l. Atinia in potestatem domini rem furtivam rediisse, aut venisse videri, si dominus possessionem ejus nactus sit eo modo, quo ab eo avelli non possit, id est, justa ex causa. Si inquit, *possessionem ejus nactus sit juste, ut avelli non possit*. Nec enim videtur possessionem nactus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit, *l. non videtur, sup. tit. prox. & §. si dominus, inf. in hac l.* Et nota quod ait, *si possessionem ejus nactus sit*: nam & ita *l. 12. C. de furt.* *Ancillæ*, inquit, *furtivæ partus editi apud furem, priusquam à domino possideantur, usucapi non possunt*, id est, priusquam venerint in domini potestatem. Etiam hoc exigimus, ut ad dominum res furtiva redierit tanquam sua. Alioquin non videretur rediisse in ejus potestatem, id est, exigimus, ut civilem possessionem ejus rei tanquam pridem dominus nactus fuerit. Nam, ut subjicit, si rem mihi subreptam ignorans emero, quasi alienam, & mihi traditam accepero, non videtur rediisse in potestatem meam: quia non tanquam mea, sed tanquam aliena venit in potestatem meam, quia ejus rei pretium mihi abest, quia pro ea pretium tituli: non ergo venit ad me tanquam fuerit jam ante mea, *l.14. in fi. de verbor. signif.* sed quasi jam nunc ex aliena facta fuerit mea. At videtur tamen res venisse in potestatem domini, si eam vindicaverit à fure, etiamsi non abstulerit rem ipsam, sed rei, sive litis æstimationem. Litis æstimatio est similis emptioni, *l. 3. inf. pro empt.* Videtur ergo fur, qui litis æstimationem subiit, eam rem, sive litem emisse à domino. Itaque jam eam rem non pro furtiva, non pro possessore, sed pro suo possidet, & purgatum est vitium furti, *l. si fur, in princ. inf. hoc tit.* Præterea, si domino ea res tradita non sit, sed tradita sit alii voluntate domini, cui forte dominus donatam volebat, etiam hoc modo res ad eum pervenisse, & abolitum, aut purgatum furti vitium videtur esse. Itaque usucapi potest: nihil refert, mihi tradas rem, an alii voluntate mea, *l.22. §. fugitivus, mand.* Pergamus ad reliqua.

AD §. *Heres, & §. De illo*. Hi duo §§. sunt de partu ancillæ furtivæ. Si ancilla furtiva apud heredem furis ignorantem eam esse furtivam, conceperit, & pepererit, heres partum ejus non usucapiet. Quod proponitur in hoc §. *heres*. Heres igitur furis, etiamsi ignoraverit ancillam esse furtivam, non potest usucapere partum ex ea conceptum, & editum apud heredem, quia heres succedit in jus omne defuncti, ut *l. cum heres, de div. & temp. præsc.* Et defunctus nec ancillam, nec partum ancillæ furtivæ apud se conceptum, & editum, usucapere potuit, ergo nec heres ejus. Cum dicimus, *heredem succedere in omne jus*, hoc dicimus, eum succedere in vitia, virtutesque defuncti, in commoda, & in incommoda, ut *l. si ego, §. partus, de Publ. in rem act. l. pen. C. de acqu. possess.* Ergo si apud heredem furis ancilla furtiva conceperit, & pepererit, quamvis heres ignoraverit eam esse furtivam, quia succedit in malam fidem defuncti, partum usucapere non potest. Idem est, si conceperit apud furem, pepererit apud heredem ejus ex Marcelli sententia, quæ verior est, *l. 10. §. Scævola, inf. hoc tit.* At Quintus Cerbidius Scævola, ut ibidem refertur, existimabat ex iis casibus, puta si ancilla furtiva concepisset, & peperisset apud heredem furis, bona

fide possidentem : vel si conceperit apud furem, & pepererit apud eundem furis heredem, partum ancillæ furtivæ usucapi posse, hac ratione, quia *partus non est pars ancillæ furtivæ*. Quod ex ipso Scævula repetitur in *l. 26. de verb. signific.* *Alioquin*, inquit, *nec partus editus, & conceptus scilicet apud bonæ fidei possessorem, apud bonæ fidei emptorem, usucapi posset*, si partus esset pars ancillæ furtivæ, quem tamen usucapi posse constat inter omnes, & probabitur infra. Ideo autem putabat partum ancillæ furtivæ partem non esse, quia Publii Scævulæ gentilis sui, & M. Manlii opinionem sequebatur, qui dicebant, partum esse in fructu, partum esse fructum ancillæ, quo modo Hebræi loqui solent. Si enim est fructus ancillæ : ergo non est pars ancillæ. Fructus non est pars rei, ex qua nascitur, at Bruti sententia in *§. fructus* obtinuit, partum non esse in fructu : Ideoque passim in ff. & in hac l. in *§. fructus*, fructus separatur à partu. Partum, inquam, non esse in fructu, quod absurdum esset hominem, cujus gratia fructus innumeros rerum natura comparavit, in hominis fructu esse : Vetus quidem hæc quæstio est, partus sit in fructu, necne, *l. vetus quæstio, de usufr.* *ἀρχαία ἀπορία* ut Aristoteles loquitur. Et veterem etiam esse hanc quæstionem testatur M. Tullii locus notissimus *1. de finib. bonor. & malor.* Sed obtinuit sententia Bruti, quam & Marcellus, & cæteri sequuntur, *partum non esse in fructu*, & consequenter, *partum esse partem ancillæ*, atque ita nec ancillam, quæ furtiva est, nec partum ejus usucapi posse, sive prægnans ancilla subrepta fuerit, ut *l. pen. de stat. homin.* sive apud furem, vel apud furis heredem; quantumvis licet conditionis ancillæ ignarum conceperit, & pepererit, ut in hoc §. sive apud furem, aut furis heredem conceperit, & pepererit apud extraneum bonæ fidei emptorem, horum nullo casu partus usucapi potest, quod probat *l. si ego, §. partus, de Pub. in rem act.* & in *l. qui vas, §. ancilla, de furt.* At si ancilla furtiva conceperit, & pepererit apud bonæ fidei emptorem, hoc solo casu partus usucapio procedere potest, *d. §. ancilla, l. 3. D. pro empt. l. non solum, in princ. inf. hoc tit.* Ex quo, ut jam pridem docui, & dixi, emendandus est *d. §. partus, l. si ego, de Pub. in rem act.* Unde si servus pro capite suo, pro libertate sua domino ignoranti dederit ancillam, quam subripuerat, & ancilla apud dominum conceperit, qui bonæ fidei possessor est, & pepererit, consequenter superioribus, quæ proposui pro certis, dominus partem possidere, & usucapere potest, & possidere pro emptore, *l. 9. & 10. inf. pro emp.* quia emisse videtur ancillam præmio libertatis collatæ in servum. Genus quoddam hoc est, sive exemplum emptionis venditionis. Verum ut ostenditur in *§. de illo*, qui sequitur, hoc ita procedit, ut scilicet dominus possit usucapere partum ancillæ furtivæ, quam ei ignoranti servus dedit pro libertate sua, & partum scilicet apud eum conceptum, & editum, si eo tempore apud eum conceptus, & editus fuerit partus, quo adhuc furtivam esse matrem ejus ignorabat, *d. l. non solum, in princ.* Nam si antequam conciperetur, vel si post conceptionem, antequam nasceretur, dominus, sive emptor cognoverit ancillam esse furtivam, nec partum ejus usucapere potest. Et hoc casu quidem solo, *possessio servi vitiosa domino nocet*. Neque huic dicto quicquam repugnat *l. justo, §. & si poss. inf. hoc tit.* quia non loquitur de ancilla furtiva. Si ancillam prægnantem, quæ non erat furtiva, bona fide possidere cœpi, licet postea cognoverim eam esse alienam, antequam pareret, partum usucapere possum, licet scierim eam alienam esse, antequam eniteretur. Sed si fuerit furtiva, partum usucapere non possum, nisi & editi partus tempore ignoraverim esse furtivam. Hæc vero distinctio, ut ostenditur in *§. de illo*, servatur etiam cum non ipse servus pro suo capite, sed alius mihi dedit ancillam furtivam, ut servum mecum manumitterem : Nam si me adhuc furti ignaro, ancilla apud me conceperit, & pepererit, partum usucapere possum, quia ancillam possideo bona fide : sed si ancillam furtivam esse rescivero, antequam eniteretur, partum usucapere non possum. Eademque distinctio servatur, cum quidam alius ancillam furtivam, quam nesciebam esse furtivam, mecum permutavit, aut mihi in solutum dedit, quæ negotia imitantur etiam emptionem venditionem. Etiam eadem distinctio servatur, si ancillam furtivam mihi ignoranti donaverit : non ergo in emptione tantum, sed & in donatione. Etiam hoc additur in *§. de illo* : si post editionem partus ex ancilla furtiva, non ante emptor resciverit, matrem ejus esse furtivam, partum ejus non aliter usucapi posse, quam si prius eum cœperit usucapere, quam id resciverit : nec aliter, quam si, ut traditur in *l. 3. pro suo*, re cognita dominum ancillæ ejus rei dominum commonefecerit, aut commonefacere non potuerit ante impletum usucapionis tempus. Rite cœptam usucapionem mala fides superveniens non interrumpit, *l. bona fid. de adquir. rer. dom. l. pen. inf. pro. empt.* Rite autem cœpit usucapio, rite inchoavit usucapionem emptor, si tempore emptionis, & tempore etiam traditionis ancillam furtivam esse nescivierit, *l. 7. §. ult. de Pub. in rem act. l. 10. l. 43. l. pen. inf. hoc tit. l. 2. inf. pro empt.* Si igitur utroque tempore in bona fide versetur emptor, superveniens postea scientia rei alienæ, sive ancillæ furtivæ non interpellat jure cœptam usucapionem. Et hæc sunt, quæ pertinent ad *§. heres*, & *§. de illo*. (†)

AD *§. Lana*. Quæ restant in *l. 4. de usurp. & usucap.* nunc jam absolvam, ac primum explicabo, *§. lana*. Dixit supra de partu ancillarum, nunc dicere instituit de fœtu pecorum, cæterisque pecorum fructibus. Et hic mihi videtur esse congruus locus, quo conferre possim partum cum fœtu, ut quid inter utrumque intervalli sit, sive discriminis perspiciamus. Fœtus sunt in fructu pecorum, veluti agni, hœdi, juvenci, porculi, equulei : At partus non sunt in fructu ancillarum ex Bruti sententia, quæ obtinuit, hac ratione, quod sit absurdum hominem esse in fructu hominis, cum omnes fructus hominis gratia rerum natura comparaverit, *l. vetus, de usufr. l. in pecudum, de usurp.* Quam rationem juris auctores ducunt ex disciplina Stoicorum, qua omnes imbuti sunt. Lucretius de Stoicis lib. 2. *Ne genus*, inquit, *occidat humanum, quorum hominum causa omnia constituisse Deos, fingunt.* Stoici scilicet. Et Lactant. lib. 7. *Hominum*, inquit, *causa mundum, & omnia, quæ in eo sunt, esse facta, Stoici loquuntur*, idem divinæ literæ docent. Sequitur alia differentia : partus ancillarum furtivarum concepti, & editi apud bonæ fidei emptorem, ei statim non adquiruntur, quia non adquiruntur, quia non numerantur in fructu, sed usucapi ab eo possunt, quia hoc casu non intelliguntur esse furtivi, *l. qui vas, §. ancilla, de furt. l. non solum, in princ. hoc tit. l. si ego, §. partus, de Pub. in rem act. l. 3. C. pro empt.* quod latius exposuimus in *§. heres*, & in *§. de illo*, qui hunc antecedit. Fœtus autem pecudum furtivarum concepti, & editi apud bonæ fidei emptorem, ei statim pleno jure adquiruntur, *d. l. in pecudum*. Et quamvis pecudes sint furtivæ, fœtus tamen earum non sunt furtivi, & usucapi possunt, non quidem ab ipso bonæ fidei emptore, qui eorum dominium statim adquirit, sed ab alio, si forte alii traditi sint à non domino. Et hoc significatur in *d. l. qui vas, §. ancilla*, illo loco, *idem & in pecudibus servandum est, & fœtu earum, quod in partu*. Quod plenius docet Obser. 55. cap. 20. & notat 1. cap. 20. Denique illius loci, *Idem & in pecudibus, &c.* sensus hic est, idem & in pecudibus servandum esse, & in fœtu earum, concepto scil. & edito apud bonæ fidei possessorem, quod & in partu, concepto similiter, & edito apud bonæ fidei possessorem. Servandum autem hoc esse in utroque, in partu, & in fœtu, ut non sit furtivus illo casu, utque usucapi possit : & partus quidem usucapi potest, vel ab alio quocunque, vel ab ipso bonæ fidei possessore, quia partus statim ad eum non pertinet, cum non sit in fructu : fœtus autem ab alio usucapi potest, non etiam à bonæ fidei emptore, quia statim fœtus ei pleno jure adquiritur, quandoquidem numeratur in fructu. Bonæ fidei possessori non est necessaria fructuum usucapio, maxime eorum, qui diligentia & opera ejus provenerunt, *l. fructus, de usur.* quales etiam sunt fructus pecorum : Neque enim, exempli gratia, *oves*, ut M. Tull. ait 2. de Nat. Deor. *ullum ex se fructum edere,*

sine

(†) *Vide Merill. lib. 3. Variant. ex Cujac. cap. 27.*

sine hominum cultu, & curatione possunt. Usucapio plenum A jus tribuere dicitur in *l.17. in fi. de rei vind.* Plenum autem jus fœtum, aut fructum statim bonæ fidei emptori ipsa perceptio tribuit. Ergo usucapi non debet, ut loquitur in hoc §. Nemo quod suum est, usucapit, *l.in bello, §. si quis servum, de cap. & postlim.* Perceptio, inquam, ipsa fructuum, & fœtuum igitur, quoniam sunt in fructu, plenum jus bonæ fidei emptori tribuit statim, ideoque plenum jus plenumve dominium postea perficit, & consummat secuta consumptio, & abusio fructuum, aut fœtuum. Quomodo? nam de consumptis à bonæ fidei possessore fructibus nulla actio domino competit, de exstantibus in rem actio competit. Itaque in restitutionem veniunt, quamvis facti sint bonæ fidei possessoris, *l. certum, C. de rei vind.* Denique perceptio fructuum inchoat adquisitionem fructuum: consumptio corroborat, atque confirmat, *l. quæsitum*, in B *fi. de adqu. rer. dom. §. si quis à non domino, Institut. de rer. divis.* Unde & in hoc §. *lana*, convenienter superioribus Paulus ait, *Lanam pecoris furtivi apud furem detonsam*, quia furtiva est, *usucapi non posse:* Detonsam quoque apud bonæ fidei emptorem usucapi non posse, non quia sit furtiva, neque enim est furtiva, sed alia ratione, quia *statim atque detonsa est, pleno jure fit bonæ fidei possess.* Et perfecte quidem, vel, ut Doctores loquuntur, irrevocabiliter, si sit consumpta: ut si ex ea bonæ fidei emptor vestimentum fecerit: ergo usucapi non potest, si fit statim bonæ fidei emptoris. Ergo, inquit, usucapi non debet, quia dominium ex una tantum causa contingere potest, *l.3. §. ex plurimis, sup. tit. prox.* Et subjicit hoc loco Paulus, eandem esse rationem fœtus, ut puta agnos editos apud bonæ fidei emptorem ejus fieri si consumpti sint, inquit, ejus fieri, perfecte scilicet. C Idemque dicendum de cæteris fructibus pecorum, veluti de lacte, aut pilis ovium, aut caprarum, aut vaccarum, *d.l. in pecudum*. Varro 2. de re rust. cap. ult. *Ut fructum ovis e lana ad vestimentum, sic capra pilos ministrat ad usum nauticum, & ad bellica tormenta, & fabrilia vasa:* imo & hodie ad vestimentum. Est & alia differentia inter fructus & partus. Partus ancillæ furtivæ concepti apud furem, vel furis heredem, & editi apud bonæ fidei emptorem, usucapi non possunt, quia furtivi sunt, *d. l. qui vas, §. ancilla:* Fœtus autem editi apud bonæ fidei emptorem, licet concepti fuerint apud furem, vel furis heredem, ut puta, si oves, quæ furtivæ erant, & gravidæ venierint, statim atque editi fuerint agni, bonæ fidei emptori adquiruntur, sicut lac ovium, aut caprarum, aut vaccarum, licet plenis uberibus venierint, statim fit bonæ fidei emptoris atque D mulsum fuerit, qua comparatione lactis cum fœtu utitur *l. bonæ fid. §. ult. de adqu. rer. dom.* Et licet ex hoc §. *lana*, lacti conjungere lanam, quæ detonsa apud bonæ fidei emptorem, ejus fit pleno jure, licet apud furem ovis jam cœperit esse lanata, & tonsuræ proxima. Omnia, quæ ad hanc quæstionem pertinent, ita possunt perspicue, & vere definiri atque concludi, idem juris esse in fœtu, & partu pecudis, vel ancillæ furtivæ, ut ab alio usucapi possit, si conceptus, & editus sit apud bonæ fidei emptorem, *d.l. qui vas, §. ancilla*, illo loco, *idem & in pecudibus*. Et rursus idem etiam esse juris in fœtu, vel partu pecudis, vel ancillæ furtivæ, ut usucapi non possit, si editus sit apud furem, vel furis heredem, *l.10. §. Scævola, inf. hoc tit.* At idem juris non esse in fœtu, & partu, si conceptus sit apud furem, vel furis heredem, vel apud dominum, priusquam furtum fieret pe- E cudis, vel ancillæ, editus autem sit apud bonæ fidei emptorem. Idem, inquam, juris non esse in fœtu, & partu, quia partus usucapi non potest, si prægnans ancilla subrepta sit, vel si apud furem, vel furis heredem conceperit; fœtus autem ab ipso bonæ fidei emptore usucapi non potest, quia perceptione dominium adquisivit, ab alio tamen usucapi potest, quasi amoto furti vitio, fœtus dominio quæsito bonæ fidei emptori, *l. bonæ fid. §. ult.* de *adquir. rer. dom.*

AD *§. Si ex lana.* Sequitur in hoc §. vestem factam ex lana furtiva, esse furtivam, nec à bonæ fidei possessore usucapi posse, quia substantia prævalet, quæ potissimum spectatur, substantia autem est furtiva. Substantia, id est, A materia, ex qua vestis facta est. Quomodo Stoicos substantiam accipere Diogenes Laertius testis est in Zenone, pro materia, ut in *l.9. & l.14. de cont. empt.* substantia, id est, materia: non spectatur species lanea, sed lana, ex cujus materia species illa confecta est. Ergo & lanea species furtiva est, nec usucapi potest: Et hoc quidem ita procedit, si fur ipse vestimentum fecerit ex lana furtiva, quia ejus est vestimentum, cujus & lana fuit, auctore eodem Paulo in *l. de eo, §. si quis ex uvis, ad exhib.* Sed si is, qui lanam furtivam bona fide emit, ex ea vestimentum fecit, Paulus existimat eum esse vestimenti dominum, qui fecit, non eum, cujus lana fuerit, quia quod extat, non lana est, sed laneum corpus, lanea species, *l. sed si ex meis, de adq. rer. dom. l. lana, de leg. 3.* Vestis igitur, quam fecit bonæ fidei emptor ex lana furtiva, non est furtiva, & usucapi igitur ab alio B potest, si alii vestis tradita sit à non domino, non etiam ab eo, qui bona fide eam vestem fecerit, qui cum vestis dominus effectus sit, eam usucapere intelligi non potest, *d.l. in bello, §. si quis servum, & sup.* in *§. lana*.

AD *§. Si rem.* Restat adhuc de rebus furtivis *§. si rem*, in quo proponitur unus casus, quo rei quodammodo furtivæ usucapio locum habere videtur. Aliquando suæ rei furtum fit. Suæ rei furtum facit debitor, qui rem suam creditori pignori dedit, per traditionem cessa possessione creditori, si deinde eam rem creditori subripiat, & alii vendat, ac tradat; vel etiam si eam pignori non tradiderit, sed nuda conventione pignori obligaverit, non dimissa possessione, quæ hypotheca dicitur proprie, ac deinde extero eam rem vendiderit, ac tradiderit. Idque ostenditur in *l. in actione 19. §. ult. & l. si is, qui, de furt.* C Quo quidem nomine debitor creditori tenetur furti actione in duplum, in quo scil. duplatur summa sortis debitæ, & usurarum ejus, *l. creditori, eod. tit.* Et priore quidem casu, cum res creditori pignori data est, id est, cum pignus re, sive traditione, contractum est, res subrepta à debitore usucapi potest, quasi non sit furtiva, aut esse desierit, quamvis verum sit, debitorem ejus furtum fecisse, eoque nomine teneri furti pœnali judicio, usucapi autem posse, quia subrepta est à domino, atque ita in potestatem domini pervenit. Eodemque modo, & furtum factum, & furtum purgatum videtur, aut furti vitium. Idque in hoc §. proponitur, & in *l. si rem, inf. pro empt.* Ubi tamen lex ait, *hac de re dubitatum fuisse*, nempe de usucapione pignoris traditi creditori, & postea à debitore subrepti, & venditi. Et ut opinor dubitatum fuit de usucapione D ejus rei, procederet necne, inter Cassianos, & Proculianos, quoniam, quod proponitur in hoc *§. si rem*, est ex Cassin, cujus etiam sententia certior esse dicitur, quam scilicet adversariorum. Ergo & hic §. dubitatum fuisse significat de usucapione ejus rei. Denique Proculiani existimabant eam rem quasi furtivam usucapi non posse, nisi in potestatem creditoris rediisset, sicut posteriore casu, si rem suam nuda conventione, nudo consensu, nudo pacto, pignori nexam debitor alii vendiderit, & tradiderit, constat inter omnes, non aliter eam usucapi posse, quam si in potestatem creditoris pervenerit, *l. cum sit, C. pro empt.* Omnes quidem & Cassiani, & Proculiani priore casu, id est, pignore reipsa contracto, pignore tradito creditori, ac deinde subrepto à debitore, & vendito, usucapionem admittebant, si res rediisset in potestatem creditoris, ut *l. ult. inf. hoc tit.* At Cassia- E ni hoc amplius etiam usucapionem admittebant, si res non rediisset in potestatem creditoris: Proculiani non aliter, quam si res rediisset in potestatem creditoris. Et Cassianorum sententiam hoc loco Paulus approbat, nec novum dici potest, ut res, de cujus furto agi potest pœnali judicio, usucapiatur, nec intelligatur esse furtiva, quia, ut idem Paulus ait in *l. cum æs, de furt.* & si alius eam subripuisset, & in potestatem domini rediisset, usucapi posset. Ergo & si dominus ipse eam subripuerit, usucapi potest, quia per furtum in ejus potestatem, & possessionem rediit. Dices, quod unumquemque prima specie movere possit: imo non rediit, aut non videtur rediisse in potestatem domini, id est, debitoris, quia ei avelli potest actione hypothecaria, quæ possessionem avocat pignoris, vel etiam condictione triti-

garia,

caria, l. 2. de cond. trit. l. verum, de furt. Et ut dictum est sup. in §. tunc in potestatem, tunc videtur res rediisse in potestatem domini, quum possessionem ejus nactus est juste, justa ex causa, ut avelli non possit. Naoi si possessio ei avelli potest, non videtur eam adeptus, l. non videtur, de adq. poss. Quod Accursius explicat male in l. 13. §. desinere, de verb. signif. Ad hanc objectionem dicam, in casu proposito iis actionibus debitorem non teneri, qui subripuit rem, quam creditori pignori dederat, quia subreptam rem statim proponitur alii vendidisse. Si igitur alii rem non vendiderit, sed retinuerit, quam subripuit creditori, sane tunc non videtur in ejus potestatem pervenisse, quia creditor eam ei avellere potest, d. §. tunc in pot. Et interim igitur, dum eam non avellit creditor, ea res usucapi non potest, quod maxime notandum est.

AD §. Si tu me. Dixit ante de rebus furtivis, quarum usucapionem inhibet lex Attinia, si in domini heredisve ejus potestatem nondum pervenerint, nondum redierint: hæ sunt res mobiles: nam rerum immobilium furtum non fit: res, inquam, mobiles furto subreptæ, aut vi abreptæ: nam & hæ fortivæ sunt, nec usucapi possunt, antequam in domini potestatem redierint, l. ult. vi bon. rapt. Quamobrem & hoc libro egit Paulus de rebus mobilibus vi raptis, ut constat ex l. 3. eod. tit. & l. 2. de incend. ruin. naufrag. quas suo loco, & ordine interpretabimur. Nunc ab hoc §. si tu me vi, dicere instituit de rebus vi possessis, quarum etiam usucapionem inhibet lex Plautia & Julia, l. non solum, §. si dominus, inf. hoc tit. sub eadem conditione, si in domini, heredisve ejus potestatem nondum redierint. Hæ vero sunt res immobiles, res soli, quæ vi possessæ dicuntur. Si quis dejecto domino per vim apprehensam possessionem obtineat, l. 1. §. vi possess. de vi, & vi arm. Sed ut ostenditur in hoc §. si tu me vi, si quis possessione quidem fundi dominum vi dejecerit, verum ipse non apprehenderit possessionem, sed Titius forte ab eo non submissus, non suppositus in possessionem vacantem venerit, fundus non videtur vi possessus, & usucapi potest: nam etsi is, qui vi dominum detrusit, teneatur interdicto unde vi, non Titius, qui vim nullam fecit, l. 7. de vi, & vi armata, res tamen ideo vi possessa non videtur, sicut in specie §. si rem, qui præcedit, quamvis debitor, qoi subripuit rem suam, quam creditori pignori dederat actione furti teneatur, non ideo tamen res furtiva esse intelligitur, quod evenit etiam in specie l. cum ar, §. 1. de furt. & in specie §. 1. idem Labeo, sup. in hac lege, ut ibi exposui. At non tantum si dominum quis possessione fundi dejecerit, sed & si possessorem, qui rem alienam mala fide possidebat, vi quis dejecerit, & mox eam rem vendiderit bonæ fidei emptori, Paulus ait, rem vi possessam videri, nec à bonæ fidei emptore usucapi posse, antequam redierit scilicet in potestatem domini. Et subjecit absque dubio, quod est ex hoc libro relatum in l. 8. de vi, & vi arm. Falcinium Jurisconsultum dicere, vi possideri, quotiens dominus, vel non dominus, cum tamen possideret, vi dejectus est. Quod huic loco coaptandum est omnino. Addit Paulus in hoc loco, idem etiam esse dicendum, si eum, qui fundum bona fide possidebat, verbi gratia pro herede, cum falso putaret, se heredem esse, aliquis sciens fundum alienum, sive hereditarium esse, vi dejecerit, & fundum vendiderit bonæ fidei emptori: nam & hic fundus vi possessus videtur, & usucapi potest, antequam venerit in potestatem domini, immo quod plus est, quodque additur in §. si dominus, si dominus ipse possessorem rei suæ malæ fidei, aut bonæ fidei vi dejecerit, res non videtur in potestatem domini pervenisse, quia avelli ei possessio potest interdicto unde vi, quod eam nactus sit malo more, malaque ratione: & non videtur quis possessionem nactus ejus rei, quam ita nactus est, ut retinere non possit, l. non videtur, sup. tit. prox. Neque vero dominus ob eam rem conventus interdicto unde vi, potest se tueri exceptione dominii, quia nec domino licet vi rem suam possessori auferre, domino non licet sibi jos dicere, l. si quis aliquem, ad l. Jul. de vi priv. l. si quis ad se fundum, C. ad l. Jul. de vi. Ergo etiamsi dominus ipse possessorem rei suæ vi dejecerit & apprehenderit possessionem, res vi possessa videtur, nec dici potest eam rem pervenisse in domini potestatem, cum possessio ei avelli possit interdicto unde vi. Eodemque modo dicebam heri in §. si rem, si dominus rem suam, quam creditori pignori dedit, creditori subripiat, & retineat, non distrahat, rem in potestatem ejus rediisse non videri, quia possessio avelli ei potest actione hypothecaria, quæ possessionem avocat, l. si cum debitor, de eviction. vel condictione triticaria, l. 2. de condict. tritic. l. verum, de furt. l. si pignore, §. 1. de pignerat. act. & ideo usucapi ea res non potest, quod est proprium, & conveniens exemplum ad §. tunc in potestatem, sup. Quod autem jam sæpe diximus, & hic §. ex contrario sensu demonstrat, idem juris esse in re furtiva, & re vi possessa, ut non aliter usucapi possit, quam si in potestatem domini redierit, vel heredis ejus, eo modo, quo avelli ei non possit, vel etiam quod addere licet ex §. si pupillo, sup. in potestatem ejus, qui vicem domini sustinet, veluti tutoris, aut curatoris: id Accursius in l. certe, §. Julianus, de precar. & Bartolus cum hoc loco, tum multis aliis constanter, & alii complures interpretes non probant. Existimant enim in re quidem furtiva hoc exigi omnimodo, ut in potestatem domini redierit, quo possit usucapi, non in potestatem ejus, cui subrepta est, non in potestatem non domini, si non domino subrepta sit, veluti creditori, aut commodatario, quod & verum est, §. quod autem, sup. nisi scilicet dominus ipse creditori rem pigneratam subripuerit, quo casu debet redire in potestatem creditoris, l. ult. hoc tit. l. cum sit, C. pro empt. nimirum quia debitor creditorem vice sua possessorem fecit dimissa possessione pignoris. In re autem vi possessa, idem illi sibi persuadent, id omnino non exigi, ut res vi possessa redierit in potestatem domini: satis enim esse, ut usucapi possit si redierit in potestatem ejus, qui per vim possessione dejectus est, quamvis non dominus fuerit. Qua ratione vero, aut quo argumento? Ratione quidem nulla: nam utriusque rei furtivæ, & vi possessæ par est causa, & vitium idem utriusque usucapioni obstat: vitium ex re scilicet, non vitium ex persona, l. ubi, §. 1. hoc tit. §. aliquando, Instit. eod. qui nominatim exigit, ut res vi possessa redeat in potestatem domini, ut usucapi possit. Argumento tamen suæ opinionis confirmandæ causa, utuntur satis valido, satis masculo, quod ducunt ex d. l. certæ. §. Julianus, de precar. In cujus specie licet id ibi palam non exprimatur, ponunt, non dominum fuisse vi dejectum de possessione fundi, & inde statuunt purgari pervasionis, sive deprædationis vitium, si fundus redierit in potestatem non domini, qui vi dejectus est, rediisse videri, si is, qui ab eo vi possidet, id est, qui vi eum dejecit, eundem fundum ab alio precario rogaverit, ut sibi possidere liceret, quia hoc pacto prædo desiit vi possidere, & incipit precario possidere, qui justus est titulus ex voluntate ejus, quem vi dejecerat. Quod in eo §. Julianus, confirmatur hoc exemplo, quia & si prædo fundum, cujus possessionem vi occupavit, expulso non domino possessore: si, inquam, eum fundum ab eodem emerit, purgari invasionis vitium, id est, desinit vi possidere, & incipit pro emptore possidere. Addit, & hoc solum dubitationem facit, & dominium capere, id est, usucapere incipit, incipit, inquit, pro emptore usucapere, quia ait, usucapere, sive quod idem est, dominium capere, ex eo colligunt recte, dominum non fuisse eum, qui dejectus est vi, quoniam si à domino emisset fundum, & pro tradito habuisset, dominium fundi adquisiisset, & ideo pro emptore usucapere non potuisset. Proinde hinc efficiont, eum, qui vi dejectus est, non fuisse dominum, & si postea fundum, quo expulsus est, prædoni vendiderit, prædoni necessariam esse usucapionem pro emptore. Cæterum vitium ex re vi possessa, ex fundo vi possesso amoveri: quia ea res ad non dominum, qui possidebat, cum dejectus est, rediit, rediisse venditio arguit. Id vero longe abhorret à jure, ut purgetur vitium rei possessæ vi, re reversa in potestatem non domini, cum sive fuerit furtiva, sive vi possessa in d. §. aliquando, dicatur, eam rem non ante usucapi posse, quam redierit in potestatem domini. Itaque verisimile esse dico in d. §. Julianus, sicut initio dixi, prædonem

inci-

incipere precario possidere ; qui precario rem rogavit ab eo, quem vi ab ea re dejecit : Ita & in extremo hujus §. dixisse Julianum, & scripsisse hoc modo : *Nam & si*, prædo scilicet, *ab eo emerit, quem vi dejecit, inciperet etiam pro emptore possidere*, nec adjecisse *usucapere*, *aut dominium capere*: dixisse simpliciter ut supra, *incipere simpliciter pro emptore possidere*, &c. sicut *sup. incipere precario possidere*, *& vi desinere possidere* : & in summa incipere possidere pro suo, non pro alieno, non pro possessore, ut ait *l. furt. in princip. hoc tit.* Nec igitur scripsisse Julianum, prædonem, qui ab eo emerit, *incipere etiam*, ut vulgo scriptum est, *pro emptore posse dominium capere*, quæ loquutio dura & inelegans est, *incipere posse usucapere*, contecta ex tribus infinitivis. Itaque ita potius legamus ut dixi, *inciperet etiam pro emptore possidere*, non posse, sed possidere. Et convenienter speciem ponamus in domino, qui vi dejectus est, à quo, si prædo fundum emerit, cujus possessionem per vim apprehenderit, & pro tradito habuerit, desinit vi possidere, & incipit possidere pro emptore, & fundus quidem non ab ipso: fundus, inquam, non ab ipso, quia fundi dominus est, sed ab alio quandoque usucapi potest, quasi purgato invasionis vitio. Quod etiam ita proponitur in *l. quamvis, de furtis*, & significatur in *§. tunc in potestatem*. His addamus quod est in *§. pen. hujus l.*

AD *§. penult.* Non videri fundum vi possideri, si quis intraverit in fundi possessionem vacuam, id est, à nemine possessam, domino forte, ut exemplum apponatur, per alium vi expulso de possessione fundi, nec ab eo, qui expulit apprehensa possessione, ut in *§. si tu me vi*, *sup.* Quo casu neque is, qui vi expulit me, possidet, quia non apprehendit possessionem, neque is, qui vi expulsus est, quia deposuit animum possidendi, & nullus ergo possidet, denique possessio vacat. Si quis igitur nemine possidente fundum ingrediatur, vacuam possessionem intret, & deinde venientem dominum fundum prohibeat ingredi, non videtur vi possidere, qui dominum, non possidentem prohibet : si dominum possidentem, sive animo retinentem possessionem prohiberet, vi possideret, eoque genere dominus possessionem, quam animo retinebat amittere videretur, *l. 1. §. eum, qui, & seq. inf. de vi, & vi arm. l. clam, in fin. sup. tit. prox.* Quæ nihil officiunt huic §. penult. quoniam in his legibus non vacabat possessio, at in §. pen. vacabat.

AD *§. Si viam.* Sciendum est, servitutes usu non adquiri, inusu tamen amitti: *servitutes usu non adquiri*, id est non usucapi, quia res incorporales sunt, nempe jura prædiorum, & res incorporales, nec usucapionem, nec possessionem recipiunt, *l. servus, §. 5. de adquir. rer. dom.* Ac præterea, quod explicabitur fusius in *§. ult. hujus l.* lex Scribonia, cujus fit mentio in eo *§. ult.* omnino sustulit servitutum usucapionem, servitutes tamen, ut dixi, inusu amitti, id est, si is cujus prædio debentur, eis biennio usus non sit. Jure veteri, ut Paulus docet 5. *sent. de servit.* Jure autem novo, sive Justinianeo, si decennio inter præsentes, vicennio inter absentes, usus servitute non sit, *l. pen. C. de serv. & aqua.* Ex quo jure novo & in hoc *§. si viam*, cum scripsisset Paulus *per biennium non utendo amitti viam*, Tribonianus reposuit, *per longum tempus*, id est, decennium, aut vicennium. Ea est plerumque definitio longi temporis. Et sententia hujus §. hæc est, viæ servitutem amitti non utendo. Si quis eum, qui viam per fundum alienum habuit, si dominus ipse fundi eum à via vi expulerit, atque ita fecerit pea constitutum tempus, ne via uteretur. Igitur non utendo amitti viam, & si vi illata à domino hoc contigerit, ut is, cui debetur via, via usus non sit, quia ad hunc casum nihil pertinet *l. Plautia, & Julia*, sed pertinet tantum ad rem vi possessam, dejecto veteri possessore, non autem ad servitutem, cujus usu per vim quis expulsus sit, *quia servitus*, inquit, *cum sit jus incorporale, non intelligitur possideri.* Quintil. 5. cap. 10. *Jus quod sit incorporale, apprehendi manu non posse.* Et consequenter, ut Paulus ait, *mero jure*, id est, κατὰ τὸ ἀκριβὲς, *neminem dejici de via*, neminem dejici de re incorporea. Atque etiam idem sentit Accursius in *l. 3. §. unde, de vi, & vi arm.* eo nomine non competere interdictum unde vi, quod quis servitute, aut via uti, vi prohibitus sit, & hæc sunt, quæ de rebus vi possessis habentur in hac l. quibus proculdubio adjunxit etiam Paulus in *l. pen. ad l. Jul. repetund.* quæ est ex hoc libro.

Ad L. penult. Ad L. Jul. Repetund. *Quod contra legem repetundarum proconsuli, vel prætori donatum est, non poterit usucapi.*

Ad §. Eadem lex *venditiones, locationes, ejus rei causa pluris minorisve factas irritas facit : impeditque usucapionem, prius quam in potestatem ejus, a quo profecta res sit, heredisve ejus veniat.*

RES contra legem Juliam repetundarum pecuniarum donatas proconsuli, vel prætori, id est, proprætori, ut in *l. 13. de jurisd.* Proconsul, & prætor, id est, proprætor, quoniam lex Julia repetund. pertinet tantum ad magistratus provinciales, non ad magistratus urbanos : prætor est magistratus urbanus, proprætor provincialis. Itaque in hac *l. pen.* ille articulus *pro* repetendus est ex priori voce proconsuli, vel Prætori : rebus, inquam, vi possestis addendæ sunt res contra legem Juliam repetundarum donatæ magistratui provinciali, quia & hæ quasi vi possessæ non possunt usucapi, antequam redierint in potestatem ejus, à quo profectæ sint, vel heredis ejus. Sed neque res eidem venditæ, aut locatæ donationis seu beneficii causa, sive pluris, quod prima specie mirum est, sive minoris venditæ, aut locatæ sunt. Quid est etiamsi pluris venditæ sint, aut locatæ? Ita est, quia & nonnunquam magni interest præsidis provinciæ, rem aliquam magno, & immenso pretio comparare, adeo ut magnum beneficium accipere videatur, si quis eam remei, vel pluris vendiderit. Lege autem Julia repetundarum, ut ibidem ostenditur, *& venditiones omnes*, inquit, id est, venditiones omnium rerum, præter quam esculentorum, & poculentorum, quæ victus quotidiani sunt, & rerum paternarum, ut *l. qui officii, de cont. empt. l. princept, C. Theod. de iis, qui adm. prov. vel eff. publ.* Cæterarum rerum, & venditiones, & locationes, prætidi provinciæ factas, *ejus rei*, inquit, *causa*, id est, donationis, aut beneficii loco, quæ causa semper inesse præsumitur, *irritas facit, & earum usucapionem inhibet*, quasi scilicet vi possessarum, aut ereptarum. M. Tull. accusat. in Verrem 4. sive libro de signis. *Quæ fuit*, inquit, *causa, cur tam diligenter nos*, id est, magistratus provinciales, *in provinciis ab emptionibus removeris? Hæc judices*, inquit, *quod putabant ereptionem, non venditionem esse, cum venditori suo arbitratu vendere non liceret.* Itaque recte rebus vi possessis, adjecit res magistratui provinciali donatas, vel aperta donatione, vel tacita sub venditionis specie, aut locationis. Nunc redeo ad *§. ult. l. 4. de usurp. & usuc.*

R*Egressus ad §. ult. legis 4. de usuc. &c.* Hodie plenius tractabimus, an servitutes prædiorum, id est, an libertates servitutum, ut est hic scriptum, eorumdem prædiorum usucapi possint. Servitutes aliæ sunt prædiorum rusticorum, aliæ urbanorum. Et servitutes rusticorum quidem usucapi non possunt, quia tametsi rebus corporalibus accedant, tamen res incorporales sunt, & res incorporales nec usucapionem recipiunt, nec possessionem, sine qua usucapio non contingit, *§. si viam, sup.* Additur alia ratio in *l. 14. de serv.* quia servitutes prædiorum rusticorum, veluti via, iter, actus, aquæductus, vel aquæ haustus, ejus sunt naturæ, & conditionis, ut non habeant certam & continuam possessionem, id est, quasi possessionem, vel ut habeant intermissionem, *l. 13. de usufr. leg.* neque enim continuo ire, agere, ambulare, vel aquam ducere, vel haurire quisquam potest, sine intermissione, nisi forte aquæ rivus sit, per quem, sine opera ejus, cui aqua debetur, sua sponte aqua fluat perpetuo. Quo genere etiam usurpari & retineri aquam placet, quæ sua sponte fluit, etsi is, cui debetur aqua, eam non attingat, eaque non utatur, *l. 1. §. quæsitum, de aq. quot. & æst. l. 12. quemadm. servit. amitt.* Et in usucapione continua possessio requiritur, non interrupta, nun

non interpellata, *l.3.hoc tit.* Ex contrario igitur servitutes A urbanorum prædiorum, veluti altius ædes sublatas babendi, & officiendi luminibus vicini, vel tigni, aut stillicidii immittendi, aut mœniani projiciendi: hæ, inquam, servitutes urbanorum prædiorum, quia certam habent, & continuam possessionem, usucapi possunt, aut poterant olim. Verum & in his servitutibus urbanorum prædiorum idem observatur hodie, ut usucapi non possint, *d.l.14.* quia & in his, etsi posterior ratio non valeat, quam efficere diximus, ut servitutes rusticorum prædiorum non usucapiantur, prior tamen ratio valet, quia & servitutes urbanorum prædiorum, cum sint jura incorporalia, possideri non intelliguntur. Et ut proponitur in hoc *§. ult.* qui proprie est de servitutibus urbanorum, non rusticorum prædiorum, earum quoque servitutum urbanarum usucapionem lex Scribonia sustulit, qui locus est singularis. Unde & in *l.20. de servi-* B *tut.urbanor. prædior.* servitutes urbanorum prædiorum possessione retineri dicuntur, id est, usurpari, non usucapi: quia usurpatio interrumpit usucapionem libertatis earumdem servitutum. Denique post legem Scriboniam hoc jure utimur, ut nec servitutes urbanorum prædiorum per se usucapi possint, *l.10. §.1. inf. hoc tit.* ut servitutes, inquit, urbanorum prædiorum per se nusquam possint usucapi. nusquam, id est, neque in Italia, neque in provinciis: cum ædibus tamen, aut ædificiis usucapi possint, quia & qui ædes possident, & servitutes, quas ædes debent vicinis ædibus, possidere intelliguntur, *l.si ædes, §.ult. de servit.urban. prædior.* Servitutes, inquam, impositas ædibus, quas possident, possidere, easdemque usucapere, id est, earum libertatem usucapere intelliguntur, *si modo, nec vi, nec clam, nec precario,* id est, si non mala fide possident, *l.si precario, comm.* C *præd.* exempli gratia, si cum vicino ædes meæ deberent servitutem altius non tollendi, & obstruendi luminibus vicini, ædes meas integro statuto tempore altius sublatas habuero, non vi, non clam, non precario, ita possidendo ædes meas, & possedisse videor servitutem eis impositam atque usucepisse ejus libertatem. Quæ est sententia hujus *§.ult. & d.l. si ædes, §.ult.* Constitui igitur servitus usucapione nulla potest, tolli usucapione potest: vel dicas hoc modo, usucapi servitus potest, non ut constituatur, sed ut perimatur, usucapio præstare potest libertatem servitutis, non servitutem. Ad hæc notandum est, libertatem tantum servitutum urbanarum usucapi posse, non etiam libertatem servitutum rusticarum. Ratio differentiæ hæc est, quia servitutes rusticæ, veluti via, iter, actus, cum ipso inusu solo amittantur, sine ullo ejus facto, qui eas debet, consequens est, D libertatem earum non usucapi, quia usucapio non juris est tantum, sed etiam facti. Et hoc est, quod Paulus ait Sentent.1. tit.25. *Viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur.* Inusu solo, inquam, *quia usucapi,* inquit, *non possunt*, id est, quia earum servitutum libertas usucapi non potest, quæ solo inusu amittuntur, sine facto ejus, qui eas debet. At servitutes urbanorum prædiorum, non omnimodo amittuntur non utendo, quoniam non sine facto ejus, qui eas debet, id est, non sine usucapione libertatis, neque enim, ut hoc exemplis planum faciam, desino debere servitutem altius non tollendi, quam debeo tuis ædibus, ne luminibus officiam, si tu lumina, sive fenestras ædium tuarum obstruxeris, atque ita servitute tibi debita usus non fueris, nisi & ipse constituto tempore ædes meas altius sublatas habuero, id est, nisi libertatem ædium mea- E rum usucepero, non desino item debere servitutem tigni immittendi, & recipiendi, si tu tignum ex ædibus tuis in meas non immiseris, vel si immissum, diu exemptum inde habueris, nisi ego foramen, quo immitti tignum poterat, aut solebat, obturavero, & ita statuto tempore obturatum & conseptum habuero. Quod ostenditur in *l. 5. de servit. urbanor. prædior. l.si quis alia, §.ult.quemadm. servit. amitt.* Præterea notandum est hoc jure, quamvis servitutes usucapi non possint, longo tamen tempore eas, longa consuetudine adquiri, absque ullo alio jure, sive titulo, si modo quis eis usus sit longo tempore, bona fide, non vi, non clam, non precario. Quod constat ex *l.1.§.ult. de aqua, & aqua pluvia, l.5. §. pen. de aqua quotid. & æst. l.si quis diu-* A *turno, si servitus vind. l.1. & 2. C. de servit.* si, inquam, servitutibus longo tempore usus sit, non vi, non clam, non precario. Adde, & si servitutibus usus sit tanquam suo jure, id est, quasi jure debitis sibi servitutibus, quibus usus est, quod constat ex *l.ult. de itin. actuque priv.* Et in hanc rem satis erit exponere, quod est in *d.l.si quis diuturno,* qui nullo jure sibi quæsitam aquæductus servitutem habebat, *cum diuturno usu,* inquit, *& longa quasi possessione*, quia servitus proprie non possidetur, longa consuetudine quæsivit, si vindicet eam servitutem, si agat confessoria actione, non directa, quia non jure directo aquæductum adquisivit: non possessione, sed quasi possessione, non usucapione, sed prolixitate temporis, ut loquitur *l.22. §. sed enim, ad Trebellianum.* Et Isocrates in Archidamo, *τῷ πλήθει τῦ χρόνυ, præscriptione longi temporis,* non ipso jure, sed tuitione præ- B toris, aut præsidis, *l.ult. de aqua, & aqua pluv.* nec si agat utili actione, utili vindicatione aquæductus, necesse habebit, ut eadem lex ostendit, de titulo docere, quo aquæ servitus constituta est, veluti pro legato, pro emptore, vel pro donato, quia longa consuetudo diuturnusque usus pro titulo est. Est satis igitur, si doceat se per decem annos inter præsentes, aut viginti inter absentes sine intermissione & interpellatione aquam duxisse bona fide, id est, non vi, non clam, non precario. Sufficit ergo usus continuus decem, aut viginti annorum: ne dicas, non sufficere, sed vetustatem requiri, quæ exsuperet memoriam hominum, quod tentari potest ex *l.3. §. ductus, de aqua quotid. & æst.* quia ille locus, *immemoriam*, sic loquamur secundum idioma Papiniani, immemoriam non exigit in adquirendo aquæductu, sed immemoria aquæductum recte constitu- C tum dicit. Ex quo non sequitur, non recte constitutum esse eum, quem longi temporis usus constituit, cum & longo tempore adquisitæ aquæ origo remota esse possit à memoria hominum. Proinde non immemoria tantum: sed & longo tempore, quantumvis licet memoria ejus exstet, servitus jure quæsita intelligitur. Summa hujus tractatus est: Usucapionem præstare libertatem servitutum, quæ non omnimodo pereunt non utendo, id est, servitutum urbanarum, non etiam servitutum, quæ omnino pereunt non utendo, id est, rusticarum: usucapionem vero non constituere servitutem. At longi temporis quasi possessionem servitutem constituere tuitione prætoris, vel præsidis, apud quem longi temporis usus pro justo titulo est. Et hodie igitur usucapionem, quæ olim erat ex 12. tabul. anni tantum in rebus mobilibus, & biennii tantum in rebus immobili- D bus, vel incorporalibus, ut in servitutibus, quamquam ad extremum in eis admissa usucapio non fuerit, hodie, inquam, usucapione legitima ex 12. tabul. quæ brevioris erat temporis, conversa mutataque in longi temporis possessionem etiam usucapione, scilicet hodierna, Justiniana, servitutes adquiri posse, *l.ult. in fin. C. de præsc. longi temp.* quæ usucapionis transformatio, ut loquitur idem Justinianus, etiam effecit, ut ex tribus, quæ initio hujus legis pollicetur Paulus, se ordine explicaturum, de personis, quæ possunt, vel non possunt usucapere: & de rebus, quæ usucapi, vel non usucapi possunt: & quanto tempore res usucapiantur, tertium articulum Justinianus, sive Tribonianus omiserit, quia non idem fuit Paulo, quod Justiniano usucapionis tempus. Paulo brevius ex 12.tabul. Justiniano prolixius, & quia usucapio, & longi temporis possessio, præscriptio Pau- E lo fuere diversa. Justiniano sunt idem omnino. Et hæc de servitutibus, & libertate earum sufficiunt. Addam in extremo, rebus, quæ usucapi non possunt, adjunxisse etiam Paulum ea, quæ ædibus, vel ædificiis quibuscunque injuncta sunt, veluti marmora, columnas, tigna, ostia, tegulas, quia hæ res, cum nec singulæ possideri intelligantur, quandiu hærent ædificiis, nec usucapi igitur possunt, si alienæ fuerint, vel si ædificia ipsa plane tota fuerint aliena, ædificia possunt usucapi, sed non singulæ res, ex quibus constant, quia non singulæ possidentur, sed universitas tantum ædificii possidetur, *l.eum, qui ædes, inf. hoc tit.* Et ob eam rem etiam hæ res, ex quibus ædificia constant, legari, vendi, aut emi non possunt ex SC. ne ædificia diruantur, & deformetur urbis aspectus, facto Adriani temporibus, Aviola, &

Pan-

Panta consulibus. Et ex edicto etiam Vespasiani, *l.cætera*, A *de leg.1. l.2. C. de ædif. priv.* Et hoc demum, cum scriberet Paulus in hoc libro 54. adjecit proculdubio, quod extat ex eodem libro in *l.Senatus* 52. *de cont. empt.*

Ad L.LII. de Contrah.empt. *Senatus censuit, ne quis domum villamve dirueret, quo plus sibi adquireretur: neve quis negotiandi causa, eorum quid emeret, venderetve. Pœna in eum, qui adversus Senatusconsultum fecisset, constituta est: ut duplum ejus, quanti emisset, in ærarium inferre cogeretur: in eum vero, qui vendidisset, ut irrita fieret venditio. Plane si mihi pretium solveris, cum tu duplum ærario debeas, repetes à me, quod à mea parte irrita facta est venditio. Nec solum huic Senatusconsulto locus erit, si quis suam villam, vel domum, sed & si alienam vendiderit.*

Senatusconsulto vetitum esse promercii causa, id est, negotiationis ædificia sua, vel aliena, si quis forte aliena possideat, demoliri, & marmora aliave corpora, ex quibus ædificia constant, vendere per partes, vendere in partes, quo plus adquiratur, inquit: quia plerunque (quod verum est) ex venditione singularum rerum plus pecuniæ redigetur, quam ex venditione totius ædificii. Et eodem SC. docet, pœnam esse constitutam tam in emptorem, quam in venditorem, qui adversus Senatusconsultum fecisset. Pœnam in duplum scilicet redigendam in fiscum, aut ærarium. Quomodo in duplum videamus. Emptore scilicet quanti emit materiam ædificii, & venditore similiter quanti vendiderit, & accepit, tantumdem inferente in ærarium, ut *l.ult. de dam. inf.* Quo genere fit, ut uterque ærario conficiat duplum, vel etiam emptore inferente duplum integrum, ut si emit 100. conferat ducenta, & à venditore repetente pretium, quod ei numeravit, aut si nondum pretium ei numeravit, venditori denegata actione ex vendito. Quæ est sententia *d. l. Senatus.* Proxima recitatione veniam ad *l.2. pro empt.*

Ad L.II. Pro empt. *Pro emptore possidet, qui re vera emit: nec sufficit, tantum in ea opinione esse eum, ut putet, se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. Si tamen existimans me debere, tibi ignoranti tradam: usucapies. Quare ergo, & si putem me vendidisse, & tradam, non capies usu scilicet, quia in cæteris contractibus sufficit traditionis tempus. Sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam: si, cum traditur mibi, existimem illius esse. At in emptione & illud tempus inspicitur, quo contrahitur. Igitur & bona fide emisse debet, & possessionem bona fide adeptus esse.*

Ad §. Separata *est causa possessionis, & usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide. Quemadmodum, qui sciens alienam rem emit pro emptore possidet, licet usu non capiat.*

Ad §. Si sub conditione *emptio facta sit: pendente conditione, emptor usu non capit. Idemque est, & si putet conditionem extitisse, quæ nondum extitit: similis est enim ei, qui putat se emisse. Contra si extitit, & ignoret: potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum. Est tamen nonnulla diversitas: quod ibi, cum rem putat alienam, quæ sit venditoris, affectionem emptoris habeat: at cum nondum putat condemnationem extitisse, quasi* E *nondum putat sibi emisse: quod apertius quæri potest, si cum defunctus emisset, heredi ejus traditur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa sibi tradi: an usucapio cesset.*

Ad §. Sabinus: *si sic empta sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. Sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio: si conventio est magis resolvetur, quam implebitur.*

Ad §. Si in diem *addictio facta sit (id est, nisi si quis meliorem conditionem attulerit) perfectam esse emptionem, & fructus emptoris effici, & usucapionem procedere, Julianus putabat. Alii & hanc sub conditione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quæ sententia vera est.*

Ad §. Sed & illa *emptio pura est, ubi convenit: ut si displicuerit intra diem certum, inempta sit.*

Ad §. Cum Stichum *emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait, usu me eum non capturum: quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest. Sed si fundus emptus sit, & ampliores fines possessi sint: totum longo tempore capi: quoniam universitas ejus possideatur: non singulæ partes.*

Ad §. Ejus bona *emisti, apud quem mancipia erant deposita, Trebatius ait usu te non capturum: quia empta non sint.*

Ad §. Tutor *ex pupilli actione rem, quam ejus putabat esse, emit. Servius ait, posse eum usucapere. In cujus opinionem decursum est: eo quod deterior causa pupilli non sit, si propius habeat emptorem. Et si minoris emerit, tutelæ judicio tenebitur, ac si alii minoris addixisset. Idque & à Divo Trajano constitutum dicitur.*

B Ad §. Procuratorem *quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant, utilitatis causa pro emptore usucapturum. Idem potest dici, & si negotia domini gerens ignorantis, emerit propter eandem utilitatem.*

Ad §. Si servus *tuus peculiari nomine emat rem, quam scit alienam: licet tu ignores alienam esse, tamen usu non capies.*

Ad §. Celsus *scribit, si servus meus peculiari nomine adipiscatur possessionem, id etiam ignorantem me usucapere, quod si non peculiari nomine, non nisi scientem me, & si vitiose cœperit possidere, meam vitiosam esse possessionem.*

Ad §. Pomponius *quoque in his, quæ nomine domini possideantur, domini potius, quam servi voluntatem spectandam ait. Quod si peculiari, tunc mentem servi quærendam. Et si servus mala fide possideat, eamque dominus nactus sit, ut suo nomine possideat, adempto puta peculio, dicendum est, ut eadem causa sit possessionis: & ideo usucapio ei non magis pro-* C *cedat.*

Ad §. Si servus *bona fide emerit peculiari nomine, ego, ubi primum cognovi, sciam alienam: processuram usucapionem, Celsus ait. Initium enim possessionis sine vitio fuisse. Sed si ego ipso tempore, quo emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam: usu me non capturum.*

Ad §. Et si, *quod bona fide servus meus emerit, in pactionem libertatis mibi dederit: non ideo me magis usucapturum, durare enim primam causam possessionis idem Celsus ait.*

Ad §. Si à pupillo *emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem: dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re, quam in existimatione. Quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu: quia juris error nulli prodest.*

D Ad §. Si à furioso, *quem putem sanæ mentis, emero: constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio: & ideo neque de evictione actio nascitur mibi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.*

Ad §. Si eam rem, *quam pro emptore usucapiebas, scienti mibi alienam esse vendideris, non capiam usu.*

Ad §. Etiam *heredi ulteriori defuncti possessio proderit, quamvis medius heres possessionem ejus nactus non sit.*

Ad §. Si defunctus *bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse. Hoc & in bonorum possessione, & in fideicommissariis, quibus ex Trebelliano restituitur hereditas, cæterisque prætoriis successoribus observatum est.*

Ad §. Emptori *tempus venditoris ad usucapionem procedit.*

Ad §. Si rem *alienam emero, & cum usucaperem, eandem rem dominus à me petierit: non interpellari usucapionem meam litis contestatione. Sed si litis æstimationem sufferre maluerim: ait Julianus, causam possessionis mutari ei, qui litis æstimationem sustulerit. Idemque esset, si dominus ei, qui rem emisset à non domino, donasset. Eaque sententia vera est.*

Majorem partem libri 54. exposui ex iis legibus, quæ magna negotia faciunt: superest tantum lex secunda *pro emptore*, in qua ostenditur, quod & *l. pen. sup. tit. prox.* quam distet titulus, sive causa possessionis, & usucapionis pro emptore à cæteris possessionum causis, quæ originem ducunt ex stipulatione, vel ex testamento, vel ex aliis contractibus, aut quasi contractibus emptioni venditioni dissimilibus. In cæteris causis bona fides,

quod ad usucapionem attinet, exigitur initio solutionis tantum, vel quod idem est, initio traditionis, initio possessionis, initio usucapionis: nec exigitur etiam initio contractus, veluti initio stipulationis, aut initio testamenti, *l.44.§.& si possessioni, sup. tit. prox.* In causa autem emptionis venditionis non satis est, si bona fides interveniat traditionis tempore, sed & bonam fidem intervenire oportet contractus tempore: Unde si stipulanti tibi rem alienam, scienti rem alienam esse, promittam eam rem me daturum: non ideo minus eam rem à me tibi solutam usucapies pro soluto, licet, ut dixi, eam stipulatus fueris sciens alienam esse, si modo solutionis tempore putaveris eam rem meam esse, puta meam rem emisse à domino, quia solutionis duntaxat tempus, non stipulationis inspicitur: possessionis tempus, non contractus tempus. Denique tempus, à quo incipit usucapio, quæ certe non incipit ante possessionem, ante usum rei. At si de me sciens rem alienam emeris, eam non usucapies pro emptore, etiam si traditionis tempore putaveris, eam rem meam esse. Quia in hoc negotio non tantum traditionis, sed etiam emptionis tempus inspicitur, an emptor scil. bona fide emerit, & bona fide rem sibi traditam à venditore acceperit, *l. 7. §. ult. de Publ. in rem act.* Hinc vero fit, ut ex causa aliorum contractuum, si quid solvatur bona fide accipienti, id est, existimanti id sibi deberi ex ea causa, ex qua solvitur, ut id pro soluto usucapi possit, etiamsi revera non debeatur. Ex causa autem emptionis pro soluto, vel pro emptore, vel pro suo, ut usucapi non possit, quod traditur bona fide accipienti, id est, existimanti rem sibi deberi ex causa venditionis, nisi revera emerit, quod ex ea causa accepit, & possidet, *§. cum Stichum, & §. seq. inf. in h. l.* excepto uno casu, qui exstat in *l. 11. inf. h. t.* & à me plenius ad Africanum expositus est: nam illa l. 11. est Africani. Cur vero res non possunt usucapi pro emptore, etiamsi ex causa emptionis venditionis tradita sit bona fide accipienti, si revera empta non sit: Nempe quia, ut dictum est, cum in eo contractu exigamus, ut bona fide emerit, non possum videri emisse bona fide, nisi re vera emerit. Ergo omnimodo exigitur, ut emerit, hoc non est satis: Et ut emerit bona fide: Ac præterea, ut traditum ex causa venditionis bona fide acceperit. At videamus, cur etiam tempus emptionis exigimus, ut bonam fidem habeat, non etiam stipulationis tempus, vel alterius contractus, qui, & aliuscunque contractus sit, stipulationis nomine comprehenditur, quod soleat stipulatio subjici omnibus contractibus. Stipulatio est πανδέκτη, ut dicere soleo, omnium contractuum. Cur ergo emptionis tempus exigimus, ut bonam fidem habeat, nedum traditionis, nec etiam exigimus, ut & alterius contractus tempus bonam fidem habeat: Cur contenti sumus bona fide, quæ interveniat solutionis tempore? Vera est ratio, non ea, quam adfert Accurs. sed ea, quam affert, & demonstrat satis evidenter Jurisc. in *l. 15. §. ult. sup. tit. prox.* quam nescio quo ore, quave fronte rejicit Accurs. Quia improbum est, & furto proximum rem emere, aut vendere, quam scimus alienam esse, *l. 1. C. de com. rer. alien. l. 34. §. item si emptor, de cont. empt.* Concessum est tamen stipulari, & promittere rem, quam scimus, vel promissoris non esse, vel nostram non esse, quæ sunt verba *d. l. 15. §. ult.* quia scilicet in stipulatione id agimus, ut eam rem promissor redimat à domino, & mox transferat in stipulationem. In emptione autem id non agimus, ut venditor rem à domino redimat, sed eam ab eo quasi suam emimus, ut & ipse eam vendit quasi suam, & eo animo, ut à se mox traditione facta, dominium transeat in emptorem: alioquin non est emptio venditio, *l. pen. §. ult. de cont. empt.* Neque tamen tempore emptionis sufficit habere bonam fidem, ut Proculiani sensisse videntur: sed etiam ex Sabinianorum sententia traditionis initium exigimus, ut habeat bonam fidem, *l. 10. in prin. l. 43. sup. tit. prox.* Initium traditionis, & usucapionis, *l. 4. §. de illo, in fi. sup. tit. prox.* Alioquin vitiosa possessio esset, id est, malæ fidei: ergo inutilis ad usucapionem, quia ex possessione malæ fidei usucapio sequi non potest. Et ut ostenditur in *§. 1. h. l.* aliud est emere, aut pro emptore possidere, aliud usucapere pro emptore, quia pro emptore possidet etiam, qui mala fide emit. Et enim revera emit, qui mala fide emit, sciens alienam rem esse, non tamen usucapit pro emptore, *§. si eam rem, inf. in h. l.* Denique non quodcumque qualitercumque possideo pro emptore, vel quolibet alio titulo, id etiam eodem titulo usucapere possum. Usucapio jus est bonæ fidei possessoris, non malæ fidei possessoris jus, *l. in bello, §. si quis servum, de cap. & postlim.* His consequens est, quod habetur in *§. si sub conditione.*

AD *§. Si sub conditione.* Si emptio, & traditio conditionalis fuerit, antequam conditio exstiterit, non sequi non procedere usucapionem pro emptore, quia non est vera emptio, *l. necessario, §. 1. de per. & commod. rei vend. l. 4. de in diem addict.* Idemque esse si emptor conditionem venditionis extitisse putet, quæ non extiterit, quia similis est ei, qui putat se emisse, nec vere emit. Et ut ait initio hujus legis, ex quo hæc pendent, *nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se emisse, sed debet etiam reapse subesse causa emptionis.* Non satis est, ut putet quis se emisse: inde quæritur, re empta sub conditione, & tradita pendente conditione, an si postea conditio exstiterit, & emptor ignoret eam extitisse, atque ita perfectam emptionem esse, an procedat usucapio pro emptore ignoranti perfectam emptionem esse. Et Sabinus ait, usucapionem pro emptore, etiam ignoranti conditionem exstitisse, procedere inspecta scilicet re ipsa, & veritate potius, quam opinione emptoris: licet si à domino emerit, & acceperit, se emisse putans à non domino, putans rem alienam esse, proculdubio dominium rei acquirit, quia plus potest quod est in re, quam quod est in opinione, *l. pen. §. qui ignoraverit, de jur. & fact. ignor.* Quod & hic videtur Paulus adjecisse, quoniam subjicit non per omnia hunc casum superiori esse similem, quia ibi cum putat rem esse alienam, quæ est venditoris, cum putat se emere à non domino, qui emit à domino, adfectionem emptoris habet: omnino enim vult emere. Hic autem cum sub conditione facta emptione putat conditionem nondum exstitisse, quæ extitit, nondum adfectionem emptoris habet, quia non putat emptionem esse perfectam. In utroque tamen casu hæc diversitas nihil efficit: nempe in utroque casu plus valet substantia, τὸ ὂν, quam existimatio emptoris. Et addit tertium casum, in quo etiam plus valet substantia, id est, quod in re est, quam existimatio, si quod defunctus emit, nondum accepit, heredi ejus tradatur à venditore, existimanti ex stipulationis, non ex causa venditionis, non ex emptionis causa deberi, & tradi. Nam & hic substantia potius, quam existimatione heredis inspecta pro emptore usucapio sequitur. Et multo magis, si res defuncto emptori tradita fuerit, quam heres putet eum ex alia causa possidere, ut *l. nunquam 2. §. ult. sup. tit. prox.* Et hæc mens hoc loco, quamvis eam aperte non aperiat, Pauli fuisse videtur: hinc vero rapta occasione, quæritur in *§. Sabinus.*

AD *§. Sabinus.* De re empta l. commissoria, id est, ea l. ut si intra certum diem pretium non solvatur venditori, res sit inempta, res committatur venditori, ita ut eam auferre, vel abducere possit: quam rem, antequam pretium solvatur, Sabinus negat pro emptore usucapi posse, jam traditam scilicet emptori, quia existimat Sabinus conditionalem esse emptionem, ut jam definivi: quod sub conditione venit, pendente conditione pro emptore usucapi non posse. At Paulus putat, quamvis id scribat diffidenter, dum ait: *Sed videamus utrum conditio sit hæc, an conventio: si conventio est, magis resolvitur, quam implebitur:* Paulus, inquam, putat, puram, & perfectam esse emptionem, quæ fit sub lege commissoria, sed resolvi eam sub conditione, videlicet si pretium non solvatur intra constitutum diem, & ideo interim quidem procedere usucapionem pro emptore, & interim fructus perceptos adquiri, ut *l. 5. de leg. comm.* Verum pretio non soluto ad diem sub conditione resolvi, & interpellari, nec impleri jus usucapionis, & fructus refundendos esse venditori ab emptore, ut *l. 1. de leg. com.* denique mox statuit Paulus in *§. seq.* de re emptori addicta in diem, id est, ea l. ut si quis pretio adjecerit intra certum diem, res sit in-

inempta, res à priore emptore abeat, quia & emptionem A hac l. factam, verum est conditionalem non esse, sed puram, & sub conditione resolvi pretii adjectione facta ab alio, & ideo interim usucapionem pro emptore currere, & fructus similiter, atque accessiones omnes acquiri emptori, ut *l. 2. de in diem addict.* Ex qua tamen liquet, hoc Ulpianum non admisisse indistincte. Attigit Paulus hoc loco frequentiores leges, & conventiones, quæ apponi in venditionibus solent, veluti legem commissoriam, & addictionem in diem: nam & iis addit tertiam, si res veneat ea l. ut si emptori displicuerit intra certum tempus, res sit inempta, utque eam venditori redhibere possit. In qua & idem multo magis admittendum est, ut statim procedat usucapio pro emptore, quia ea lege factam emptionem constat inter omnes puram esse, atque perfectam: sed resolvi sub conditione, si intra diem condictum displicuerit, *l. 3. de cont.* B *empt. l. pen. C. de ædil. ed.* Sequitur *§. cum Stichum*.

AD *§. Cum Stichum.* Cujus etiam definitio pendet ex propositione, quam Paulus posuit initio hujus legis. Pro emptore possidere, & usucapere eum, qui revera emit: non etiam eum, qui non emit, licet ex causa emptionis rem traditam acceperit. Ex ea enim propositione efficitur, quod ostenditur in *§. cum Stichum*, eum, qui emit Stichum, si per errorem Damam sibi traditum acceperit, exempli causa, Damam non usucapere pro emptore, quia Damam revera non emit, sed Stichum. Et quod eleganter subjicit, aliam esse rationem fundi empti venditi, qui si finibus amplior tradatur, quam sit, pro emptore totus usucapi potest: quia non partes fundi singulæ possidentur, sed universitas fundi: *universitas*, Basil. *ὁλότης*, sive totus fundus. Cui sententiæ nihil obstat *l. 4. h. t.* quæ C ait: Emptorem fundi, qui scit certam fundi partem esse alienam, eam partem non usucapere, cæteras usucapere, quas putat esse venditoris: eum vero, qui incertam partem fundi scit esse alienam, nihil usucapere. Cur non ait, eum universitatem usucapere, & eum universitate partem alienam, sive certam, sive incertam? Nihil est facilius. Ibi emptor scivit partem alienam esse: hic ignoravit, emit universitatem fundi, quem totum, ut tradebatur, existimabat esse venditoris, & ideo ei tanquam bonæ fidei possessori totius fundi, ut finibus demonstratus est, totus fundus usucapi potest.

AD *§. Ejus bona.* Pendet etiam ex eodem principio, quod est in hoc §. Emisti hereditatem, aut bona ejus, apud quem servi quidam depositi erant: hos servos non usucapies pro emptore, vel pro suo, quia eos non emisti, neque D enim hi fuerunt in bonis, sed ex bonis, secundum distinctionem *l. 2. §. in hac, vi bon. rapt.* non fuerunt in bonis venditoris, sed in bonis alterius, & periculo venditoris, ut *l. 18. in princ. de dam. inf. & l. hæc non tantum, de pet. hered.*

AD *§. Tutor. & §. seq.* Sciendum est, tutorem rem pupilli, quæ scilicet emi vendi potest, à seipso emere non posse, neque enim posse, & emptoris, & venditoris partib. fungi, *l. si in emptione 34. §. ult. de contrah. empt. l. 5. §. item ipse tutor, de auct. tut.* Contutore auctore, curatore distrahente, ab eo rem pupilli emere posse, *d. §. item ipse tut.* Itemque palam, & bona fide rem pupilli emere posse, *l. 5. C. de cont. empt.* veluti ex auctione publica rerum pupillarium, auctione hastæ, ut in hoc §. proponitur: etiamsi ipse tutor auctionem proponat, vel faciat: nemo prohibetur ex auctione, E quam facit nomine alieno, sibi emere: nam & eodem modo Comes rerum privatarum Principis, & Palatinus, & patronus fisci, non possunt emere rem fiscalem, nisi ex auctione publica, quam, vel ipsi faciunt, *l. ult. C. de res. vend. l. ult.* quæ est Græca à nobis restituta, *C. de fide, & jure hastæ fisc. lib. 10.* Aliter vero si tutor rem pupilli emerit, & pro tradita habuerit, non potest eam usucapere pro emptore, ut in hoc §. traditur: quia initium possessionis vitiosum est. Sed si ex auctione rem pupilli emerit, eam usucapere potest pro emptore, quod necessario accipiendum est de re aliena à pupillo bona fide possessa, & ut illa verba indicant: *Rem, quam pupilli putabat esse.* Rem enim pupilli propriam si tutor ex au-

ctione emat, statim dominium ejus acquirit, nec usucapioni locus fuerit: nemo usucapit rem suam. Ratio autem cur tutor ex auctione rem pupilli emere possit, hæc redditur in hoc §. Quia deterior pupilli conditio non fit. Imo melior fit, si propius habeat emptorem, nec sit ei necesse diutius expectare, aut longius quærere emptorem rei pupillaris. Melior fit conditio pupilli, si domi paratum habeat rei suæ emptorem: si tutor, qui auctionem facit rerum pupillarium, ipsemet paratus sit eas res, vel quasdam ex iis emere suo pretio. Verum hoc exigimus, ut bona fide emat, *d. §. item ipse tut. & d. l. 5. C. de cont. empt.* Nam si ex auctione dolo malo tutor minoris emerit rem pupilli, eo nomine perinde tenetur judicio tutelæ, atque si rem pupilli alii dolo malo minoris addixisset, ex constitutione Trajani: addicere est verbum proprium auctionum publicarum, ei enim, qui pluris licitus est, res addicitur, id est, penes eum collocatur, ut in §. sequenti dicitur. Idem ostenditur servari in procuratore, qui ex mandatu domini auctionem facit rerum ad eum pertinentium: nam & hic ex eadem auctione sibi rem emere potest, & usucapere, quam ejus esse putabat, cum esset aliena. Usucapere pro emptore, *quod*, ut ait, *utilitatis ratio exposcit*, nempe (quam non explicat) quia eo modo, ut dictum est *§. sup. riori*, melior fit, non deterior domini conditio, si propius habeat emptorem: si ipsemet procurator pluribus licentibus liceatur & ipse, & tandem emat sibi. Quæ ratio etiam efficit, ut procurator voluntarius, id est, qui sine mandato absentis, & ignorantis negotia gerit, ex auctione rerum ejus, quam facit in rem, & utilitatem ejus, cum forte expedit res ejus quasdam distrahi potius, quam servari, quia tempore, & mora perituræ, deteriores futuræ erant, si sibi aliquid ex ea auctione emerit, id usucapere possit pro emptore. Si inquit, *negotia domini gerens ignorantis*. Recte, *ignorantis*: nam huic loco est applicandum quod ex hoc libro relatum est in *l. ignorantis 49. de procur. Ignorantis domini per procuratorem conditionem deteriorem fieri non debere.* Et hoc casu scil. ut dixi in *§. tutor*, non fieri deteriorem domini conditionem, si proximum, non longe petitum emptorem habeat, id est, si ipsemet, qui accedit ad negotia ejus, emat publice proposita auctione, & ipso pluris licente rem, vel res venum expositas. Denique hic locus est de procuratore, qui ignorantis negotia dum gerit, auctionatur quædam ejus bona, quæ vendi maxime expedit. Superior locus est de eo, qui mandantis, & scientis res hastæ subjicit, quod olim male acceperam. Et ex his omnibus locis, quod elicitur, valde notandum est, eum, qui alieno nomine facit auctionem, ex ea sibi emere posse. Confundi autem cum his locis non debet *lex atquin 19. §. cum me, de neg. gest.* quam adducit Acc. quia non loquitur de negotiorum gestore, sive procuratore voluntario, qui ex auctione, quam facit nomine alieno, sibi emit rem, quam ejus putabat esse, quam hic locus ostendit eum posse usucapere pro emptore: sed loquitur *§. cum me*, de negotiorum gestore, qui rem domini ignorans bona fide emit à non domino, quam etiam pro emptore usucapere potest, nec eam domino restituere tenetur actione negot. gest. nisi ante impletam usucapionem, antequam impleta sit usucapio, cognoverit rem domini esse. Quæ est sententia *§. cum me*.

AD *§. Si servus tuus, & quatuor sequentes.* Ex hoc §. & aliquot sequentibus, *§. Celsus, §. Pomponius, §. si servus meus, & §. & si quod, usque ad §. si à pupillo*, intelligimus in emptionibus à servo factis, cujus mens, cujus voluntas, fides, scientia spectanda sit. Quæ quæstio etiam locum habet in patre, & filiofam. & quæcunque de ea dicentur de domino, & servo, eadem obtinent in patre, & filio. Explicatum autem hæc quæstio perquam difficilem habet, nisi quæ ad eam pertinent, ordine certo distinguantur. Illud autem in primis constituendum est, quod & proponitur in *§. Celsus*, multum interesse, servus peculiari nomine rem alienam emerit, an non peculiari nomine, sive nomine domini. Nam si peculiari nomine, si ex peculii causa emerit, dominus etiam ignorans eam rem emptam esse, eam rem pro emptore usucapit. Quod jure singulari receptum est in rebus peculiaribus, ut ignoranti do-

mino procedat usucapio ; *l. peregre*, *§. quæsitum*, *sup. de acquir. poss. l.* 47. *sup. tit. prox.* Si enim nomine domini rem servus emerit, non ante, aut non aliter usucapio domino procedit, quam cognoverit, & sciverit rem emptam esse, *l. justo*, *§. ult. sup. tit. prox.* Denique scienti tantum rem à suis possideri, usucapio procedit, non ignoranti, nisi possideat ex causa peculiari. Est & alia differentia, quia in his, quæ servus possidet peculiari nomine, sive, quod idem est, suo nomine, servi potius, quam domini mens spectanda est, quia in peculio sustinet vicem domini. In his autem, quæ servus nomine domini emerit, domini potius, quam servi mens intuenda est, ut ait *§. Pomponius*. Quod ita declarat, si servus peculiari nomine emit, aut emit, & accepit bona fide, ignorans rem alienam esse, aut mala fide, sciens rem alienam esse. Si bona fide quidem dominus non usucapit, si eo tempore, quo servus bona fide emit, sciverit rem esse alienam, quia scientia domini vitiosum initium possessionis facit. Sed si tunc ignoraverit, propter bonam fidem servi usucapiet, licet postea resciverit rem esse alienam, quia bona fides servi, cum emptio facta est peculiari nomine, potius inspicitur: bona fides, quæ fuit in servo initio adeptæ possessionis. Et hoc proponitur in *§. si servus bona fide*. Sin autem servus mala fide emerit peculiari nomine, sciens rem alienam esse, dominus rem emptam non usucapit, licet ignoraverit alienam esse, quia intuenda potius est mala fides, quæ fuit in servo initio adeptæ possessionis: Et hæc est sententia *§. si servus tuus*. Vitiosa servi possessio domino nocet quominus usucapere possit rem à servo peculiari nomine emptam mala fide. Nam & quod servus vitiose possidet, id est, mala fide ex causa peculiari, dominus quantumvis licet ignorans, vitiose possidere intelligitur; summum vitium possessionis est mala fides, vitium ex persona. Et hoc quidem vitium possessionis, quam servus mala fide nactus est peculiari nomine non purgatur, non amovetur, licet postea rem dominus suo nomine possidere incipiat, veluti adempto peculio, & sibi suo nomine possesso, quod ostenditur in *§. Pomponius*, vel etiam re empta à servo domino tradita, pro sua libertate, pro suo capite, sive ob pactionem suæ libertatis. Quod exemplum proponitur in *§. & si quod non bona fide*. Nam & si postea dominus, qui ignorat rem alienam esse, eam rem suo nomine possidere cœperit, durat prima possessionis causa, quæ vitiosa fuit, quia eam servus nactus est mala fide. Prima possessio, id est, initium possessionis semper spectandum est, vitio careat, nec ne. Et de re quidem empta peculiari nomine, quæ dixi. De re autem empta nomine domini, quæ dicam. Si servus nomine domini rem emerit bona fide, dominus eam rem non usucapiet, si tunc sciverit rem alienam esse, quam servum emere sciebat, vel etiam si postea ubi primum scivit rem emptam à servo, ex quo demum tempore usucapio procederet ignoranti rem alienam esse, postea resciverit rem alienam esse, quia, ut dictum est ante, in iis, quæ possidentur nomine domini, domini potius, quam servi scientia spectatur, *§. Pomponius*. Quod si servus mala fide emerit, dominus etiam non usucapiet, ubi cognoverit rem emptam, licet ignoraverit alienam esse. Verum enim est indistincte, quod ex Celso ait *§. Celsus*, si servus vitiose cœperit possidere, domini vitiosam possessionem esse. Et in summa, quod de patre dicitur in *l. heres*, *§. ult. sup. tit. prox.* non tantum propter scientiam filii scientis alienam rem esse, quam non peculiari nomine emit, patrem non usucapturum, sed etiam propter scientiam suam, id est, si sciat pater rem alienam esse, quam filius non peculiari nomine emit, patrem non usucapturum. Idem de domino dici potest, dominum non usucapturum quod servus non peculiari nomine emit, propter suam scientiam, vel propter servi scientiam. Et hinc apparet discrimen possessionis, quam servus, vel filius adipiscitur peculiari nomine, & possessionis, quam adipiscitur non peculiari nomine. Nam ut sup. ostendi, possessione peculiari nomine quæsita, domino quidem scientia servi nocet, ne usucapiat, sed non etiam scientia sua, si rem, quam servus peculiari nomine emit, postea dominus resciverit esse alienam: si modo eam rem servus ignorans bona fide emerit. Et ita sunt distinguendi §§. qui sunt in hac lege, hac de re. Itaque explicanda est hæc omnis quæstio.

AD *§. Si à pupillo*, *& §. Si à furioso*. Hic §. conjunctusque ei *§. si à furioso*, accipiendus est de re aliena à pupillo, vel à furioso bona fide possessa, ut coarguunt, & convincunt ea omnino, quæ in extremo traduntur de actione Publiciana, quæ pertinet tantum ad res alienas bona fide possessas, & quæ de actione ex testamento, quæ competit evictionis nomine emptori re evicta à domino, cum scilicet rem ejus, qui evicit, emit à non domino, atque etiam ea quidem coarguunt, quæ notat in fine hujus quæstionis de accessione possessionis, id est, ad usucapionem perficiendam de conjungendo tempore, quo venditor rei alienæ possedit, cum tempore, quo possedit bonæ fidei emptor. Constat autem rem alienam à pupillo bona fide possessam posse usucapi ex *§. tutor*, *sup. in h. l.* Utique sine dubio si res mobilis fuerit: nam & res mobilis pupilli propria usucapi potest secundum distinctionem Irnerii, non immobilis, quam probavimus supra in *l.* 4. *§. si pupilli*, *tit. prox.* Sed & prædium rusticum, vel suburbanum à pupillo bona fide possessum, quæ res est immobilis, si venierit bonæ fidei emptori, pro emptore usucapi potest, quia etsi venditio, & traditio non valeat, etiam si fiat tutore auctore absque decreto prætoris, *l. magis*, *§. 1. de reb. eor. qui sub tut. sunt*, & multo minus si fiat sine tutoris auctoritate, quia nec possessionem quidem pupillus civilem, aut naturalem sine tutoris auctoritate alienare, vel amittere potest, *l. pupillus*, *de acquir. rer. dom. l. possessionem*, *de acquir. poss.* tamen ejus rei usucapio procedit bonæ fidei emptori, si justus sit error facti, quo ductus ad emptionem accessit, ut in hac specie, quæ proponitur in hoc *§. si à pupillo*. A pupillo rem emi, & mihi traditam accepi sine tutoris auctoritate, cum existimarem eum esse puberem, forte ipso fingente se puberem esse, aut speciem, & conspectum habente puberis, omniumque opinione existimato pubere, quæ justissima est erroris causa: putavi igitur me jure rem emere. Nam pubes rei suæ, si curatorem non habeat, cui etiam non datur invito, administrationem, & alienationem habet, *l.* 3. *C. de in integ. restit.* Ac ne decreto quidem prætoris opus fuit in alienatione prædii urbani, sed prædii rustici tantum, vel suburbani ante Constantinum .i. ante *legem* 22. *C. de admin. tut.* Denique putavi me jure rem emere, quia venditorem existimavi esse puberem, atque adeo jus alienandæ rei habere. At revera nulla emptio, nulla traditio, nulla translatio possessionis, in quo laborat valde Accursius: nec ideo tamen nulla ejus rei usucapio est, quia eam rem emi justo errore ductus, & utilitatis ratio exigit, ut nulli justus error damnum adferat. Justus itaque error facit, ut emptio, & traditio nulla erranti, & possessionis, & usucapionis occasionem præbeat, propter illam utilitatem, quæ ut ait Horatius:

Justi prope mater, & æqui.

Idemque dicam de pubere minore 25. annis, *l.* 7. *§. si à minore*, *de Pub. in rem act.* Qui & si rem alienam, quam possidet bona fide, cum haberet curatorem, sine curatoris auctoritate vendiderit, & tradiderit, licet venditio non valeat, *d. l.* 3. *C. de in integ. rest.* tamen si eam bonæ fidei emptori vendiderit ignoranti eum minorem esse, & tradiderit, ab emptore usucapi, & ante impletam usucapionem, si forte ejus rei possessionem amiserit, vindicari potest actione Publiciana, quæ de his rebus tantum competit, quæ usucapi possunt, *d. §. si à minore*. Nec igitur semper, ubi nulla alienatio est, nulla emptio, venditio, nulla traditio, & nulla quoque usucapio est. Nam & si à furioso, ut Paulus subjicit, quem certum est rerum suarum administrationem & alienationem non habere, rem alienam, quam furiosus bona fide nactus fuerat ante furorem, ego bona fide emero, & accepero, cum existimarem eum compotem suæ mentis esse, eo quod forte in conspectu inumbratæ quietis esset constitutus, atque ita sanus videretur, ut *l. quod meo*, *§. furioso*, *sup. tit. prox.* quamvis nulla sit emptio mero jure, mera subtilitate, ut Paulus ait, constat tamen inter omnes juris

juris auctores, rem ab eo emptam me usucapere posse, ut *l. t 3. §. 1. sup. tit. prox.* Utilitatis ratio, inquam, ne cuiquam justus error noceat, facit, ne sit ei fraudi obscura, & inumbrata quies venditoris. Quem enim non decipiat falsa sanitatis species: plerisque languet mens, nec languere tamen videtur, ut in hoc proposito, furor est languor animi, ut *l. justo, §. pen. sup. t. prox.* Et hæc vero utilitatis ratio, gerendorumque negotiorum promiscuus usus efficit etiam, quod aute dictum est, ut qui à pupillo rem emit sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putat, quamvis nulla sit emptio, tamen quia jure existimat se emere, ductus justa erroris causa, & eapse emit: ut pro emptore usucapere possit, utroque casu, in pupillo scilicet, & furioso, inspecta existimatione potius, & opinione emptoris, qui putat se contrahere cum pubere, & sano, quam substantia veritatis, ut hic inquit: *Plus fit in existimatione, quam in re.* Sic enim restituenda sunt verba, quæ manifesto trajecta erant in hunc modum, *ut hic plus sit in re, quam in existimatione*. Quinimo hic, id est, in hac specie, *Plus est in existimatione, quam in re:* si existimationem emptoris spectes, jure emit: si rem, non jure: & tamen procedit usucapio pro emptore, quia plus valet quod est in opinione, quam quod est in re. Unde & utroque casu emptori amissa possessione, nondum usucapione impleta, actio Publiciana competit, ut nominatim de eo, qui à furioso emit, cum ignoraret eum furere, proditum est in *l. 7. §. Marcell. de Pub. in rem act.* eum usucapere posse, & consequenter habere Publicianam, & per hanc eandem quoque consequentiam emptori re evicta, de evictione actionem nasci: ac si jure valeret emptio, quæ summo jure nulla est, quod evenit etiam in specie *l. minor, §. pater, de evict.* Et similiter actionem possessionis ex persona pupilli vel furiosi locum habere. Verum hæc omnia negantur, quamvis sint verissima in fine hujus §. his verbis: *Et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis:* sed ut jam pridem ostendi, si ut oportet hæc legantur uno ductu, & connectantur cum superioribus hoc modo, *quamvis nulla esset emptio, & ideo neque mihi de evictione actio nascitur, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.* Hæc, inquam, si ita ductim legantur, sensus erit idoneus & congruentissimus, nempe hic, quamvis mero, & stricto jure nulla sit emptio, nec ideo de evictione actio nascatur emptori, nec competat Publiciana, nec accessio possessionis, stricto jure scilicet, tamen utilitatis causa, quod à priori sententia repetendum est, constitit, emptorem usucapere posse, & de evictione ei actionem nasci, & Publicianam competere, & accessionem possessionis, ex persona furiosi. Atque ita nihil repugnat *§. Marcellus*, qui utilitatis rationem spectat, non summum jus, qui id, quod constabat receptumque erat, spectat, non jus scriptum. Non est omittendum, quod proponitur in hoc *§. si à pupillo*, eum, qui à pupillo emit sine tutoris auctoritate, sciens, eum esse pupillum, non usucapere, imo nec longo tempore rem acquirere, *l. ult. C. pro empt. l. 3. C. de auct. præst.* Scientem igitur non usucapere, etiamsi, ut ait, erraverit in jure, existimans pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, quia facti quidem error ad usucapionem prodest, verum juris error nulli ad usucapionem prodest, *l. 31. in prin. l. 34. §. 1. sup. tit. prox. l. 4. de jur. & fact. ignor.* Et ita hæc quæstio est explicanda. Quæ sequuntur in hac l. usque ad §. ultim. in quo consistemus, sunt de accessione possessionis, id est, de conjungendis temporibus inter emptorem, & venditorem, temporibus, quibus possedit emptor, possidetque venditoe, & ex conjunctione temporum perficienda usucapio, quæ tempora etiam conjungi constat ex *§. emptori* in hac l. qui præponi debuit *§. eam rem.* (†) Emptori tempus venditoris, id est, tempus, quo venditor possedit rem venditam, ad usucapionem procedere. Quod probat etiam *l. 14. sup. tit. prox. & l. Pomponius, §. postea, de acquir. possess. & l. duob. inf. de div. temp.* Id vero ita procedit, si & venditor, & emptoe bona fide nacti sint possessionem, utraque possessio conjungitur, & explet perficitque emptionem: nam ut ait in hoc *§. si eam rem. Si rem, quam pro emptore usucapiebas, scienti mihi alienam esse vendideris, eam non usucapiam.* Possessio justa venditoris, vitiosæ possessioni emptoris non accedit, nec contra vitiosa possessio venditoris accedit justæ possessioni emptoris, sed usucapio demum incipit à possessione emptoris, quæ bonæ fidei est. Et in hac re differentia est inter heredem, & emptorem, id est, inter successorem rei, & successorem juris universi: nam justa, id est, bonæ fidei possessio defuncti, accedit vitiosæ possessioni heredis non proximi tantum, sed etiam ulterioris, etiamsi proximus heres medio tempore non possederit, dummodo nec alius extraneus interim possessionem nactus fuerit, eique heredi possessio defuncti prodest ad usucapionem: quamvis ipse heres sciat rem alienam esse, de cujus usucapione agitur: & contra quoque vitiosa possessio defuncti, heredi etiam ignoranti nocet. Quod obtinere etiam ait Paulus in *§. si defunctus*, in bonorum possessore: nam & hic loco heredis est, & successoris juris universi: Et in fideicommissario Trebelliano, qui & ipse effectu quodammodo heres est, *l. 5. §. ult. quod cum eo, qui in aliena, &c. Et in cæteris*, inquit, *prætoriis successoribus*, quod nescimus explicare. Cedo exemplum, veluti in bonorum emptore, qui & prætorius successor à Theophilo dicitur in *tit. de succ. sub. quæ fieb.* Et in eo, cui libertatum conservandarum causa defuncti bona addicta sunt, qui & bonæ fidei possessori comparatur. Ergo successor prætorius est, sicut bonorum possessor, *l. 4. §. is autem, & §. ult. de fideic. libert.* Et in eo, qui omissa causa testamenti, in quo heres scriptus est, ab intestato possidet hereditatem, qui jure prætorio ex testamento videtur esse heres, *l. duo heredes, si quis omiss. caus. testam.* Et in herede scripto sub conditione jurisjurandi, cui eam conditionem prætor remittit, nam & hic prætorius est potius, quam legitimus successor, *l. 1. §. ad eos, ad l. Falc.* Hi vero sunt cæteri prætorii successores, & ii quidem omnes vice defuncti funguntur, id est, eadem persona cum defuncto esse intelliguntur, *l. 22. sup. tit. prox. l. ult. C. de impub. & al. subst.* Defuncto autem si viveret, cœpta usucapione bona fide, mala fides superveniens non noceret, & adepta possessione mala fide, etiam bona fides superveniens ei non prodesset ad usucapionem. Ergo nec heredi, vel cuicumque successori universi juris, qui idem homo esse fingitur, mala fides usucapioni obstat, si defunctus bona fide possedit, nec heredis etiam bona fides ad usucapionem ei prodest, si defunctus mala fide possederit. Heres est successor universi juris, id est, commodi & incommodi: actionis passivæ & activæ: bonæ fidei & malæ fidei defuncti.

AD *§. ultim.* In hoc §. ostenditur, jure cœptam usucapionem litis contestatione non interrumpi, ut puta si rem alienam à non domino bona fide emero, quæ nec furtiva sit, nec vi possessa, & cum eam usucaperem, dominus eandem rem à me petierit, edita & in judicium deducta actione in rem, usucapionem meam litis contestatione non interrumpi. Quinimo, post litem contestatam suspensa cognitione usucapionem ad effectum, & produci, & adimpleri. Usurpatione quidem usucapio interrumpitur, puta si possessio ejus abierit à me, & ad dominum, vel ad extraneum pervenerit, cum nondum implevissem usucapionem, quoniam usucapio desiderat continuam possessionem nec intervallatam. Itaque abruptio possessionis, & abruptio usucapionis est, sive, ut loquuntur, abruptio temporis, τομὴ ϗ ἀνακοπὴ τοῦ χρόνου. At litis contestatione, manente possessione apud me, usucapio non interrumpitur. Quod etiam ostenditur in *l. si post acceptam, de rei vind. & l. 2. inf. pro donato, & l. Jul. §. quantum, ad exhib.* Nam & si post litem contestatam incipiam malæ fidei possessor esse, quia cognosco rem alienam esse, aut non deesse hominem, qui ejus rei dominum se esse adserat, *l. sed & si lege, §. si ante, de petit. hered.* tamen sufficit initium possessionis, & usucapionis justum, & sine vitio fuisse, nec mala fides superveniens interrumpere usucapionem legitimam potest, ex 12. tab. ac ne Justinianeam quidem, quæ prolixius tempus habet, quam legiti-

(†) *Vide Merill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. 45.*

gitima, quæ tamen hodie succeffit in locum legitimæ. Si A
mala fides, vel fcientia rei alienæ interveniens non intersumpit ufucapionem: ergo nec litis conteftatio, quæ hanc fcientiam parit. Et hoc confirmatur etiam *l.bonæ fid. de acquir. rer. dom. & l.4. §.de illo, in fine, tit. prox. fup. & constitutione Juftiniani de ufuc. transf.* Verum fi dominus, qui cum rem ejus ufucaperem, mecum egit actione in rem, me condemnavit, etiamfi ufucapionem lite pendente compleverim, proculdubio rem, qoa de agitur, quamque medio tempore ufucepi, actori, qui caufam tenuit reftitnere cogor, ne mora judicii actori quicquam noceat, *dict.l.fi poft acceptum*, cujus fententiam Theophilus expofuit in *tit. de divif. ftipulat. l.ficut, §.fed fi quæratur, fi ferv. vind.* Atque ita poft litem conteftatam fecuta condemnatione poffefforis, ufucapio io præteritum æftimatur, non in futurum. Qnod
obtinet etiam in præfcriptione longi temporis, triginta, aut B
quadraginta annorum, quibus actiones perfonales, aut reales excluduntur: quæ tameo præfcriptio hoc amplius habet, ut & ab initio interrumpatur litis conteftatione, vel qua alia interpellatione, & controverfia mota, etiamfi ea lis, vel controverfia omiffa, nec peracta, nec condemnatio fequuta fuerit, *l.s.C.de præfcr.long.temp.* Quod ufucapio non habet, quæ ipfo jure currit, fi jure cœpesit, nec nifi ufurpatione, five intermiffione poffeffionis interpellatur, intermiffione bonæ fidei non interpellator. At quid fiet fi rem alienam bona fide emero, & poffedero, nec dum ufucapionem implevero, & dominus à me eandem rem petat, & maluero domino litis, five rei æftimationem præftare, quam interim pendente lite jus ufucapionis exequi, id eft, ufucapionem implere. An bac via uti poffum, ut rei dominiom obtineam
omiffa ufucapione? Quod non videtur. Quia nemo poteft fi- C
bi ipfi mutare caufam poffeffionis, quæ eft certiffima juris regula, *l.3.§.illud, l.qui bona, §.ult.de acquir.poffeff.l.5.C.eod.tit. l.non folum, §.quod vulgo, fup. tit.prox.l.2.§.1.tit.feq.l.s.§.ult. pro donato*. Et litis æftimationem fufferendo, litis æftimationem præftando petitori, proculdubio mutatur caufa poffeffionis, quia nunc pofsidere incipio, tanqnam dominio rei mihi quæfito, non jure civili per ufucapionem, fed jure gentium per traditionem à domino factam, quafi ex emptionis caufa, nam ut fubjicitur in *l.3.* quæ fequitur, litis æftimatio fimilis eft emptioni. Qui rei, quæ à fe petitur, domino æftimationem præftat, atque ita judicio liberatur, eam rem à domino emere videtur. Hoc enim eft quod dicitur, litis, five rei æftimationem fimilem effe emptioni, ut *l.1.hoc tit. l.fi propter, rer.amot.* adde & traditioni, & em-
ptioni, *l.5. §.1.commod.* Et mutatur quidem caufa poffef- D
fionis, fi reus fufferat, & inferat litis æftimationem, fed non ipfe fibi folus eam mutat, quia nec poteft fibi quifquam folus quam volet efficere pofsefsionis caufam, fed domini voluntate pofsefsionis caufa mutatur: confenfu domini, novo jure pofsidere incipit, qni accepta æftimatione efficit, nt deinceps eam rem, qua de lis erat, pofsideat pro emptore, ut *l.4. §. tunc in poteftate, fup. tit.prox.* Quod evenit etiam, ut proponitur in hoc §.fi rem, qnam quis bona fide emerat à non domino, dominus ei donaverit: quod enim pofsidebat pro emptore, & ufucapiebas, nunc incipit facto, & voluntate domini, non facto fuo, & jure fuo pofsidere pro donato, ut nec ufucapere id pofsit, vel debeat, quia dominus factus eft: nemo rem fuam ufucapit.

E

Ad L.I. Pro donato. *Pro donato is ufucapit, cui donationis caufa res tradita eft, nec fufficit opinari, fed & donatum effe oportet.*

Ad §. Si pater *filio, quem in poteftate habet, donet, deinde decedat: filius pro donato non capiet ufu, quoniam nulla donatio fuit.*

Ad §.Si inter virum, *& uxorem donatio facta fit, cefsat ufucapio. Item fi vir uxori rem donaverit, & divortium intercefserit, cefsare ufucapionem, Caffius refpondit. Quoniam non poffit caufam pofseffionis fibi ipfa mutare. Alias ait, poft divortium ita ufucapturam, fi eam maritus concefserit, quafi nunc donafse intelligatur. Poffidere autem uxorem rem à viro donatam, Julianus putat.*

IN principio ait, *Pro donato is ufucapit, cui donationis caufa res donata eft, nec fufficit, &c.* An hæc eft mens Pauli, idem fervari in donatione, quod in emptione videamus: puta ut ficut, quod revera emptum non eft, nifi juftus error interveniat, femper enim juftus error excipitur, qui pro tit. eft, etiam fi abfit titulus, qnod cumulatifsime docuit *§.fi à pupillo*, ut, inquam, ficut quod revera emptum non eft, nifi juftus error interveniat, pro emptore ufucapi non poteft, ut & pluribus verbis, & exemplis eft demonftratum in *l.2.in principio, & l.cum Stichum, pro empt.* ita quod donatum revera non eft, fi donationis caufa nulla fubfit, pro donato ufucapi non poffit: An hic eft fenfus horum verborum? minime. Nam id tantum in emptionis titulo obfervatur, ut verum titulum emptionis procedere oporteat, non in cæteris titulis, five caufis poffeffionum.
B Verum Pauli mens eft: *pro donato ufucapi rem alienam*, quæ tanquam debita ex donationis caufa tradita eft à non domino bona fide accipienti, licet re vera nulla donatio, nullave ftipulatio donationis caufa interpofita intercefferit: non etiam rem, quam quis falfo opinatur fibi donatam effe, fi tradita ei etiam ex caufa donationis non fit, hoc eft uno verbo: *Errorem falfæ caufæ non parere ufucapionem*, nifi etiam ex ea caufa traditio fecuta fuerit, quæ errorem illum continuaverit, corroboraveritve, *l.3. & 4. §.ult. pro fuo, l.Proculus, de jure dot.* His confequens eft, quod fequitur in §.1.hujus legis.

AD §.*Si pater.* Si pater filiofam. rem donaverit, & mox vita decefferit, ea donatio neque valet ab ioitio, neque morte patris confirmatur, hoc jure fcil. quod obtinuit ante
C Juftinianum, id eft, ante *l.donationes 25. C.de donat. inter vir. & ux.* Donatio igitur nulla eft. Et ideo pro donato ufucapio non procedit, quia filius errat in caufa poffeffionis, donationem fubeffe exiftimans, quæ nulla fubeft, quæve pro infecta eft, & nulla quoque à patre poffeffio civilis, licet rem donatam filiofam. tradiderit, in filium translata fuiffe intelligitur, five quia ufucapio non procedit, fine poffeffione fcilicet civili, quæ animo domini poffidetor, fed naturalis tantum translata intelligitur, *l.2.§.ult. fup.tit. prox.* Additur fimile exemplum in *l.fi inter, de donat. int. vir. & ux.* quæ ab initio non valet, fed morte quidem donatoris confirmatur, ex oratione Severi, de qua in *l.hic ftatus, de don at. int.vir. & uxor.* At divortio etiam non confirmatur: facta poft divortium donatio valet, facta conftante matrimonio non valet, nec divortio confirma-
D tur. Unde fi vir uxori donaverit rem, etiamfi poftea divortium intercefferit, ceffat ufucapio pro donato, quia nulla donatio fuit. Et ipfa fibi mulier mutare caufam poffeffionis non poteft, & juftam efficere eam, quæ vitiofa eft per fe fola, fed mutabitur tamen caufa poffeffionis, fi poft divortium dominus ratam donationem habuerit. At tunc mulier incipiet civiliter poffidere pro donato. Ante ratihabitionem poffidere quidem pro donato uxorem Julianus ait, ut hic refertur. Poffidere fcilicet naturaliter, ut *l.s. §.dejicitur, de vi, & vi arm. l.s.§.fi vir, de adquir.poff.* Sed non etiam ufucapere, quia poffeffio naturalis fola non parit ufucapionem: rem ufucapere, inquam, propriam mariti, quam maritus ei donavit. Sed fi forte maritus ei donaverit imprudens rem alienam, verum eft hanc rem ufucapi poffe, *l.3. b.s. l.fed & fi conftante, de donat.int.vir. & uxor.*

Ad L.II. Pro derelicto. *Pro derelicto rem à domino habitam, fi fciamus, poffumus adquirere.*

Ad §.Sed Proculus *non definere eam rem domini effe, nifi ab alio poffeffa fuerit, Julianus definere quidem omittentis effe, non fieri autem alterius, nifi poffeffa fuerit. Et recte.*

A Titulo pro donato, transfeamus ad tit. pro derelicto; qui & titulo pro donato reipfa, non ferie tantum titulorum, proximus eft, quia, qui rem derelinquit, eam genere quodam primo occupanti donat, *l.quod fervus, de ftipulat. ferv.* Porro rem alienam à bonæfid. poffeffore habitam pro derelicto is, qui eam occupavit, titulo pro de-

relicto

relicto usucapere potest: derelictam autem à domino non usucapit, sed ejus statim jure gentium, si eam occupavit, dominus efficitur: dominus autem rei dominio cadit statim, atque eam dereliquit, ex sententia Sabini, quæ obtinuit: vel, ut ait Paulus in hac l.2. ex Juliano, qui & Sabinianus fuit. Quæ sententia etiam confirmatur *l.falsus 34.§.qui alienum, de furtis*. Ergo dominus statim atque rem suam pro derelicto habuit, ejus rei dominium amittit, etiamsi nondum quisquam eam rem occupaverit: interim igitur dominium vacat, ita est, donec aliquis ejus rei possessionem apprehenderit, *l.quemadmod. §.1.de nox.act.*

Ad L.II. Pro legato. *Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, cum non esset: pro legato non usucapiam.*

Ad L.IV.eod. *Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit, aut testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur. In horum enim persona subest justa causa, quæ sufficit ad usucapionem. Idem potest dici, & si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit.*

TItulo pro donato proximus etiam est titulus pro legato. Nam & legatum definitur esse donatio testam. relicta. At ut Paulus ait in *l.2.pro legato*, usucapio pro legato non procedit, si falso existimem, mihi legatam rem, quam possideo, quæ legata non est, nisi scilicet (semper enim justum errorem excipere oportet) ab herede æque errante ex causa legati, mihi tradita fuerit, quæ traditio mihi justam præbet caosam, quamvis falso existimanti eam rem mihi legatam esse. Ac proinde & hic error facit, ut & eam rem pro legato, quæ mihi non est legata, usucapere possim: sola mea existimatio hoc non facit, sed traditio heredis, quæ me in hunc errorem, in hanc opinionem induxit, in *l.1. §.ult. pro suo*. Namque alias traditione non sequuta, error falsæ causæ usucapionem non parit, *l.Cels.sup.de usucapion. §.error, Instit.eod.tit. l.1.sup.pro donat.*

Ad L.IV.eod. cujus verba sup. sunt adscripta.

IN l.4.habemus, pro legato usucapere eum, cui res aliena legata est, quam testatoris esse putat, vel etiam eum, cui res testatoris propria legata est, si eam ignoret sibi codicillis ademptam, quod, & si quæ adempta est, nec legata videatur, *l.si ita sit scriptum, de leg.1.* tamen justus error, quem traditio heredis induxit, qui mihi eam rem legati nomine tradidit, facit, ut quæ non est legata pro legata habeatur, *l.ult.hoc tit.* Item si Titio res legata sit, & duo sint Titii amici, & familiares testatoris, quorum uni eam rem heres tradat, de quo testator non cogitabat, & existimanti de se testatorem cogitasse, non de altero Titio, de quo tamen cogitaverat, dico etiam eam rem pro legato usucapi, & procuidubio, ne cum Accursio laboremus hac in re, hæc omnia de legato accipienda sunt per vindicationem derelicto, cujus dominium ipso jure ex 12. tab. in legatarium transit, non facto heredis, non traditione heredis, *l.à Titio, de furt.* videlicet si de eo cogitaverit testator. Sin minus, usucapio ei necessaria est, justam erroris causam habenti. Ad hanc vero possessionis causam, id est, pro legato, arbitror accommodandam esse *l.4.de auro, & arg.leg.* quæ est ex eod. lib.

Ad L.IV. de Auro, & arg.leg. *Cum quidam libertum suum in Asiam misisset ad purpuras emendas, & testamento uxori suæ lanam purpuream legasset: pertinere ad eam, si quam purpuram vivo eo libertus emisset, Servius respondit.*

QUidam cum in Asiam misisset ad Tyrias purpuras emendas, moriens prius, quam rediisset libertus, uxori lanam purpuream legavit, an etiam uxori debetur lana purpurea, quam libertus in Asia emit, quæ nondum pervenerat ad testatorem: & quidem si eam jam emerit vivo testatore legato cedit: cæterum empta post mortem testatoris legato non cedit: ergo nec pro legato usucapi potest, quia legata non est, nec legatam esse ulla subest justa causa, quæ persuadeat. Et verba legati, *lego uxori omnem lanam purpuream*, referuntur ad tempus mortis, nempe quæ est in bonis meis mortis meæ tempore, *l.2.eod.tit.* dixit, *lanam uxori purpuream omnem lego*, non adjecit *meam*: nam si adjecisset, *meam*, verba legati tantum referrentur ad tempus testamenti, nec cederet legato lana à liberto empta post testamentum vivo testatore, *l.8. eod.tit.* vivo adhuc testatore.

Ad L.II.Pro dote. *Si æstimata res ante nuptias tradita sit: nec pro emptore, nec pro suo ante nuptias usucapietur.*

POstremo addamus his etiam de tit. pro dote, quod est ex eodem libro Pauli in *l.2. pro dote*. Mulier ante nuptias rem æstimatam sponso dedit dotis nomine: hæc æstimatio venditio est: atquin hæc æstimatio conditionalis est, atque etiam datio. Inest enim ei hæc conditio tacita, *si nuptiæ sequantur*. Ergo & venditio, cui similis illa æstimatio est, ut dixi, conditionalis est. Ex quo sequitur, ante impletam conditionem, id est, ante nuptias, nec pro emptore eam rem usucapi posse, nec pro suo, inquit, qui scilicet tit. concurrit cum omnibus aliis tit. cohæretve omnibus aliis tit. *l.1.sup.pro suo, l.3.§.ex plurimis, de acquir.possess.* Ergo ante nuptias ea res nec pro emptore, nec pro suo usucapi potest, quia emptio non est perfecta, cujus conditio nondum extitit, *l.2. §.sub conditione, sup. pro empt. l.plerumque, §.si ante, de jur.dot.*

Ad L.II.de Reb. auct. jud.poss. *Ubi domicilium habet.*

REstant ex hoc lib. tres leges, una est *lex 2. de reb. auct. jud. poss.* altera *lex 3. vi bonor.rapt.* postrema *lex.4.de incend.ruin.nauf.* & *lex* quidem *2. de reb.auct.jud.poss.* non video quid faciat ad hunc librum, qui totus fuit de possessionibus, usucapionibus, & usurpationibus, nisi dicam, Paulum, quum genera possessionum enumeraret, & inter ea ex sententia Q.Mutii possessionem poneret bonorum debitoris ex edicto creditoribus permissam rei servandæ causa, ut habuimus ex hoc libro in *l.3. §.ult. sup. de acquir. possess.* quam quidem possessionem bonorum debitore non satisfaciente, vel latitante fraudationis causa, solet sequi venditio eorumdem bonorum, & hoc obiter adnotasse, eam venditionem bonorum ibi esse faciendam, ubi debitor domicilium habet, quia & ibi cum eo agi, & ibi absens defendi debet, *l.1.h.t. l.5. §.ult.jud.sol.* Ibi, inquit, rem esse defendendam, ut recte defendatur, ubi agi potest, quod est, ubi is, unde petitur, domicilium habet. Et hoc plane his verbis significatur, venditionem bonorum esse faciendam, auctore judice congruo, & competenti, *l.pen.C.h.t.* ut possessionem quoque bonorum certum est dari debere a judice competenti, *l.pen. C. eod. tit.* Competens autem judex est is, ad quem ejus loci jurisdictio pertinet, in quo debitor domicilium habet: ibi ergo debitor conveniri debet, & ubi absens defendi debet: & ibi similiter, id est, in foro competenti bona ejus venire debent, vel ut subjicitur in *l.3.* ubi contraxerit. Et adde, vel si absens sit heres debitoris, ubi defunctus domicilium habuit ex *l.heres, in princ. de jud.* quia & his omnibus locis debitor conveniri potest: forum illud cuicunque competens est, quod eo loci est, ubi domicilium habet, vel defunctus habuit, cui heres exstitit, vel ubi contraxit: nam ratione contractus, vel ratione delicti sortimur forum, quod alias, si ibi non contraxissemus, esset nobis incompetens. Præterea, cum hoc libro tractaret Paulus de bonis vi raptis, quæ quia sunt furtiva, certum est, usucapi non posse, etiamsi ad bonæ fidei possessorem pervenerint, *l.ult. vi bon.rapt.* Id scripsit Paulus quod exstat in *l.3. vi bon.rapt.*

Ad L. III. de Vi bon. rapt. *Si servus rapuerit, & cum libero agatur, etiam si cum domino experiundi potestas fuit, non recte cum manumisso post annum agetur: quia cum quocunque experiundi potestas fuerit, excluditur actor: & si cum domino intra annum actum sit, deinde cum*

manu:

manumisso agatur, rei judicatæ exceptionem nocere Labeo ait.

De actione vi bon. rapt. quæ intra annum utilem, quo primum ea de re experiundi potestas fuerit, competit in quadruplum, post annum in simplum, *l.2.§. in hac act.h.t.l.ult. C.eod.* Et si quid servus rapuerit, similiter in dominum competit intra annum utilem in quadruplum, cum noxæ deditione, id est, sub hac lege, ut quadruplum inferre non cogatur, si paratus sit servum noxæ cedere, *l.pen.C.eod.tit.* Sed (quam in rem est singularis *l.3.*) si is, cujus bona rapta sunt à servo alieno, intra annum agere potuerit cum domino in quadruplum noxali judicio, nec egerit, atque ita annus præterierit, post annum cum eodem servo manumisso si agat, quasi scilicet noxa caput sequatur, secundum regulam juris, si, inquam, cum manumisso agat in quadruplum post annum, qui intra annum non egit cum domino in quadruplum, cum agere poterat, cum experiundi potestas erat: excluditur præscriptione temporis, quia & hoc est singulare, cum quocunque experiundi potestas fuerit actione vi bonor. rapt. intra annum utilem, hæc actio anno utili perimitur. Satis est si vel cum aliquo fuerit potestas, facultas hoc judicio experiundi, ut excludatur actor, ne experiatur eodem judicio cum alio quoquam, vel si agat, ut excludatur præscriptione anni. At in simplum actio proculdubio anno non perimitur, id est, rei vi ereptæ integra persequutio est, atque perpetua. Quod si intra annum is, cujus bona servus alienus rapuit, egerit cum domino, & litis æstimationem sustulerit, id est, quadruplum, ac deinde agat cum manumisso, excluditur exceptione rei judicatæ, etiamsi in simplum tantum cum manumisso agat, ut hic Græci addunt recte. Quia in quadruplo, quod abstulit, insuit simplum, hæc enim actio mixta est, tam pœnæ, quam rei persequendæ gratia comparata, & exceptio rei judicatæ locum habet, quia etsi priore judicio actum sit cum domino, nunc non agatur cum eodem domino, sed cum manumisso, tamen agitur eadem de re servi nomine: noxalis actio in dominum intenditur servi nomine, & manumissus quoque suo nomine convenitur, atque ita quodammodo cum eodem homine iterum agi videtur eadem de re. Et merito obstat exceptio rei judicatæ, ne actum agatur, ne iterum agatur. Itaque recte ait, ei, qui egit cum domino, quique dominum exegit, agenti postea cum servo, obstare exceptionem rei judicatæ. Sed quid si dominum non exegerit? Quid si dominus absolutus fuerit noxali judicio? an cum manumisso agi poterit actione vi bon. rapt. Quod Accurs. non admittit rectissime, ne scil. sæpius de ejusdem hominis admisso quæratur, *l.6.§.ult.naut.caup.stab.* Et indistincte etiam hæc lex ait: Iterum agenti cum manumisso obstare exceptionem rei judicatæ si ante egerit cum domino noxali actione: *si egerit*, inquit, sive vicerit sive non vicerit, posset quis tentare in hac specie non esse necessariam exceptionem rei judicatæ, quia electo domino, in quem agatur noxali judicio, manumissus ipso jure liberatur: ergo non est ei necessaria exceptio rei judicatæ. Et hoc est proditum in *l.43. inf. de furt.* si furti noxali actione cum domino actum sit, manumissum ipso jure liberari, quasi pactione decisum sit cum manumisso, ne cum eo ageretur electo manumissore, quæ pactio ex 12. tabul. actionem tollit ipso jure. Sed observandum est, hoc tantum in ea lege esse proditum de actione furti, quæ ipso jure ex 12. tabul. decisione, transactione, pactione nuda tollitur, quia pactio est legitima, *l. jurisgentium, §. si paciscar, l.si tibi §.1. de pact.l.si pro fure, de condict. furt.l.13.C. de furt.* Idem etiam non est cautum lege de actione vi bonorum raptorum, ut pacto ipso jure perimatur, quod tacitum non minus momenti habet, quam expressum, in actione scilicet furti, quæ est civilis actio, id est, ex 12. tab. ex quibus etiam pacto perimitur, sed non etiam actio vi bonorum raptorum, quæ est prætoria, non civilis.

Ad L. IV. de Inc. ruin. naufr. *Pedius, posse etiam dici ex naufragio rapere, qui dum naufragium fiat, in illa trepidatione rapiat.*

Ad §. Divus Antoninus *de his, qui prædam ex naufragio diripuissent ita rescripsit: quod de naufragiis navis, & ratis scripsisti mihi: eo pertinet, ut explores, qua pœna afficiendos eos putem, qui diripuisse aliqua ex illo probantur, & facile (ut opinor) constitui potest. Nam plurimum interest, peritura collegerint, an quæ servari possint, flagitiose invaserint. Ideoque si gravior præda vi adpetita videbitur: liberos quidem fustibus cæsos in triennium relegabis: aut si sordidiores erunt, in opus publicum ejusdem temporis dabis: servos flagellis cæsos in metallum damnabis. Si non magnæ pecuniæ fuerint liberos, fustibus, servos flagellis cæsos, dimittere poteris. Et omnino, ut in cæteris, ita in hujusmodi causis, ex personarum conditione, & rerum qualitate, & diligenter sunt æstimandæ, ne quid, aut durius, aut remissius constituatur, quam causa postulabit.*

Ad §. Hæ actiones *heredibus dantur. In heredes eatenus dandæ sunt, quatenus ad eos pervenit.*

Nunc transeamus ad *l.4. de inc. ruin. naufr.* quæ est ultima. Et de iis, quæ ex naufragio navis, aut ratis (quod trahitur etiam, ut hic titulus significat, ad villam, & domum) ex naufragio, inquam, ratis, aut villæ, aut domus diripiuntur. Ac primum docet ex naufragio rapere eum videri, qui eo tempore, quo naufragium fit, in ipso tumultu, in ipsa trepidatione naufragii rapit aliquid, non qui paulo post naufragium. Hic tenetur furti, aut vi bonorum raptorum, qui paulo post naufragium quid rapuit, non ex edicto hoc de incendio, ruina, naufragio, ut *l.seq. & l.3. in princ.h.t.* Cum eo autem, qui ex naufragio quid rapuit, vel etiam ex incendio, aut ex ruina, dupliciter agi potest, criminaliter, & civiliter. Et ex rescripto divi Pii, quod proponitur in hac l.4. criminali judicio ita coercetur is, qui ex naufragio quid rapuit, ut si liber fuerit, qui graviorem prædam, id est, qui magnæ pecuniæ, magni pretii prædam rapuerit, vi appetierit, fustibus cæsus in triennium relegetur: sordidior autem æque in opus publicum trium annorum detur: neutra pœna irrogat capitis deminutionem. Ideoque Paulus in *l.4.Sent.* rectissime, in insulam relegatos, & opus publicum ad tempus damnatos retinere civitatem, si civitatem, ergo & libertatem: quia servus non potest esse civis: At in hoc rescripto hæc verba: *Liberos quidem fustibus cæsos in triennium relegabis*: hæc verba, inquam, fustibus cæsos in hoc loco, omnino mihi videntur esse trajecta, quia ii tantum liberi homines, qui sordidiores, humiliores, tenuiores sunt, fustibus subjiciuntur, non etiam honestiores, *l.capitalium 28. §. non omnes, de pœnis.* Unde ita legendum videtur, *liberos quidem in triennium relegabis, aut si sordidiores erunt, fustibus cæsos in opus publicum ejusdem temporis dabis.* Cum enim sordidiores opponat liberis, ergo liberos ante intellexit ingenuos, & honestiores. Denique confert ingenuos liberos, & honestiores cum liberis, & humilioribus: hos fustibus cæsos operi publico in triennium mancipari, illos æque in triennium relegari, sed fustibus non cæsos, quia honestiores fustibus non subjiciuntur. Pœna hæc est viliorum liberorum hominum. Sequitur in hoc rescripto, *servos*, qui quid ex naufragio diripuisse dicuntur, *flagellis cæsos in metallum damnari.* Qua pœna nulla est gravior: certe, adeo est gravis, ut qui eam subeunt, dicantur esse servi non fisci, non cujusdam hominis, non omnis cujusdam hominis certi, sed servi pœnæ, servi supplicii. Hinc vero apparet differentia inter fustes, & flagella: Fustes sunt verbera liberorum, & humiliorum quidem duntaxat, non honestiorum: flagella, taurea, quæ & taureas dixerunt, *lora, flagra*, verbera sunt servilia, in *l.servorum 10.de pœnis.* Unde & in *l.12.de jur. fisci*, quod alias docui, *verbera servilia* recte Accursius interpretatur, *flagella.* Nam & ita Justinus lib.1. *Cum per lasciviam*, inquit, *contumaces flagellis cecidisset indignantibus parentibus ingenuos homines, servilibus verberibus affectos.* Liberos homines flagellis adficere, flagellis cædere gravissima injuria est, *l.10.§.pen.de in jus voc.* mitiores sane sunt fustes, quam flagella. Unde & fustium admonitio dicitur: flagellorum autem castigatio, *l.7.de pœn.* Levior est admonitio, quam castigatio. Tertullian. in Apolog. cap.41.ut, *Omnes seculi plagæ nobis, si forte, in admonitionem, vobis in castigationem à Deo obveniant.* Ac præterea ictus fustium solus nullo modo irrogat infamiam, *l. ictus, de iis, qui not.infam. l. neminem, C. eod. tit.* Ictus flagellorum quo-

quodammodo irrogat infamiam. Nam inhonestum esse dicitur in ordinem decurionum eum allegare, qui quandoque flagellis cæsus fuit, *l.eos, de decur.* Hanc differentiam etiam comprobat, quod subjicit D.Pius, si parvæ pecuniæ præda sit, quæ direpta sit ex naufragio, liberos fustibus, scilicet si humiliores fuerint: servos flagellis cæsos absolvi, & dimitti. Qualitas rei, quæ ablata est, quantitasve auget, aut minuit crimen, & pœnam. Et similiter conditio personæ, quæ crimen admisit, auget, aut minuit pœnam. Et ut eleganter scriptum est in extremo hujus rescripti: *Omnino, ut in cæteris, ita in hujusmodi causis*, id est, in criminum exsecutione, *ex personarum conditione, & rerum qualitate pœnæ diligenter æstimandæ sunt, ne quid aut durius, aut remissius constituatur, quam causa postulavit.* Denique in pœnis hæc mediocritas probatur, *μήτε σφοδρότερον, μήτε παρακεχαλασμενώτερον.* Ad hæc observandum est in hoc rescripto, ab iis, qui naufragia eripiunt, quæ servari poterant, separari eos, qui peritura naufragia colligunt: neque enim naufragii collectio vetita est, quę fit bona fide, etiamsi fiat à non domino, cupienti rem alteri non perire, alteri rem servare. Et tamen si inspiciatur *l.7.h.t.* caveri in ea videtur, ne quis extraneus colligat naufragia, ut hæc res soli domino relinquatur, qui naufragium facit, sed loquitur de extraneo, qui intervenit irrogatus colligendis naufragiis, qui temere emisit se, dum dominus naufragia sua colligit, cujus officium est suspectum. Itaque non vult quenquam irrogatum intervenire colligendis naufragiis, quæ scilicet domini ipsi colligunt. Cæterum absentibus, aut non curantibus dominis, quin possit quisque amicus eis peritura colligere, non est dubium. Quod est in extremo hujus legis non est de criminali judicio, de quo est rescriptum illud D.Pii elegantissimum, sed est de actione civili ex hoc edicto, quæ intra annum utilem in raptorem datur in quadruplum, post annum in simplum, sicut actio vi bonorum rapturum, quæ ut illa etiam actio vi bonorum raptorum heredib. quidem datur ejus, cujus bona direpta sunt, non datur tamen in heredes raptoris, quia pœnalis est actio, nisi quatenus ad eos pervenerit, id est, quatenus ex scelere defuncti locupletiores facti fuerint, ne scelere alieno ditentur, quo nihil est apertius. Proxima recitatione veniam ad lib.55.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.VI. de Injur. *Quod Senatusconsultum necessarium est: cum nomen adjectum non est ejus, in quem factum est, tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit Senatus publica quæstione rem vindicari. Cæterum si nomen adjectum sit: & jure communi injuriarum agi poterit. Nec enim prohibendus est privato agere judicio, quod publico judicio præjudicatur: quia ad privatam causam pertinet. Plane si actum sit publico judicio, denegandum est privatum, similiter ex diverso.*

EA, quæ habemus primum ex Libro LV. pertinent ad actiones vi bonorum raptorum, de qua Paulus libro superiore scripsit, rapta occasione ab eo, quod furtivæ res, aut vi ereptæ usucapi non possunt antequam redierint in potestatem domini, vel ejus heredis. Ab actione, inquam, vi bonorum raptorum nescio qua ratione Paulus transitum fecit ad actionem injuriarum, de qua est hic liber, nisi forte, cum quatuor tantum sint privata delicta, & quæ oriuntur ex eis quatuor actiones privati judicii, actio furtiva, actio vi bonorum raptorum, actio legis Aquiliæ, & actio injuriarum, & jam dixerit satis de actione *l.Aquil.lib.22.* & de actione furti *lib.39.* hoc loco dicendum existimarit, post actionem vi bonorum raptorum, de qua, ut dixi, egit superiore libro, de actione injuriarum, quod forte & hoc ordine in edicto perpetuo hæ quatuor actiones propositæ essent diversis locis, non temere continua. Ex hoc autem libro t. dabimus *l.6. de injur.* quæ est de Senatusconsulto, quo constituitur judicium publicum, publicave accusatio, actio in eum, qui ἐπιγράμματα, ut est in *l.* quæ præcedit, quo nomine significantur non tantum ἐμμέτρως, sed etiam καταλογάδην scripta, *prosa, aut versu scripta*, ut loquuntur Apulejus, & Ausonius, qui, inquam, ἐπιγράμματα, vel qui quid aliud sine scriptura, veluti imaginem in notam aliquorum produxit, vel emendam, aut vendendam curavit. Et hoc quidem Senatusconsultum, ut ostendit Paulus in hac lege, maxime necessarium est, si is, qui quid fecit, quod pertineat ad injuriam alterius, nomen ejus non adjecerit, in cujus infamiam id fecerit. Quia enim certa non est persona, quam injuria adficere voluit, nec ulli privata injuriarum actio dari potest, *l.15. §.cui non sine causa.* Itaque necesse est, hanc rem publica quæstione vindicari, quod & senatus introduxit, quia difficile est probare, cui facere voluerit injuriam, qui id fecit: difficultas probationis facit, ut cesset privatum judicium injuriarum, & locus sit duntaxat publico ex Senatusconsulto. At si nomen adjecerit, non tantum est locus publico judicio ex SCto, vel ex *l.Cornel. de injuriis*, quæ & de injuriis omnibus, ut opinor, publicum judicium introduxit, *l.hoi accusare, §.ult. de accusat. l.2.§.deinde Cornel.de orig.juris:* non tantum, inquam, locus est publico judicio, quod scilicet patet omnibus, sed etiam jure communi, ei, cujus nomen expressum est, agere licet civili, & privato judicio injuriarum ex edicto prætoris, quo si experiri malit, non est ideo prohibendus, quod publico judicio præjudicium fiat, quod prius agatur privato, quam publico, quod est majoris momenti, quia suam causam agit, non publicam. Eodemque modo dicam de cæde, & veneno non tantum publico judicio ex *l.Cornelia de sicar. & venef.* agi posse, aut si quis cœtum, aut concursum fecerit, quo minus reus in jus produceretur, vel si quis de servo alieno quæstionem habuerit injussu domini, dicam similiter non tantum judicio publico agi posse ex *l.Jul. de vi privata*, sed etiam privato judicio injuriarum. Priore casu non tantum publico judicio ex *lege Cornel.de sic.* sed etiam privatn injuriarum, ut *l.seq.§.1.* Et posteriore casu non tantum publico judicio ex *lege Julia de vi*, sed & privato injuriarum, ut ostenditur in *l.4.ad leg.Jul.de vi priv.* Quæ cum sit ex hoc libro 55. huic legi 6. applicanda est, ita ut mox demonstrabitur.

Ad L.IV. Ad l.Jul.de vi priv. *Legis Juliæ de vi privata crimen committitur, cum cœtum aliquis & concursum fecisse dicitur, quo minus quis in jus produceretur.*

Ad §.Et si quis *quæstionem de alterius servo habuisset. Et ideo moderatius edicto prætoris de injuriis utendum esse.*

SI quis, inquit *l.4. ad l.Jul.de vi priv.* cœtum, aut concursum fecerit, ne quis in jus produceretur: vel si nolente domino, de alieno servo quæstionem habuerit, tenetur publico judicio, ex *lege Julia de vi privata*: sed & tenetur privato judicio injuriarum: nec si malit agere privato judicio, prohibendus est, quod fiat publico judicio præjudicium. Verum quod in illa leg.4. additur, *moderatius tamen edicto prætoris de injuriis utendum esse*, id est, moderatius civili, & privata actione injuriarum agendum esse, ne fiat præjudicium publico judicio ex *l.Julia*. Sic enim ille locus explicandus est, quem non intellexit glossa. Quod item additur in *l.7.§.1.de injur.* eodem sensu: *Rectius facturum prætorem, si de cæde, & veneno prius non dederit civilem, & privatam actionem injuriarum.* Nam & ita hic locus explicandus, aliter quam glossa, ne præjudicium fiat publico judicio ex *l.Cornel. de sicar.* vel etiam si reo dederit exceptionem, *extra quam in reum capitis præjudicium fiat*, ut est apud M.Tull.Ciceronem secundo de invent. *Agit*, inquit, is, *cujus manus præcisa est, injuriarum*, privato judicin scilicet. *Postulat is, quo cum agitur*, à prætore, *exceptionem, extra quam in reum capitis præjudicium fiat. Non oportere in judicio recuperatorio*, id est, in judicio privato, *ejus maleficii, de quo inter sicarios quæritur, præjudicium fieri*. Possit,

quidem prætor prius dare civilem actionem injuriarum, quam publicum judicium, sed rectius fecerit, si prætulerit publicum judicium: *moderatius*, inquit, *utendum est edicto de injuriis*, ne præjudicium fiat judicio publico, judicio capitis, quia, ut subjicit in *h.l.* si prius dederit prætor, ut potest, si velit privatam actionem injuriarum, eaque prius actum fuerit, postea publico judicio agi non potest: privata actio consumit publicum judicium: Cur ita? quia quod in judicium publicum ex SC. vel ex l.Corn.vel ex l. Jul. venit, id vero est vindicta tantum admissi sceleris, quam vigor publicæ disciplinæ desiderat. Idem venit in privatum judicium injuriarum. Actio injuriarum vindictam persequitur, non pecuniam. Actio injuriarum dolorem mitigat imminuti honoris, nec rem familiarem, aut pecuniariam persequitur, *l.2. §.emancipatus, de collat.bonor.* & in *d.l.7. §.1. de injur.* Eadem ratione ex contrario, ut & hic ostenditur, si prius actum publico judicio de injuriis, postea non potest agi privato, ne bis eadem res in judicium deducatur: utrumque judicium idem persequitur, nempe vindictam. At ubi actio civilis non persequitur vindictam, sed pecuniam, id est, quod actoris interest, ut & ejus, quod interest, duplum, vel quadruplum, vel triplum, id est, pœnam ultra id, quod interest, cujusmodi est actio legis Aquiliæ, & actio furti, & actio vi bonorum raptorum, si ea actum sit prius, non est denegandum publicum judicium, & criminale, quod longe aliam rem persequitur, nempe vindictam, & ultionem publicam. Illæ actiones civiles persequuntur quod privatim interest. Judicium publicum, quod publice interest. Itaque alio aliud non consumitur, atque ita ex diverso, etiam si prius actum sit publico judicio, non est denegandum privatum, quia alia de re est, *l.unica, C.quando civil. act. crim. præjud. & l.3. in princ. sup. de lib. hom. exhib.* Nihil tamen & in his refert utro agatur prius: qua de re si quid amplius aves addiscere, repetas quæ habuimus in *l. 37. in l.4. de publ.judic.* Nunc transeamus ad *l.8. de injur.*

Ad L.VIII. de Injur. *Vulneris magnitudo atrocitatem facit, & nonnunquam locus vulneris, veluti oculo percusso.*

Quæ hoc tantum docet, atrociorem injuriam, id est, contumeliosiorem, & majorem injuriam æstimari, non tantum ex persona, quæ injuriam fecit, vel passa est, vel ex loco, in quo facta est injuria, vel ex reipsa, sed etiam ex magnitudine vulneris, & ex loco vulneris nonnunquam, *veluti oculo percusso*, inquit, quod est in homine τῶν ὀργάνων πρῶτον, ut ait Plato.

Ad L. X. eod. *Attentari pudicitia dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat.*

Hæc lex ait: *Adtentari pudicitiam*, quo nomine agi potest actione injuriarum, si quis id egerit sermone suo, blanditiisve suis, *l.item apud, §.aliud est, h. t.* ut mulier ex pudica impudica fieret, etiamsi id frustra tentaverit. Si verbis turpibus usus fuerit coram muliere, non ideo videtur tentare ejus pudicitiam, sed tamen tenetur etiam eadem actione injuriarum, ut est eleganter scriptum in d. *l.item apud, §. qui turpibus*. Et ad id proprie facit lex illa regia: *Ne quis præsente fœmina obscœna verba faciat*. Restat tantum ex hoc libro lex 18. eodem.

Ad L. XVIII. eod. *Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum æquum ob eam rem condemnari: peccatu enim nocentium nota esse, & oportere, & expedire.*

Ad §. Si servus servo *fecerit injuriam, perinde agendum quasi si domino fecisset.*

Ad §. Si nupta filiafam. *injuriam acceperit, & vir, & pater injuriarum agant: Pompon. recte putat, tanti patri condemnandum esse reum, quanti condemnaretur, si ea vidua esset: viro tanti, quanti condemnaretur, si ea in nullius potestate esset: quod sua cujusque injuria propriam æstimationem haberet. Et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam injuriarum agere posse, quod & vir in suo nomine agat.*

Ad §. Si injuria mihi *fiat ab eo, cui sim ignotus: aut si quis putet, me Lucium Tit. esse, quum sim Gajus Sejus, prævalet quod principale est, injuriam eum mihi facere velle: Nam certus ego sum, licet ille putet me alium esse, quam sum. Et ideo injuriarum habeo.*

Ad §. At cum aliquis *filiumfam. patremfam. putat, potest videri injuriam patri facere, non magis quam viro, si mulierem viduam esse credat. Quia neque in personam eorum confertur injuria, nec transferri per personæ putationem ex persona filiorum ad eos potest: cum affectus injuriam facientis in hunc, tanquam in patremfam. consistat.*

Ad §. Quod si scisset *filiumfam. esse: tamen si nescisset, cujus filius esset, dicerem (inquit) patrem suo nomine injuriarum agere posse: nec minus virum, si ille nuptam esse sciret. Nam qui hæc non ignorat, cuicunque patri, cuicunque marito, per filium, per uxorem vult facere injuriam.*

Hujus legis principium docet, non teneri injuriarum eum, qui nocentem infamat, qui latine loquitur, qui latronem latronem vocat, *quia*, inquit, *peccatu nocentium nota esse, & oportet, & expedit*. Verum ait in principio, eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum, & æquum ob eam rem condemnari: judicio injuriarum scilicet, respiciens ad formulam actionis injuriarum, in quantum ob eam rem reum condemnari judici visum æquum fuerit, *l.17.§.servus, h.t.* in quantum æquum bonum judici videtur, *l.qui servum*, de *oblig. & act.* Qua ex re etiam actio injuriarum dicitur esse ex æquo, & bono, *l. non solum, §.1. h.t.*

Ad *§. Si servus*. Sequitur in hac l. in *§.1.* Si servus servo injuriam fecerit, domino suo nomine competere in dominum ejus noxalem actionem: injuriarum videlicet, si in contumeliam alterius domini fecerit (sic hic locus intelligendus est) quinimo etsi non fecerit in injuriam domini; injuria servo facta, vel ab alio servo, vel à libero homine, à prætore inulta relinquenda non est, *l. item apud, §. si quis sic fecit, h.t.* quod congruit cum l. Atheniensium, quæ ulciscebatur etiam injuriam factam servis. Ejusque legis meminit Demosth. κατὰ Μειδίου: & Xenophon ἐν πολιτείᾳ Atheniensium, Athenæus *lib.6.* Et legimus etiam apud Velleium Paterculum libr. 2. *In urbe Roma petulantis convitii judicium redditum histrionis ex soleto.* Et tamen in *l.41. C.Th. de episc. & cler.* habemus sordidiores, vilioresque personas, & judicio publico damnatas infamatasque, injuriarum actionem non habere, *patere omnium injuriis, & contumeliis.* Et in Novell. Valent. de Manichæis: *Manichæos ob nefanda eorum crimina, nefandasque opiniones injuriarum actionem non habere.*

Ad *§. Si nupta*. Sequitur in *§. si nupta*, quod etiam comprobatur *l.1. §.ult. h. t.* interdum ex una injuria tribus oriri actionem injuriarum, nec unius actionem per aliam consumi, sed suam cujusque injuriam, suam cuique injuriam propriam actionem, & propriam æstimationem habere, ut si uxori tuæ filiæfam. injuria facta sit, & ipsi competit actio injuriarum, quo tamen ipsa non agit temere, nisi forte absente patre, sed pater agit, in cujus potestate est, filiæ nomine, idemque patri suo nomine competit actio injuriarum, perinde atque si filia nupta non esset. Tribus denique ex uno facto, triumve nomine competit actio injuriarum. Et his consequenter, si uxor tua materfa. fuerit, id est, si fuerit emancipata, & ipsi & tibi competit actio injuriarum, nec alia aliam consumit. Quæ est sententia *§. si nupta*. Cui adjecerat proculdubio Paulus, & adjiciendum etiam id à nobis est ex *l.2.h.t.* quæ falso adscripta est lib. 50. Est igitur reddenda 55. E contrario, si viro facta sit injuria, uxori non competere actionem injuriarum, hac reddita ratione, quia defendi uxores à viris, non viros ab uxorib. æquum est. Ubi dum ait, *æquum est*, etiam respicit ad formulam actionis injuriarum, non pugnare uxores pro viris, sed viros pro liberis & pro uxorib. πρό τε παίδων δὲ πρό τε γυναικῶν, ut Homer. loquitur Iliad.9. accipiens πρὸ, ut Latini pro ὑπὲρ. Postremo in *l.18.* ait, si quis mihi fecerit injuriam, cui eram ignotus prorsus, vel si cum putaret me L.Tit. esse, cum essem Cajus

Sejus,

Sejus, mihi fecerit injuriam, eum mihi teneri actione injuriarum, quamvis alium me esse putaverit, *qu'il m'ait pris par eschange*, quia inquit, *prævalet quod principale est*, prævalet, quod in re potius est, quam quod in existimatione est, quod in re est, principale est. *Injuriam eum mihi velle facere.* Nam certus ego sum injuriæ, certus mei quoque, licet ipse me alium esse putet, quam sim. Et ideo injuriarum habeo actionem. Ab hoc casu diversus est casus *l.4.h.t.* quæ est ex eod. lib. & conjungenda est cum hoc §. si injuria, emendata inscriptione, quoniam & illa lex 4. falso adscribitur l.50. reddenda l.55.

Ad L.IV. eod. falso adscriptam lib.50. *Si cum servo meo pugnum ducere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim: injuriarum non teneor.*

CAsus hic est, si cum servo meo pugnum, vel colaphum ducere, servum scilicet meum ductim tangere vellem, te stantem in proximo percussero, me tibi non teneri actione injuriarum. Cedo rationem differentiæ inter huoc, & illum casum: Quoniam, inquit *l.4.* in proximo te stantem invitus percussi, casu quodam fallente me manu mea, vel servo meo evitante ictum, eludenteve. Atqui in hac specie, Cajum Sejum elegi, quem percuterem, eique injuriam facere volui, licet alium esse putaverim, prævalet quod in re est potius, quam quod in existimatione mentis meæ. Ab hoc casu etiam separandus est is, qui sequitur in *§.ult.h.l.*18.

AD *§. ult. l.*18. *modo expositæ*. Si quis filiofamilias injuriam fecerit, quem patremfamilias putabat: non hoc casu patri non competit actio injuriarum, quia non in injuriam patris id fecit, sicuti si nuptæ injuriam fecerit, quam viduam esse putabat, nec enim marito competit actio injuriarum. Et magna est differentia inter hunc casum, & superiorem. In superiori specie corpus ejus, quem putabat esse alium injuriam accepit revera. In hac specie corpus patris, vel mariti non accepit injuriam, & error, qui fuit in qualitate personæ, quam percussit, hoc exigit, ut à filio, quem solum cogitavit, injuria non transferatur in patrem, vel etiam à muliere, quam solam injuria adficere volui, injuria non transferatur ad maritum, de quo nihil cogitavit, quia viduam eam esse arbitrabatur. At si sciverit filiamfamilias esse, ignoraverit autem cujus: vel si sciverit nuptam esse, nescivérit cui nupta esset, tunc proculdubio patri, vel marito actio injuriarum competit, quoniam cuicunque patri per filium voluit facere injuriam. Cuicunque etiam marito voluit per uxorem facere injuriam.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

DEDI Librum LV. jam dabo LVI. ut lib.5. Sententiarum Paulus post titulum de injuriis dedit titulum de effectu sententiarum, & finibus litium, in quo tractat etiam de confessis. Itaque cum scripsisset superiore lib. de injuriis, hoc lib. de re judicata, & effectu sententiarum scribit, & de confessis, de quibus illud in primis, quod est in *l.1. de confessis*.

Ad L.I. de Confessis. *Confessus pro judicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur.*

Ad L. CXLII. de Reg. juris. *Qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare.*

COnfessum pro judicato haberi: confessum pro judicato esse, quia quodammodo sua sententia damnatur, & damnatur utique post confessionem, ut *l. 3. & l.5. & l.ult. hoc tit. l.5. de custod. reor.* sed, ut ait, sua quodammodo sententia, hoc est, confessione, Quintilianus *de-*

A *clam. 314. Confessio est*, inquit, *contra se pronuntiatio*. Et confessum quidem pro judicato esse, non qui incertam puta rem, aut pecuniam incertam, sed qui certum confitetur, *l.3. l.6. hoc tit. l. 6. de jure fisci*. Nam & sententiam esse oportet certam, id est, certæ rei, vel summæ, *§. curare, Instit. de action.* Rursus confessum pro judicato esse, non eum, qui confitetur extra jus, aut judicium, sed eum, qui confitetur in judicio, vel in jure, id est, apud prætorem, apud sellam, sive tribunal prætoris, *ἐν βήματι, in tribunali*, sic Græci *in jure* interpretantur. Itaque confessus non est pro judicato, nisi confessus sit in jure. Quod multæ leges comprobant, *l.pen. tit. seq. & l.post rem, tit. super. & l. quidam, de donat. & l.1. §. proinde, si quid in fraud. patr. l. 4. ad l. Jul. majest. l.1. C. de confess. l. 4. C. de rep. vel acqu. hered. & Novell.90. περὶ μαρτύρων, quæ est de testibus*, in illo B loco, *ἐν δικαστηρίῳ καταθέσθαι, in judicio confiteri*, & in judicio competenti scilicet. Nam quæ fit in judicio incompetenti, nihil nocet, sicut nec sententia, quæ datur à judice incompetenti quicquam nocet. Atque ita recte Alexander 3. *defin. cap.4. ext. de judic.* Et secundum hæc omnia in illo cap.12. *tab.* notissimo: *Æris confessi, rebusque jure judicatis*, quo plane confessus comparatur judicato: forte rectius legitur: *Æris confessi in jure, rebusque judicatis*, ut paulo post in eodem cap. *aut qui pseudo eo in jure vindicit.* Omnino enim necesse est, ut confessio fiat in jure, alioquin confessus pro judicato non est, nam qui extra jus confessus est, suam confessionem infirmare, & retractare potest: qui in jure, non item, *d. l. quidam, de donation.* Cum hac l.1. conjungenda est *l.142. de regul. juris*, quæ est ex eodem libro, & definit, an is, qui tacet confiteri vi-C deatur. Paulus 5. Sententiar. tit. 5. *Confiteri*, inquit, *quis in judicio non tantum sua voce, sed & literis, & quocunque modo potest*. Ait, *quocunque modo*, ut & 2. Sentent. tit. 1. *Debitum quocunque modo confessus*. An ergo si tacuerit in jure, vel in judicio confessus videtur: an silentium pro confessione dicitur? Pro consensu quidem sæpissime, *litem quæritur, §. ult. loc. l.2. ad municip. l.7. de sponsal. l.2. §. voluntate, sol. mat.* Unde illud M. Tul. in partitionibus, ut opinor: *Taciturnitatem consensum imitari*. Et Actius in Neoptol. *Ubi nihil contra rationem æqui habuit, assensit*, inquit, *silens*. At taciturnitas pro confessione non habetur, sed neque pro negatione. Et hoc est, quod ait *l.142. qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare*, exempli gratia: Conventus actione legis Aquil. quod hominem occiderit, si taceat, non tenetur actione D confessoria legis Aquil. non ob id solum, quod tacuit, si deficiant probationes, tenetur actione confessoria legis Aquil. quæ datur in simplum, *l. inde Nerat. §.ult. l.proinde, §.1. ad l. Aquil.* non tenetur etiam actione legis Aquil. in duplum, quæ contra negantem datur in duplum, *l. contra negantem, C. de l. Aquil.* quia nec confiteri, nec negare videtur. Atque ita hæc regula aptanda est ad tit. de confessis, non etiam temere porrigenda ad alios tit. aliasve causas. Etenim in cessione in jure, per quam dominium rerum acquiritur, is, qui tacet, neganti comparatur, ut ex secundo Instit. Caii Boetius refert in Topic. Cicer. Verba Caii hæc sunt: *Postquam is, cui res in jure ceditur, vindicaverit, prætor interrogat eum, qui cedit an contra vindicet, quo negante, vel tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit.* Item in interrogationibus, quæ fiunt in jure, imminente prætore in-E struendæ litis causa, ad quas qui interrogatur, omnimodo respondere tenetur, si taceat pro negante habetur, ut puta, si heres scriptus ex parte interrogetur, an heres sit, & quota ex parte, ut sciatur pro qua parte in eum agi oporteat, & taceat, negasse videtur, & convictus quasi mendax, instituta actione in solidum convenitur, perinde ac si esset heres ex asse, *l.de ætate, §. qui tacuit, de interrog. in jure fac. l. non solum, in princ. de procurat.* Item cognati, vel adfines interrogati, an pupillum defendant, aut defendere velint, si taceant, negare videntur se defendere, *l.5. §. si autem negent, quibus ex caus. in possess. eat.* Aliud est confessio, aliud responsio. In jure respondemus inviti; aut nisi respondeamus, contumaces, vel superbi sumus, & plectimur. Respondemus inviti: confitemur in jure ultro, sponte nostra. Et ta-

cituinitas pro confessione hujusmodi non habetur. Denique taciturnitas non habetur pro confessione spontanea, & omnino non habetur pro confessione, nisi contra adversarii interrogationem fiat. Rectissime enim Donatus in Eunucho: *Taciturnitatem confessionis genus esse, præsertim,* inquit, *contra adversarii interrogationem*. Quod confirmat Asconius Pedianus 2. contra Verrem. *Cum in jus ventum erant, dicebat accusator apud prætorem reo, ajo te Siculos spoliasse:* Si tacuisset, lis ei æstimabatur, ut victo, & confesso. Et ita hæc expedienda sunt.

Ad L.V. de Cess. bonor. *Quem pœnitet bonis cessisse, potest defendendo se consequi ne bona ejus veneant.*

Ad L. pen. eod. *Qui cedit bonis antequam debitum agnoscat, condemnetur, vel in jus confiteatur, audiri non debet.*

VUlt hæc l. debitorem, qui creditoribus bonis suis cessit quod fit verbo tenus, sine bonorum traditione, ut indicat *lex 3. ejusdem tituli & lex 6. C. qui bon. ced. poss.* consequi posse integris omnibus, id est, nondum bonis ei ablatis, nondum possessis, aut venditis bonis, ut creditores sua bona non vendant: si se defendat, inquit, id est, si creditoribus satisfaciat: maxima pars defensionis est satisfactio. Denique debitorem re integra cessionem revocare posse. Quod etiam ostendit *lex 3. ejusdem tituli, & lex 2. C. qui bon. ced. poss.* Quod verbo tenus dixit se bonis cedere, id contrario verbo pœnitentia actus re integra mutare potest. Lex pen. quæ est Ulpiani, docet judicatis, vel confessis in jure debitoribus subveniri actione, subveniri beneficio legis Juliæ, id est, beneficio cessionis bonorum, quod lex Julia introduxit, videlicet si creditoribus cedant omnibus suis bonis, ut creditores ea publice suo nomine vendant, & pretia inter se partiantur, pro rata pecuniarum debitarum, quo genere debitores evitant carcerem, & infamiam, quam subirent, si eorum nomine bona proscriberentur, & distraherentur, *l.1. & ult. C. qui bon. ced. poss.* Et ita, qui bonis cedunt apud Plautum, dicuntur rem apud prætorem solvere. *Ille,* inquit, *in jus me vocat pessume, metui ne mihi hodie apud prætorem solveret*, id est, ne cederet bonis. Et alio loco: *sequere ad prætorem: nam inde rem solvo omnibus, quibus debeo*. Cessio bonorum olim fiebat tantum apud prætorem ex leg. Julia solemniter, ut subjicit *l.6. C. qui bon. ced. poss.* Hodie fit cessio bonorum etiam extra jus nuda voluntate, nuda professione, *l.ultima, hoc titul.* Duo vero in hac *l. pen.* notantur genera agnoscendi debiti. Unum si debitor in jure confiteatur, se debere tot nummos: alterum si judicetur, si condemnetur, atque ita condemnatus cogatur debitum agnoscere, vel debiti instrumentum, quasi verum, *l.qui agnitis, de except. qui à recognen sa cedulle, pour reconnoistre sa cedulle*. Confessus agnoscit debitum sua sponte: condemnatus agnoscit debitum non tam sua sponte, quam coactus, & nisi, vel hoc vel illo modo agnoverit debitum, non potest cedere bonis. Denique cessio bonorum permittitur tantum confessis in jure, aut judicatis, quæ est sententia hujus legis pe ult. *Qui cedit,* inquit, *bonis, antequam debitum agnoscat, condemnetur, vel in jus confiteatur*. Ubi male Accursius tertium etiam genus extra jus agnoscendi debiti notari putat, neque enim in *l.penult.* est legendum, ut vulgo, *antequam debitum agnoscat vel condemnetur*, sed detrahendus est ille articulus *vel*, qui tamen & retineri possit. Et illa igitur verba, *antequam debitum agnoscat*, interpretationem recipiunt ex sequentibus, *condemnetur, vel in jus confiteatur*, quæ interpretatio facillime etiam admitti potest, si legatur, *vel condemnetur*, ut sit sensus, debitum agnoscere, si vel condemnetur, vel in jure confiteatur. Restant adhuc ex hoc libro *l.54. de solut. & l.47. de verb. signif.*

Ad L. LIV. de Solut. *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam: magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem.*

Ad L.XLVII. de Verb. sign. *Liberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis.*

AMbæ pertinent ad edictum prætoris, quo pecuniam judicati confessive solvere coguntur, *l.4. §.ait prætor, de re judi. l.1. C. de confessis.* Paulus 2. Sentent. *Si, qui,* inquit, *debitum quocunque modo confessus docetur, ex ea re creditori actio non datur, actio propria scilicet, sed ad solutionem compellitur.* Verba edicti hæc sunt in *d. §. ait prætor, Condemnatus ut pecuniam solvat*. Ait, *condemnatus*. Sed idem est in confesso, quia & confessus in jure pro condemnato est, ut supradictæ leges probant. *Condemnatus,* inquit, *ut pecuniam solvat*, ut in *l. Servilia, quod judicatum erit, id uti solvatur.* In hoc autem edicto *solvere*, non tantum est pecuniam numerare, sed alio quocunque modo se liberare, & satisfacere ei, qui causam obtinuit, veluti pacto, vel exceptione, vel ipso jure, novatione, acceptilatione, noxæ deditione, si fuerit actio noxalis, *d.l.4. §.si ex conventione, §. penult. & ult. & l.6. §.1. de re judic. & l.17. de donat.* Solutionis enim verbum, inquit, Paulus in *l.54. de solut.* magis ad obligationis substantiam refertur, quam ad nummorum solutionem, id est, obligationem solvi: nomen solvi prætor exigit potius, quam nummos dari, quamvis dicat, *ut pecuniam solvat*, quia & qui alio modo satisfacit, pecuniam solvere videtur. Denique solutionis verbum in hoc edicto eandem vim habet, quam liberationis, id est, æque patet latissime atque liberationis verbum. Et sic legendum videtur in *l.47. de verbor. significat.* in qua idem Paulus, ut vulgo legitur *Liberationis,* inquit, *verbum eandem vim habet, quam solutionis*. Subjecta materia suadet, ut existimemus trajecta esse verba, & legendum *solutionis verbum*, quod est in edicto scilicet, *eandem vim habet, quam liberationis:* quamquam & vulgaris scriptura defendi possit hoc modo, si dicamus, hanc fuisse mentem Pauli, utroque verbo nos promiscue uti, solutionis verbum eandem vim habere, quam liberationis, & ex diverso liberationis verbum, eandem quoque vim habere, quam solutionis. Denique quod ad hoc edictum attinet, solutio accipitur pro liberatione. causa pro effectu quocunque, ut possessio sæpissime pro usucapione.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.LII. de Procurator. *Etsi consularis sit.*

HIC Liber est de bonis debitoris judicati, aut confessi, qui quod judicatum est, quodque confessus est, non solvit, auctoritate judicis possidendis, judicati sive crediti servandi causa, quod fit ex edicto prætoris variis ex causis, vel quia debitor fraudationis causa latitat, nec defenditur, vel quia judicio abest, posteaquam cavit judicio sisti, & similiter absens non defenditur, vel qui cum pupillus esset contraxit, & ex eo contractu convenitur nec defenditur, *l.2.3.5. & 7. quib. ex caus. in poss. eat.* Ad quas causas pertinet *l.52. de proc.* Et quæ etiam huic libro reddenda est *l.54.* male adscripta *libro 50. & l.pen. eod. tit.* Quoniam in eis legibus definitur, qua quisque absens, vel latitans, vel pupillus ratione recte defendatur, neque enim qualiscunque defensio sufficit, ne absentis, vel latitantis debitoris bona possideantur & veneant, sed recte defendi eum oportet, & boni viri arbitratu, ut ait *d. l. pen.* Omnis enim, qui defenditur, boni viri arbitratu defendendus est, quod & prætoris edicto expressum, *l. servum, §. ait prætor, hoc tit. l.7. §.1. quib. ex caus. in poss. eat.* Quid autem hoc est, *boni viri arbitratu?* puta judicio pro absente, vel latitante, vel pupillo suscepto, & peracto bona fide, & quod caput est, præstita satisdatione judicatum solvi, & judicato soluto, eoque defensa, ut dixi, bona fide sine dolo malo, *l. recte, de judic. l. generaliter, de administ. tut. l.5. §. nunc videamus, judicat. solvi.* Ac sine satisdatione quidem *judicatum solvi*, nemo alienæ rei, sive litis idoneus defensor esse intelligitur, ne locupletissimus qui-

quidem, aut consularis, id est, qui consul fuit, ut ait Paulus A in *l. 52. h. t.* licet consularis sane magna sit dignitas, *l. 3. §. ult. de recept. qui arbitr. l. 11. de dolo.* Sed hæc dignitas pro satisdatione non est. In re sua esset pro satisdatione, in rei alienæ defensione non supplet vicem satisdationis. Ideoque nec consularis idoneus est defensor sine satisdatione judicatum solvi: nec fœmina quoque, ut ait Paulus in *l. 54.* propter Senatusconsultum Vellejanum, quo infirmantur intercessiones mulierum. Et defenstrix (quo verbo usus est M. Tullius) alienæ rei plane intercedit pro alio. Nec item miles est idoneus defensor propter sacramentum militiæ, & disciplinam militarem, cui adstrictus est: neque item is, ut ait Paulus, qui Reipublicæ causa absuturus est, propter munus publicum, quod ei injunctum est, quodve in eo est, ut jam obire debeat. Eademque ratione, nec is, qui magistratum initurus est. Et recte igitur in *l. 52. consula-* B *ris*, nam consul designatus, vel qui jam consul renuntiatus est, nec cum satisdatione rei alienæ defensor esse potest. Non est etiam defensor idoneus, qui perpetuo morbo tenetur, quia nec suis rebus superesse potest, *l. 5. de postul.* Et generaliter, qui invitus in jus vocari, judiciumve pati non potest, quales multi enumerantur in *l. 2. 3. & 4. de in jus vocando*, idoneus defensor non est. In extremo autem hujus legis 54. ostenditur, tutores ibi esse defendendos, ubi tutelam administraverunt, videlicet, etiamsi ibi domicilium non habeant, id est, sedem facultatum, fortunarumque suarum, quia scilicet, & ibi conveniri possunt actione tutelæ, ubi tutelam administraverunt, imo, & si ibidem non defendantur, bona eorum posside ri possunt, *l. heres, §. 1. de judic.* Tutelæ administratio quasi contractus est, & quilibet ibi conveniri potest, & defendi debet, ubi con- C traxit contractum, aut delictum, neque ei quicquam prodest præscriptio fori, *l. 3. de reb. auct. jud. poss.* Et his de rebus scribentem Paulum, puto & id scripsisse, quod est in *l. 17. de novi oper. nunt.* quæ est ex hoc libro; per procuratorem quidem, vel defensorem, qui & ipse procurator sæpissime dicitur, nobis non semper adquiri actionem, quia libera persona est. Per eos, qui sunt in nostra potestate adquirimus actionem, per liberos homines à nobis bona fide possessos, tanquam servos, veluti per procuratores, per defensores, non semper nobis adquiruntur actiones, sed retinentur tamen per eos actiones, quæ nobis competunt semper, & pristinum jus, quod nobis quæsitum est, per eos nobis conservatur, ut puta quod *l. 17.* probat, si procurator, vel defensor meus, vicinum meum prohibeat opus novum facientem, & vicinus contra prohibitionem faciat, D non tam facto procuratoris mei, aut defensoris, quam facto vicini: denique utriusque concurrente facto, nobis utile est interdictum, quod vi, aut clam, ut restituat quod fecit contra prohibitionem. Prohibitio procuratoris demonstrat illum vim facere, & jus pristinum, quod ipse habuit prohibendi operis novi, mihi conservat, paratque in non obtemperantem prohibitioni interdictum, quod vi, aut clam factum est, ut *l. 72. de procur. l. 3. in princ. quod vi, aut clam.* Est & alia causa, ex qua bona debitoris à creditoribus possidenda sunt, si debitori defuncto nullus heres existat, expressa in edicto his verbis, *cui heres non extabit*, ut constat ex oratione pro Quintio, ubi heredis appellatio porrigitur etiam ad bonorum possessores, *l. 1. in fin. de muner. & hon.* Et ad hanc causam possessionis bonorum, sunt quæ pertinent ex hoc libro multæ leges, ac primum. E

Ad L. LXX. de Adquir. hered. *In plurium heredum gradibus hoc servandum est, ut si testamentum proferatur, prius à scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet, etiamsi idem sit, ad quem utroque modo pertineat: nam hoc gradatim consequitur, ut prius ex testamento delatam deinde legitimam repudiet. Idem juris est in bonorum possessione; ut prius scriptus repellat bonorum possessionem, deinde is, qui ab intestato petere potest.*

Ad §. Si vero ei, *ad quem legitima hereditas potest pertinere, conditio data sit; nihil constituere potest de legitima, antequam dies conditionis transeat. Et ideo dicendum est: & in eo casu, si responderit, neutram hereditatem ad se velle pertinere: bona defuncti à creditoribus possidenda sunt.*

Ad L. LVII. de Her. inst. *Si is, qui solvendo non est, servum cum libertate heredem instituerit, & liberum substituerit: ante incipiendum erit à substituto. Lex enim Ælia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres institutus est, conservat libertatem, si nemo alius ex eo testamento heres esse potest.*

Lex 70. *de adquir. heredit.* docet, quum quæritur, an aliquis defuncto heres existat, esse incipiendum ab heredibus testamento scriptis, quoniam eorum causa prior est; & ab institutis primum, deinde si instituti renuntiaverint, transeundum esse ad substitutos, quod proponitur initio legis 70. Cui mox, ut arbitror, neque fallor, adjecit Paulus quod ex ipso libro extat in *l. 57. de hered. institut.* Aliquando etiamsi in testamentis sint instituti, & substituti, incipiendum esse à substitutis, non ab institutis, à secundo heredum gradu, non à primo, *d. l. 57.* nempe in hoc casu: Debitor, qui solvendo non erat, in fraudem creditorum servum suum cum libertate heredem instituit, eique liberum hominem substituit vulgari modo, nullus est primus gradus, quia & nulla ipso jure libertas, id est, ex leg. Ælia Sentia, quæ datur in fraudem creditorum, ipso jure, id est, ex l. Ælia Sentia, & sine libertate heres esse non potest: servus domini heres esse nequit. Denique nulla libertas, nulla institutio est, quia non aliter lex Ælia Sentia servo proprio cum libertate heredi instituto in fraudem creditorum conservat libertatem, si uni tantum servo detur simul cum hereditate, quam si nemo alius ex eo testamento heres esse possit. At substitutus heres esse potest ex eo testamento: C ergo testamentum incipit à gradu substitutionis, à secundo gradu, quasi ipso jure nullo primo gradu, quod etiam fit, & evenit in specie *l. 75. de hered. instit.* Et in specie *l. 7. de inj. rupt. & irr. test.* Et hoc igitur casu, qui proponitur in *d. l. 57.* à substituto incipiendum, & quærendum est, nunquid ex substitutione heres esse velit: & si velit, bona à creditoribus non possideantur: si nolit, possideantur. Post heredes autem testamento scriptos primo, vel secundo gradu, ut in *d. l. 70.* Paulus docere pergit, transitio fit ad heredes legitimos, ad quos ab intestato hereditas redit, & ab eis quæritur, nunquid ab intestato heredes esse velint? Et hic ordo hæcve gradatio servatur, etiam si idem sit homo, cui utroque modo deferatur defuncti hereditas, ut puta si is, quem testator heredem scripsit, etiamsi intestatus decesserit, ei ab intestato heres futurus erat, veluti proximus agnatus. Nam hoc, ut ait, gradatim consequitur, ut D prius ex testamento delatam, deinde legitimam hereditatem repudiet. Causa testamenti præcedit causam intestati, atque ita, si utramque hereditatem repudiet testamentariam, & legitimam, tum bona à creditoribus possidenda, & distrahenda sunt. Idemque ordo servatur in bonorum possessione, nempe, ut prius repudietur bonorum possessio secundum tabulas, deinde bonorum possessio unde legitimi. Sequitur in *d. l. 70. in plurium. Si vero ei, ad quem legitima hereditas potest pertinere, conditio data sit.* Ubi ponenda est species in hunc modum: Quidam testamento Caii, ex asse heres institutus est sub conditione, *si post mortem meam*, dicente Cajo, *navis ex Asia venerit in diebus centum proximis; vel si Titio centum dederit in diebus triginta proximis à morte mea*, ut *l. 4. de rebus auct. jud. poss.* quæ est etiam ex eodem libro, *Conditio*, inquit, *data est heredi instituto.* E Recte. Nam & si proprie conditio non detur, sed adscribatur, *l. 3. §. conditio, de adim. leg.* tamen sæpe dari, & accipi dicitur: dari in *l. 11. de leg. 2. l. 5. de cond. inst. l. quod vulgo, de manum. test. l. Sticho, de usufr. leg. l. inter illam, de verbor. signif.* accipi in *l. quum pupillus, §. 1. de cond. & demonst.* Hæc autem in testamento Caii conditio heredi instituto data, vel adscripta, ad quem etiam ab intestato legitima ejusdem hereditas pertinebat, nihil potest decernere, vel constituere de legitima hereditate adeunda, vel repudianda, antequam dies conditionis adscriptæ institutioni exierit, intra quem scilicet conditio impleta non fuerit. Et ideo, si interim intra diem constitutum in jure, interrogatus responderit, se neutram hereditatem, ad se perti-

tine-

tinere velle, neque ex testamento, etiamsi conditio intra diem institutioni apposita impleretur, neque ab intestato intra diem conditione non impleta, & finito die. Quo genere utraque hereditas repudiatur, testamentaria, & legitima. Et *congruo loco*, id est, in jure, in tribunali competenti, repudiatio hereditatis debet fieri. In jure, *l. 3. & 4. C. de repud. her.* Itaque quia utramque hereditatem repudiavit, quasi nullo herede existente debitori, à creditoribus hereditariis bona defuncti possideri, & venundari possunt. Quod confirmat etiam *l. 1. de cur. bon. dand.* quæ est ex hoc lib. *l. 7. §. plane interdum, quib. ex caus. in poss. eat. l. inter bonor. de administ. tutor.*

Ad L. I. de Cur. bon. dand. *Si quis sub conditione heres institutus est, cogendus est conditioni parere, si potest: aut si responderit se non aditurum, etiamsi conditio extiterit, vendenda erunt bona defuncti.*

Ad §. Quod si nihil *facere potest, curator bonis constituendus erit, aut bona vendenda.*

Ad §. Sed si *grave æs alienum sit, quod ex pœna crescat: per curatorem solvendum æs alienum: sicuti cum venter in possessione sit: aut pupillus heres tutorem non habeat.*

SEntentia ejus legis est. Si quis sub conditione heres institutus sit, urgentibus creditoribus hereditariis, *cogendus est parere conditioni, si potest*, inquit, id est, si conditio sit in ejus potestate, veluti, *heres esto, si servum tuum manumiseris, heres esto, si Titio quinque dederis*: maxime si is heres sit in bonis, aut responderit in jure, se non aditurum, etiam si conditio extiterit. Atque ita si ante conditionis eventum, vel defectum repudiaverit hereditatem: bona defuncti debitoris creditoris quasi jam nullo herede existente possidere, & venundare possunt. Valet igitur repudiatio facta ante conditionem, quod tamen negat *l. 13. de adquir. hered.* Et sane simpliciter facta repudiatio ante conditionem non valet: frustra enim repudiatur, quod nondum delatum est, *l. 1. §. decretalis, de success. edic.* Sed si ante conditionem repudiatio fiat in jure sub commemoratione conditionis, ut ponitur in hac *l. 1.* & similiter ponendum est in *l. 70. de adquir. hered.* urgentibus creditoribus, ne longior eis mora fiat, omnimodo valet. Et hoc si conditio fuerit in potestate heredis, ut dixi, quam vocamus conditionem potestativam. Quod si conditio non fuerit in heredis, cui adscripta est, potestate, si fuerit in casum collata, si fuerit casualis conditio, veluti, si navis ex Asia venerit, atque ita non possit parere conditioni, neque etiam respondere, hereditatem ad se pertinere nolle, *si nihil facere possit*, inquit, id est, si neque possit implere conditionem, quod non sit in ejus potestate, neque etiam possit respondere, hereditatem ad se pertinere nolle, ut puta si servus proprius testatoris sub conditione heres institutus fuerit, ut ponitur in *d. l. 4. sup. de reb. auct. jud. poss.* quæ est ex eodem libro, qui quidem servus necessarius heres est, id est, sive velit sive nolit, omnino post mortem domini protinus necessarius heres existit, & frustra igitur responderit, hereditatem ad se pertinere nolle, qui necessarius est: hoc vero casu, aut similiter à creditoribus bona possidenda, & vendenda sunt, conditione scilicet defecta, vel non existente intra tempus à prætore definitum, ut *d. l. 4.* aut curator bonis custodiendis, & administrandis, & actionibus suscipiendis à prætore, vel à præside ex consensu majoris partis creditorum constituendus est: in actionibus, inquam, suscipiendis, vel instituendis à prætore, vel præside, ex consensu majoris partis creditorum constituendus est, qui & æs alienum, quod hereditati grave est, veluti quod sub pœna debetur, vel sub pignoribus pretiosis, quod ex pœna crescit, exsolvat interim, ut *l. 23. §. ult. de hered. inst.* Quod fit etiam, cum tantum non debitori nullus heres exstat, sed & ventre in possessionem misso, & curatore bonis, & ventri dato: nam & huic æque permittitur, ut interim æs, quod sub pœna debetur, exsolvat, *l. curat. de vent. in poss. mitt.* & mittitur causa cognita: idem etiam permittitur, ut in hac *l. 1.* ostenditur, curatori pupillo dato tutorem non habenti, si cum eo pupillo contractum sit, *d. l. 23. §. ult.* nam, vel hujus pupilli bona possidentur, non etiam venduntur, quoad pubuerit, vel curator eis datur,

---

Ad L. IV. de Reb. auct. jud. poss. *Si servus sub conditione heres institutus sit, aut dubium sit, an is heres liberque futurus sit; non est iniquum postulantibus creditoribus ita decerni: ut si ante certum tempus is heres non extiterit, perinde omnia observentur, ac si is heres ita institutus non esset. Quod plerumque accideret, si sub conditione dandæ alicui pecuniæ heres institutus sit, nec dies adpositus sit. Sed hoc quantum ad bona, ita observandum. Cæterum libertas ei quandoque competet, & à prætore conservanda est, etiamsi certum sit, neque heredem, neque bonorum possessorem futurum.*

Ad §. Si quis *tamen, heredem se spondendo, vel actiones patiendo, defunctum defendat: bona defuncti venire non poterunt.*

REliqua, quæ sunt ex libro 57. hodie absolvam. Ac primum interpretabor *legem 4. de reb. auct. jud. possid. seu vend.* Si servus à domino cum libertate heres institutus sit sub conditione, qui dicitur statuliber, & dubia est ejus ex testamento libertas, ut ait *l. 11. de leg. 2.* dubia est, inquam, ejus libertas ex testamento, propter incertum conditionis, quia fortasse non existet, *l. statuliber, de quæstion.* Iterum dico, dubia est eius ex testamento libertas, maxime si heres institutus sit sub conditione alicui dandæ pecuniæ, puta hoc modo, *heres esto, si Titio decem dederis*, die scilicet non adscripta, qua 10. daret. Et ille diem ex die trahat, non dando pecuniam, conditionem trahat, quod potest, cum non sit ei dies adscripta, qua daret. Quo exemplo Paulus utitur hoc loco. Unde & initio hujus legis, quod ita vulgo editum est; *Si servus sub conditione heres institutus sit, aut dubium sit, an is heres liberque futurus sit*, legendum adfirmo, *si servus sub conditione heres institutus sit, ita ut dubium sit, an is heres liberque futurus sit*, iteratis duabus postremis literis verbi *sit*. Cujusmodi errores sunt in Æ. Flor. quamplurimi, & in aliis etiam auctoribus: hoc perspicue rectum est, quia, & ut jam occupavi dicere ex *l. 11. de leg. 2.* statuliberis, id est, heredis & liberi scripti sub conditione dubia est libertas, propter ambiguum conditionis. Hoc vero casu, dum in dubio est libertas servi à domino heredis instituti, postulantibus creditoribus defuncti domini, ita decernit prætor causa cognita, ut si is intra certum tempus heres non extiterit, impleta conditione scilicet, id est, data Titio pecunia, quam dare jussus est: perinde omnia observentur, atque si ita herer institutus non esset, id est, ut bona defuncti nomine à creditoribus possideantur rei servandæ causa, & si res exegerit, distrahantur, aut curator bonis detur, qui exerceat, excipiatque omnes actiones, & bona distrahat, quæ servari non possunt, vel ut bona distrahat æris alieni dissolvendi causa, quod grave imminet, puta, quod debetur sub pœna, vel sub pignoribus pretiosis, vel quod debetur fisco gravissimo exactori. Et hoc ostenditur in *l. 23. §. 1. & §. seq. de hered. instit. & l. 1. de cur. bon. dand.* modo exposita, & *l. 8. sup. tit. prox.* Ad quam legem 8. ex hoc ipso Pauli libro additur initio legis 9. vel unum ex creditoribus bonis debitoris curatorem dari posse, ut *l. 7. §. Labeo, eod. tit.* posse, & non crediturem bonis curatorem dari, ut *l. 2. §. quæritur, in fi. de curat. bon. dand.* Plerurque dari unum ex creditoribus ex consensu cæterorum. Cæterum in specie proposita servo libertas quandoque impleta conditione à prætore conservatur, etiam si neque heres defuncto, neque bonorum possessor extiterit. Bona possidentur, & distrahuntur re exigente, aut eis curator datur. Libertas integra manet servo, etiamsi heres non extiterit, & distracta bona fuerint, si quando impleverit conditionem adscriptam libertati, & institutioni, idque exemplo Senatusconsulti facti temporibus Adriani, cujus mentio fit in *l. 5. de fideicom. libert.* quæ lex, cum sit ex hoc libro, & quodammodo huic loco cohæreat, hic obiter nobis explicanda est.

Ad L. V. de Fideicommiss. libertat. *In fideicommissariis*

liber-

Digitized by Google

libertatibus si absente herede prætor pronuntiasset libertatem deberi: est & liber, & defuncti libertus, si & servus ejus fuit, aut heredis, si servus heredis sit: Imo & si sine successore heres decesserit: conservandam esse libertatem, senatus Hadriani temporibus censuit.

SI heres rogatus sit, servum defuncti, vel servum suum manumittere, & frustrandæ, & detrectandæ libertatis, non ex justa causa absit, vel latitet, prætor pronuntiat servo libertatem deberi, quo facto liber fit, & libertus Orcinus, si defuncti servus fuerit, ex Senatusconsulto Rubriano, quod factum est Trajani temporibus, *l.26. §. subventum, hoc tit. de fid. lib. l. 3. §. plane, de leg.tut.* vel fit libertus heredis, si heredis servus fuerit ex Senatusconsulto Junciano, & si ab herede reipsa manumissus non fuerit, qui interim aberat non ex justa causa, *l. 28. §. si quis servum, de fid. libert.* Quin etiam, & si heres, à quo fideicommissaria libertas relicta est, vita decesserit, nullo successore relicto, transit illa *l. 5.* ab herede absente ad heredem plane absentem, id est, mortuum, nullo relicto successore: quo etiam casu ex alio Senatusconsulto, quod factum esse ait Adriani temporibus, servo conservatur libertas, & secundum distinctionem superiorem, vel Orcinus fit libertus testatoris defuncti, vel heredis defuncti. Et hæc est sententia *d. l.5.*

Iterum ad L.IV. De reb.auct. jud. poss. cujus verba supra sunt adscripta.

NUnc redeamus ad *l. 4. de reb. auct. jud. poss.* quæ necdum absoluta est. In extremo ait, *si heres institutus respondeat, se heredem esse velle,* ut puta extraneus heres institutus, si adeat hereditatem, si dicat in jure, *cum me Titius heredem instituerit, eam hereditatem adeo, cernoque,* ut in regulis Ulpiani, & in *l.eam, qui, §. ult. de adqu.hered.* vel si defuncto debitori defensor aliquis existat, qui actiones hereditarias suscipiat, qui utique si fuerit scriptus, hoc ipso gerere se pro herede videtur, tunc bona defuncti, in quæ interim missi sunt creditores, à creditoribus venire non possunt, quia cessat causa edicti de possidendis, & vendundis bonis. Defuncto enim heres, vel defensor extitit. Finis igitur hujus legis 4. est de extraneo herede, cui etiam sub conditione heredi instituto postulantibus creditoribus defuncti prætor certum diem præfinire solet, intra quem deliberet, ut vel adeat, vel omittat hereditatem, *d. l. 23. §. 1. & §. seq. de hered. instit.* In ejus autem est arbitrio, quem diem præfiniat, dummodo ut ex hoc libro Paulus scripsit, non minus, quam 100. dies præfiniat ad deliberandum, & consultandum de adeunda, & non adeunda hereditate, *l.2. de jure delib.* quæ est ex hoc libro.

Ad L. II. de Jure deliber. *Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi.*

ET hoc etiam tempus 100. dierum est solemne tempus cretionis, & agnoscendæ bonorum possessionis. Quod si duo sint heredes, & eis à prætore tempora præstituta sint ad deliberandum; intra quæ unus respondeat, se non aditurum hereditatem, alter deliberet adhuc, & cunctetur, Paulus hoc ipso libro, & in *l. 9. quib. ex caus. in poss. eat. tit. prox. sup.* de cujus initio jam dixi supra, eum dixi unum ex creditoribus bonis curatorem dari posse, ait, quotiens unus ex heredibus cunctatur, alter decrevit & constituit, se heredem esse nolle, inter moras creditores in possessionem bonorum mitti *custodiæ causa*, non venditionis causa, *donec appareat is, qui deliberat, utrum agnoscat partem suam, an non agnoscat.* Ait, *custodiæ causa, non venditionis causa,* ut *l. penult. §. creditores, ati possid.* Est etiam in eodem titulo *quibus ex causis in possess. eat. l. 6.* ex hoc Pauli libro, quæ primum docet.

Ad L. VI. Quibus ex causis in possess. eatur. *In possessionem mitti solet creditor, etsi sub conditione ei pecunia promissa sit.*

Ad §. Cum dicitur; *& ejus, cujus bona possessa sunt à creditoribus, veneant, præterquam pupilli, & ejus, qui reipublicæ causa sine dolo malo abfuit, intelligimus, ejus, qui dolo malo abfuerit posse venire.*

Ad §. Si ab hostibus *quis captus sit, creditores ejus in possessionem mittendi sunt, ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur.*

ETiam creditores conditionales debitore absente, aut latitante, aut indefenso, & defuncto sine successore, mitti solere in possessionem bonorum custodiæ causa, recte solere; hunc esse morem judiciorum. Nam jure creditores conditionales non mittuntur in possessionem, & impune etiam prohibentur possessionem ingredi, *d. l. pen. eod. tit.* nec missionis ullus est effectus, antequam conditio extiterit, quia bona vendi non possunt, *l.7. §. si in diem, eod. tit.* Denique si initium spectemus, creditores conditionales mittuntur in possessionem: si exitum rei, non mittuntur, quia ejus vendere bona non possunt, quia nec pecunia eis, nec cautio ulla debetur, antequam conditio extiterit. Et ita initium legis 6. est conciliandum cum *l. pen.* Post hæc *d. l. 6. §. 1.* Paulus docet, bona ejus, qui dolo malo abfuerit reipubl. causa, forte sub specie liberæ legationis, possideri à creditoribus, & venire posse. Bona autem ejus, qui reipublicæ causa, sine dolo malo abfuerit, quæ verba etiam sunt in edicto, *ex quibus causis major.* ex hoc edicto, de quo agimus possideri non posse, aut si possidentur, certe venire non posse, antequam redierit, *l. 4. C. de rest. mil.* curatorem interim bonis dari posse. Vetus est edictum Servilii consulis apud Titum Livium lib.2. *Ne quis militis, donec esset in castris, bona possideret, aut venderet.* Idemque servatur in pupilli bonis indefensi, id est, qui ex suo contractu non defenditur. Possideri enim possunt, & curator bonis dari, distrahi autem non possunt ante pubertatem, *l.3. 5. & 12. hoc tit. l.33. in princ. tit. seq. l.1. inf. de curat. bon. dand.* Idem servatur in bonis capti ab hostibus: nam & hujus si non defendatur adversus creditores, bona possideri possunt, aut interim bonis curator dari unus ex creditoribus; venire autem non possunt, *l. ult. tit. seq. l. 1. §. ult. de mun. & honor. l. ab hostibus, §. 1. ex quib. caus. major. l. 7. inf. de tut. & rat. distrah. l. 3. C. de postlim. & rever. ab hostibus.*

Ad L. XXXV. de Usur. *Lite contestata usuræ currunt.*

REstat adhuc ex hoc libro *l.35. de usur. & l. 18. de novation.* quarum conjunctio constituit unam differentiam inter novationem voluntariam, quæ fit per stipulationem, & novationem necessariam, quæ fit ex necessitate, inquit *l.ult. de separat,* nimirum judicio accepto, quod ut ait *l. si inter, §. Stichum, de verb.oblig.* invitus debitur accipit lite contestata. Atque ita lite contestata novatio fit obligationis, quia statim contrahitur cum adversario, cum quo lis contestatur, & sequuta condemnatione actio pristina convertitur in judicati actionem, *l. si fundus, §. si pluris, de pignor. l. pen. §. ult. C. de usur. rei jud.* Jam intelligitis quæ sit novatio necessaria, & quæ voluntaria. Non accipe differentiam, quam conjunctio duarum illarum legum demonstrat aperte. Facta novatione voluntaria per stipulationem, usuræ debiti currere desinunt, quæ accedebant priori obligationi, *d. l.18. & 17. eod. tit.* At facta novatione necessaria, id est, *lite contestata, usuræ* prioris obligationis, pendente judicio *currere* non desinunt, *d. l. 35. & l. 1. C. de judic.* sed post tempora legitima judicati faciendi usuræ rei judicatæ ex posteriori obligatione, id est, ex causa judicati currere incipiunt, *d.l.pen. C. de usur. rei judic.* Sunt & multæ aliæ differentiæ inter hæc duo genera novationum, quæ notantur in *l.29. de novat.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XX. de Judic. *Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicunque aliquis obligetur, & contrahi videatur: quamvis non ex crediti causa debeatur.*

UT superior, ita hic etiam liber fuit de possidendis, aut vendendis debitorum bonis latitantium, vel absentium, & indefensorum, vel defunctorum sine successore. Et quod ait *l. 1. 2. & 3. de reb. auctor. judic. possid.* bona ibi venire oportere, ubi debitor domicilium habet, aut ubi contra sit, id *l.20. de judic.* quæ prima se offert ex hoc libro, docet accipiendum esse latissime, scilicet pro omni debitore ex quacunque causa, ex contractu quocunque, ex delicto, vel quasi ex delicto, non pro eo tantum, qui ex mutui, sive crediti causa debet. Sicut vice flexa creditor dicitur non is tantum, qui pecuniam credidit, sed omnis, cui ex alia quacunque causa debetur, *l.1. de verb. sign.* Specialiter, & stricte creditor est, qui mutuam pecuniam dedit, ut cum dicitur, invito creditori aliud pro alio solvi non posse, *l.2. §. mutui, de reb. cred.* Specialiter item debitor est, qui mutuam pecuniam accepit, ut cum dicitur incendium ære alieno non liberare debitorem, *l. incendium, C. si cert. pet.* nec enim hoc dicitur de quocunque debitore, sed de debitore tantum mutuatitiæ pecuniæ. At in edicto de bonis debitorum à creditoribus possidendis, & venundandis, debitorum, & creditorum appellatio latissime manat, & complectitur omnes eos, qui debent, quibusve debetur, & si non sit mutua pecunia, sed contractus, ut ait *l. 10. in fi. de verb. sign.* sed contractus scilicet, ex quo ultro citroque nascatur obligatio. Ex mutuo obligatio nascitur ex uno tantum latere .i. ex parte accipientis, non ex parte dantis. Imo & contractus nomen est generaliter accipiendum, ut comprehendat quamcunque quis contraxerit obligationem, ex contractu, vel ex delicto, vel quasi ex contractu, vel quasi ex delicto. Ex pacto non contrahitur obligatio. Ubi igitur quisque contraxit quamcumque obligationem, quacunque ex causa, ubi negotium aliquod gessit, ubi deliquit, ibi contraxisse videtur: & ibi conveniri, ibi defendi: ibi bona ejus possideri, & distrahi possunt. Quæ est sententia d. l. 20. Theod. Imperator in Nov.2. *de amota mil. fori præsc. Leges*, ait, *specialiter fori præscriptionibus, & contractus & negotia gesta, & delicta subtrahere, nec pati aliquem, qui quid in qualibet provincia criminose commiserit, vel qui alicubi contraxit, vel qui in quodam loco negotia gesserit aliena, iis, se posse præscriptionibus defendere.* Denique domum revocare non posse. *Il ne peut demander son renvoy.* Quod confirmat *l.2. §. omnes, & l.19. §.1. & seq. de judic. & l.4. §. ult. de edend. & l. 54. in fi. de procur.* quam exposuimus superiore libro, *& l.7. §. pen. de accus. l. 1. C. ubi de crimin. agi op.* Symmachus 1. epist. *Facinus ubi admissum est, ibi debere expiari.* Sequitur ex hoc ipso libro *l.9. de jure delib.*

Ad L. IX. de Jure delib. *Filius, dum deliberat, alimenta habere debet ex hereditate.*

QUæ docet, filium, cui postulantibus creditoribus defuncti patris, à prætore præstitutum est tempus, intra quod deliberaret de amplectenda, vel omittenda hereditate paterna, interim alendum esse ex hereditate, quia scilicet pene ad bona propria venit. Aliud ergo in extraneo juris est, etiamsi pupillus sit, quod male glossa negavit. Ergo quod dicitur in *l.33. in princ. de rebus auct. jud. possid.* si pupillus ex contractu suo, non ex paterno scilicet, ait, *ex contractu suo*, πρὸς διαστολὴν contractus paterni, si, inquam, pupillus ex contractu suo conveniatur nec defendatur, etiamsi creditores bona ejus possidere cœperint, deminutionem ex ejus bonis, quæ scilicet à patre obvenerint, esse faciendam vescendi pupilli causa, quoad pubuerit, dilata scilicet, ut heri exposui, venditione bonorum in tempus pubertatis: id, inquam, de pupillo herede patris accipiendum est, non de impubere extraneo: nam & hoc pupilli nomen innuit: dicitur enim *pupillus*, non quilibet impubes, sed impubes patre orbatus, aut familia patris. Et huic sententiæ *l.33.* omnino simile est, quod ex sententiis Pauli exstat in *l. ult. de reb. auct. jud. poss.* sed depravatum. Vox enim *minoribus* in ea importuna est, & ut opinor, depravata ex voce bonorum. Proinde restituendam esse sententiam Pauli in hunc modum: *Pupillus si non defendatur in possessione bonorum creditoribus constitutis ex iis*, bonis scilicet, *ei usque ad pubertatem alimenta præstanda sunt.* Et de pupillo etiam *l.4. quib. ex causis in poss. eat.*

Ad L. IV. Quib. ex caus. in poss. eat. *Sed & is, qui miscuit se, contrahere videtur.*

QUæ docet, pupillum, qui miscuit se bonis paternis, contraxisse videri cum creditoribus paternis, & quasi ex suo contractu conveniri: & si non defendatur, bona ejus possideri posse, non etiam distrahi ante pubertatem. Rectissime: Nam & hic extraneus, qui adiit hereditatem, cum creditoribus hereditariis contraxisse videtur, *l.8. de adquir. hered.* quive petiit bonorum possessionem secundum tabulas, *l. pen. in fi. de separat.* Aditio, pro herede geritio, agnitio bonorum possessionis, immixtio, quasi contractus est, quia æri alieno obligat. Ergo hac in causa, ut scilicet bona possideri, & ubi id res exigit, & personæ conditio patitur, venundari possint, aditio, vel immixtio pro contractu habetur, secundum generalem definitionem, *l.20. de judic.* ad quem etiam hæc addenda sunt. Transeo ad *l.6. de rebus auct. judic. possid.* quæ etiam de pupillo est ex hoc libro.

Ad L. VI. de reb. auct. jud. poss. *Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, prætor bona defuncti venire permittit; ut quod superaverit pupillo restituatur.*

Ad §. Si pupillus, *antequam abstineret, aliquid gesserit, servandum est: utique si bona fide gessit.*

Ad §. Quod ergo, *si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? Si quæratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum, Julianus ait: Ne alterius, aut negligentia, aut cupiditas, huic, qui diligens fuit, noceat. Quod si utroque instante, tibi gratificatus, tutor solvit: æquum esse, aut prius eandem portionem mihi quæri, aut communicandam quod accepisti. Et hoc Julianus ait. Apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit. Quid ergo, si aliunde pupillus solverit? reddi ei debebit necne? & utrum à creditore, an ex hereditate? Scævola noster ait; si aliquid sit in bonis: deducendum ex hereditate solidum, exemplo ejus, qui gessit negotia. Sed si nihil sit in bonis: non esse iniquum, adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti.*

SI pupillo non expediat immiscere se bonis parentis, in cujus potestate fuerit, atque adeo, cui suus heres existit, si ei non expediat retinere hereditatem parentis, quæ ei quasi suo heredi ipso jure defertur, propter onera hereditaria, onera æris alieni scilicet à defuncto parente contracti, hoc casu, ex prætoris edicto, ut proponitur initio hujus legis 6. defuncti bona à creditoribus hereditariis non tantum possideri, sed etiam vendi possunt, ea tamen lege, & conditione, ut impletis, & absolutis creditoribus, si quid supersit ex bonis defuncti, id pupillo servetur, & restituatur, ut fit in specie *l. si pupillus, ad Trebell.* Si pupillus immiscuisset se bonis ante pubertatem, non permitteret prætor venditionem bonorum, sed ubi se non miscuit bonis, eam permittit statim. Recte autem ait, *hereditatem retinere, aut non retinere suum heredem*, ut prætor in edicto, *l.7. de jur. delib.* qui sui heredes non adire hereditatem, sed retine-

Digitized by Google

A cincre dicuntur, *l.si patronus*, *§.ult.de bonis libert.* quia vivo parente quodammodo eorum bonorum domini sunt, *l.in suis, de liber.& postum.* Sequitur §.1.

AD *§.Si pupillus.* Si pupillus, cum patri heres extitisset, postea abstinuerit se bonis paternis, heres existit ipso jure invitus,& ignorans,sed si postquam heres extitit patri, abstinuerit se beneficio prætoris bonis paternis, & bona paterna à creditoribus possideantur,non posse creditores, nec si bona venundederint, aut emptores bonorum, non posse infirmare,quæ pupillus recte,& bona fide gessit, antequam se abstineret.Itaque si tutore auctore rem mobilem vendiderit,ratam habendam esse venditionem, *l.quotiens, de adquir. hered.* Et consequenter si ex fideicommisso, servum hereditarium manumiserit tutore auctore, ut *l.ex causa,de fid.libert.* B vel si quibusdam creditoribus hereditariis solverit, id ratum habendum esse, cæteris creditoribus denegata soluti repetitione. Julianus(ut hic refertur,& ex hoc loco adjiciendum est in *d.l.quotiens,*quæ Juliani est) Julianus,inquam, id non temere, sed ex causa statuendum esse ait, ne scilicet cæteris creditoribus recte soluti repetitio detur, hac ratione,ne alterius creditoris negligentia in non exigendo debito,aut cupiditas repetentis ea,quæ alii recte soluta sunt,ei, cui recte sunt soluta,id est, ei,qui diligens fuit, qui sibi vigilavit,ut suum maturius reciperet,*noceat:*qui locus,*diligentiæ* duo extrema facit,*negligentiam, & cupiditatem.* Hoc, inquam,casu à creditore,qui suum maturius recepit, cæteri, quod recepit, repetere non possunt;solutio ei à pupillo recte facta rata habenda est. At si cum duo essent creditores paterni, uterque fuerit diligens in appellando pupillo,uter- C que pupillum appellaverit,& institerit,ut sibi debitum solveretur,& tutor forte cum pupillus solidum singulis solvere non posset, uni gratificatus solidum solverit ex bonis paternis, alterum ex residuis bonis paternis, solidum solvi non possit,& res ita gesta sit,itaque processerit, antequam tutor pupillum abstineret,idem Julianus ait,priusquam bona veneant,aut alteri creditori tantum dandum esse,quantum tutor dedit ei,cui gratificatus est,aut,quod ei dedit,alteri communicandum esse, ita scilicet, ut utriusque portio exæquetur. Quoniam & æqua fuit utriusque diligentia, ut fit etiam inter socios, *l.verum, §.si cum tres, pro socio.* Et hoc, ut dixi,quoties par fuit utriusque diligentia creditoris, par instantia,& cum ex paternis bonis solutum est.Quod si pupillus aliunde solverit,non ex paternis bonis, deinde abstinuerit se hereditate paterna,id quod solvit deducendum est D ex hereditate patris quasi æs alienum, sicut & si quis alius solvisset de suo creditoribus amici sui vita defuncti animo gerendi negotii,& conservandæ famæ defuncti, id proculdubio bonis deducetur,quasi æs alienum, *l.3. §. hæc verba, de neg.gest. l.1.de rel.& sumpt.* At si hereditas patris non sit idonea, si perexigua sit,si nihil sit in bonis patris, tunc æquum est pupillo, qui de suo solvit, subveniri adversus creditorem, cui solvit de suo, per condictionem indebiti, quia ex post facto secuta abstentione pupilli, apparuit id ei pupillum non debuisse. Et hæc est sententia l.6.in qua notandum est novum loquendi genus, *non esse iniquum adversus creditorem dandam esse repetitionem,quasi indebiti soluti:* non esse iniquum,dandam repetitionem,quomodo Thucydid.sæpe. Restat ex hoc lib.l.77.de V.O.

E Ad L.LXXVII. de Verb.oblig. *Ad diem sub pœna pecunia promissa,& ante diem mortuo promissore,committetur pœna, licet non sit hereditas ejus adita.*

LEx 77.*de verb.oblig.* ait, pecunia promissa ad diem sub pœna,si ea die non solveretur,mortuo promissore ante diem,pœnam committi,& deberi,etiamsi nullus defuncto heres existat,qui interpellari possit,nimirum quia nec necessaria interpellatio est,die satis interpellante, *l.trajectitiæ, de oblig.& act.l.ult.de naut.fœn.*Itaque in vendundis bonis,quæ utique à creditoribus,si qui sunt,vendenda sunt,quia debitori heres non extat,stipulator non sortem tantum, sed & pœnam, quæ ex die commissa est, cæteris creditoribus reputabit pro rata. Et ita hæc l.77. ad hunc tractatum est accommodanda

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

IN hoc etiam Libro, cujus partem hodie explicabo, Paulus persequitur institutam quæstionem jam antea lib. 57. de bonis auctoritate judicis possidendis, seu vendendis. Ac primum quidem in *l.19. de acquir.hered.*

Ad L.XIX. de Acquir.hered. *Qui hereditatem, vel bonorum possessionem petere volet: certus esse debet, defunctum esse testatorem.*

REspiciens ad hæc edicti verba, cui heres non extabit, quæ libro 57.jam diximus porrigi etiam ad bonorum possessionem,ac si prætor dixisset, *cui heres, aut bonorum possessor nec exstabit*, ex *l.70. de hered.adquir. & l.4. de rebus auct.jud.poss. & l.1. §.ult. de muner. & honor.* Respiciens, inquam,ad ea edicti verba, docet in *d.l.19.* heredem, aut bonorum possessorem neminem existere posse adita hereditate, petita bonorum possessione ex testamento, nisi certus fuerit defunctum esse testatorem, quia scilicet nec viventis, nec ejus, cujus mors incerta est, dici potest hereditas, *l.1. de hered.vend.* Arnob. in Psalm. 158. *Non dicitur,* inquit, *hereditas, nisi mortuus fuerit qui heredem instituit.* Liquido autem certus esse debet heres, aut bonorum possessor de morte testatoris: liquido, non per nuntium, qui plerumque falsus testis est, ut inter sententias Pauli memini me legere de matris morte filios certiores esse debere, non nuntio accepto, sed liquido comperta morte ejus. Ab hac pusilla sententia Pauli, sive *leg.19. de adquir.hered.* transeamus ad *leg.10. de reb. auct. jud. poss.* quæ etiam ipsa pusilla est.

Ad L.X. de Reb. auct.jud. poss. *Nisi quatenus ad eum pervenit.*

SI creditor, qui in possessionem bonorum debitoris missus est rei servandæ causa, dolo malo deteriorem possessionem fecerit, deteriores agros, eo nomine debitori tenetur actione in factum ex edicto, quod proponitur initio *legis 9.sup. hoc tit. de reb.auct.jud.* quæ tamen actio exemplo actionis de dolo, finitur anno utili etiam hodie (Qua tamen comparatione hodie non utimur) Recte, actione de dolo scilicet cum hac actione in factum, quamvis & hæc actio ex dolo detur creditori,quia hodie actio de dolo finitur biennio continuo ex constitutione Constantini, non anno utili, qui plerumque producebatur ultra biennium. Ac similiter hodie non dicam hanc actionem in factum finiri biennio continuo: major enim est ratio coarctandæ actionis de dolo, quæ est famosa, quam hujus actionis,quæ famosa non est.Idcirco dixi,hanc actionem etiam hodie post Constantinum finiri anno utili, ac præterea in heredes, cæterosque successores non dari, quia ex delicto nascitur, ex damno possessioni dato, & ut eleganter ait (quod maxime notandum) *l.9. §.ult. sup. Hæc actio in factum pœnæ nomine concipitur.* Heredes autem in pœnam non succedunt, *l.pen. de nov.oper.nunt. l.quod diximus, §.ult. de eo, quod metus causa.* Hæc, inquam, actio in factum, quæ datur in creditorem missum in possessionem, qui dolo malo deteriorem fecit possessionis causam, non est pœnalis, sed pœnæ nomine concipitur. Sed quia factum creditoris punit, ut de alia actione in factum huic non absimili ait *l.9. quod fals.tut.auct.* Actor tamen præter rem nihil consequitur, præter id quod interest:scilicet exitus judicii est reciperatio ejus quod interest, in rem tamen concipitur pœnæ nomine, in hoc scilicet, ut factum

ejus puniatur : actor, inquam, nihil prætee rem coolequitur. A Itaque & rei actio persecutionem habet, sit ait lex, quæ sequitur *l.* 11. rei persecutionem continet. Quod dici etiam potest de actione de dolo, ex delicto eam oriri, & ex damno dato : dolus, qui neminem lædit, non plectitur actione de dolo, sed dolus, ex quo damnum contingit actori. actionem, inquam, de dolo oriri ex delicto, ex damno dato, & pertinere quidem ad rei persecutionem, sed pœnæ nomine concipi, ut puniatur factum varii, & perfidi hominis. Idem dici non potest de condictione furtiva, & de condictione rerum amotarum, neque enim pœnæ nomine concipitur, puta in hoc, ut puniatur factum rei, sed in hoc tantum, ut actor rem suam recipiat, & ideo anno non finitur, sed perpetua est actio, *l.21.§. hæc actio, rer. amot.* In heredes autem non datur, nisi quatenus ad eos pervenit, *l.3. C. rer. amot. l.9. in fi. cum l. seq. de tut. & rat. dist.* B Actio de dolo pœnæ nomine concipitur, non tamen ex ea actor pœnam consequitur, sed rem consequitur tantum, vel ut Glossæ loquuntur, actio de dolo pœnalis est ex parte rei, non ex parte actoris, & ideo finitur anno. Pœnales actiones, quæ pœnæ nomine concipiuntur, brevitate temporis constringuntur. Cujusmodi est illa actio in factum, de qua in *l.9. quod fals. tut. auct.* & actio in factum *de alien. jud. mut. caus.* quæ etiam anno finitur, *l.7. de alien. jud. & l.* 14. *&* 16. *de aq. & aq. pluv.* Item ejusmodi est actio in factum ex hoc edicto de possidendis bonis : nullæ vero ex his omnibus actionibus, quarum ante mentionem feci, in heredes dantur, nisi si quid ad eos ex dolo defuncti pervenerit. Quod & de hac actione ex hoc Pauli libro notatur in *l.* 10. *de reb. auct. jud.* Et rursus ex iis actionibus, quæ alias in eum, qui dolum admisit, sunt annuæ actiones, de eo quod ad heredes C pervenit, in eos sunt perpetuæ : & quæ famosa est in eum, qui dolum admisit, ut actio de dolo, quæ sola ex superioribus famosa est, & turpis, in heredes non est famosa, quibus cum agitur de eo, quod ad eos pervenit, *l.21. in fine, & l. 30. de dolo.* Actiones superiores, quæ omnes sunt in factum, etiamsi ex dolo dentur, tamen non sunt famosæ, quia non personam notant, sed factum, sive rem gestam tantum demonstrant, rem, non hominem notant, ut M. Tull. dixit pro Mil. de Senatusconsulto, quo Senatus judicavit, cædem, qua Publ. Clodius occisus erat, contra Rempub. factam videri, & placere Senatui, ut ea de re quæreretur, ait, *Senatum rem notare, non personam*: quod necdum esset certum quis Clodium occidisset. Eodemque modo Lampridius in Alex. Severo, *Si quid minus bene factum erat*, id, inquit, *Severus convincebat, & reprehendebat in factum*, in- D quit, *& sine amaritudine pectoris*, notans factum scilic. non personam, quæ fecisset. Quo modo quæcumque concipiuntur actiones, quæ componuntur in factum, & appellantur in *factum*, rem notant, non personam. Et ideo nullæ ex eis famosæ sunt, *l. non debet*, in *fi.* de *dolo*, l. 1. C. de *jure dot.*

Ad L.XII.eod. *Cum unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti: quæritur, utrum solus is, qui petit, possidere potest : an cum unus petit, & prætor permisit, omnibus creditoribus aditus sit ? & commodius dicitur, cum prætor permiserit, non tam personæ solius petentis, quam creditoribus, & in rem permissum videri. quod & Labeo putat. Nec videbitur libera persona adquirere alii, quia nec sibi quicquam adquirit, cui prætor permittit : sed aliquid ex ordine facit. Et ideo cæteris quoque prodest. Plane si is postulaverit, qui* E *creditor non est : minime dicendum est, vel eum, qui creditor est, possidere posse : quia nihil egit talis postulatio. Aliter atque si creditor, cui permissum est possidere, postea recepit debitum suum : cæteri enim poterunt peragere bonorum venditionem.*

Ad §. Is, qui *possidere jubetur, eo loco jussus videtur, cujus cura ad jubentem pertinet.*

Ad §. Si propter *naturam rei, veluti si prædium inundatum sit, aut propter latronum potentiam, non potest possideri : recte dicitur non esse quod possideatur.*

Est etiam in eodem titulo de *reb. auct. jud. possid.* l. 12. in qua quæritur, si unus ex creditoribus postulaverit à A prætore rei servandæ causa, se mitti in possessionem bonorum debitoris, forte latitantis, & indefensi, aut non recte defensi, & ei soli prætor permiserit possessionem, ei soli, cum & ipse solus postulaverit, cæteri creditores cessarint, an decretum prætoris cæteris creditoribus proficiat, qui idem non postulaverint ? Quæ vetus est quæstio, definita distinctius certis præscriptis temporibus, intra quæ cæteri creditores venirent, à Justiniano in *l. ult. C. eod.* tit. Et ex Labeone refert hoc loco Paulus, atque definit, prætorem permittentem possessionem rei servandæ causa uni ex creditoribus, qui eam sibi permitti desiderat, non tam personæ petentis, quam aliis creditoribus, & in rem sive generaliter eam permittere. Qua de causa & Græci interpretes vocant τὴν καθόλου νομὴν τῶν δανειστῶν. Itaque, vel unum creditoribus, qui missus est in possessionem rei servandæ B causa, non sibi tantum, sed omnibus possidere, *l.5.§. si plures, ut in poss. leg.* Aliter quam si unus ex legatariis missus sit in possessionem legatorum servandorum causa, ut ibidem ostenditur, vel unus ex pluribus vicinis ex damni infecti causa, quoniam his casibus is, qui missus est, sibi possidet tantum, non omnibus, nam & dispar est possessionis causa. Legatarius, aut vicinus possidet cautionis vice, & ideo vicaria possessio dicitur, quia ei non cavetur legatorum nomine, vel damni infecti. At creditor non possidet cautionis vice, sed pignoris, sive crediti servandi causa, quod pignus, cum occupet omnia bona debitoris, æquum est, ut posteaquam constitutum est semel permissu prætoris, proficiat etiam cæteris omnibus creditoribus missio in possessionem, quæ fit rei servandæ causa, constituit prætorium pignus, & ut ait hoc loco: *constituit in rem, non in per-* C *sonam petentis*, ut in *l.9.§. animadvertendum, quod met. caus.* dicitur, prætorem in edicto, *quod metus causa*, loqui generaliter, & in rem, non notata persona ejus, qui metum intulit. Neque vero quemquam eo moveri debere, ait Paulus hoc loco : *quod libera persona alii adquirere non possit*, quia & is, cui prætor permittit possessionem bonorum debitoris, nihil sibi adquirit, *sed aliquid ex ordine facit*, inquit, id est, exequitur solemnem juris ordinem, quo res servetur creditoribus. Et Paulus subjicit, si is postulaverit se mitti in possessionem bonorum debitoris, qui creditor non est, nullam postulationem esse, falsam postulationem esse, ergo nullam, quia & falsum debitum est; ac proinde nullum decretum prætoris esse, & ideo impune eum prohiberi, ne ingrediatur possessionem, ac nec ei, nec veris creditoribus eam rem quicquam proficere, quod confirmat *l. 1. §. hæc* D *verba, ne vis fiat ei, qui in poss. miss.* Postulatio igitur veri creditoris dumtaxat proficit cęteris creditoribus nihil agentibus, etiamsi is, qui mitti postulavit, postea recepit debitum suum. Et ideo eo absoluto, & adimpleto, qui missus est solus, cæteri possunt peragere venditionem bonorum, quasi & ipsi missi sint : *poterunt*, inquit, *peragere venditionem bonorum*, & ut M. Tull. ait pro Quintio : *poterunt transigere susceptum negotium. Primum enim quæro*, inquit, *qua ratione Mævius susceptum negotium non transegerit*, id est, *cur bona, quæ ex edicto possidebat, non vendiderit : cur ex tot creditoribus aliis ad istam auctionem nemo accesserit ?* Hæc Tull. Patebat enim omnibus aditus, semel uni ex creditoribus hujusmodi aperta via veniendi ad bona venditoris. Sunt etiam alii effectus sententiæ hujus legis, nempe, quæ talis est breviter : *Possessionem unius, possessionem omnium esse*, E Effectus hic est, ut non sit potior is : qui prior missus est in possessionem, in prætorio pignore, qui prior est tempore, non est potior jure, sed æqualis est omnium creditorum causa, nec ullus inter eos ordo servatur, sicut nec inter eos, qui ex causa damni infecti, vel legatorum nomine missi sunt in possessionem, *l.15.§. si plures, de dam. infec. l.5.§. qui prior, ut in poss. leg.* & alia est causa pignoris conventionalis, aut pignoris capti in causam judicati extra ordinem ab executore rei judicatæ, quia hoc pignus, & illud, quod ex conventione venit, in personam constituitur. *l. si & jure, qui pot. in pign. hab.* Pignus prætorium constituitur in rem: in hoc, qui prior est, non est potior, & in posteriore: in conventionali, & in pignore capto in causam judicati est potior, qui prior est. Itemque si duo sint, qui idem pignus obti-

obtinuerit diverso jure, exempli gratia, unus, tanquam pignus prætorium, id est, tanquam missus in possessionem rei servandæ causa, alter vero ex conventione, vel capione pignoris, facta in causam judicati, potior est etiam prioris causa hoc casu, *l. 2. C. qui pot. in pignor. l. 3. C. ut in poss. legat.* At qua de re agimus, ex creditoribus nullo sibi vindicante proprium aliquod jus pignoris, par ratio habetur omnium in contrahendo prætorio pignore, id est, in missionem in possessionem, si modo & adversus omnes latitet debitor, possit adversus quosdam latitare, adversus quosdam non latitare: & proculdubio ii, adversus quos non latitat, non sunt in ea causa, ut bona debitoris possidere possint. Et ita explicandum quod est in *l. 7. §. denique eum quoque, sup. tit. prox.* Est etiam superioris sententiæ alius effectus, quia ubi uni ex creditoribus permissa possessio est bonorum debitoris, quæ utique, ut dixi, & permissa omnibus intelligitur, si quis eorum prohibeatur in possessionem venire, in eum, qui prohibuit, habet actionem in factum, quanti sua interest. Qua de re hoc ipso libro Paulus scribens, adjicit in *l. 2. ne vis fiat ei, qui in possess.* nihil referre, utrum suo nomine quis prohibeatur ire in possessionem, an alieno, id est, nihil referre dominus prohibeatur, an procurator ejus, quem dominus miserat, ut in possessionem iret, quia, ut ait, semper æstimatur quanti domini intersit, & domino quæritur actio in factum, facto potius delinquentis, id est, prohibentis, quam procuratoris, *l. 3. in princ. quod vi, aut clam.* Et ita etiam ex diverso nihil referre, dominus prohibeat, an alius nomine domini. Quo casu tamen ipse, qui prohibuit, si mandatum domini non habuerit, tenetur actione in factum, non dominus, sed si mandatum habuerit, etiam dominus, ut *l. 18. §. si mandatum, de damn. infec.* Quod & in *l. 1. §. 1. ne vis fiat ei*, recte est expressum his verbis: *Sive dominus, sive alter prohibuerit*. Sic vulgo, perperam Florentiæ, *Sive doli, sive aliter prohibuerit*, nullo sensu, quamvis & Basilica sensu aliquo, *sive dolo, sive aliter prohibuerit*. An si aliter quam dolo prohibuerit, actioni in factum locus est? Quod est dicendum, si ita legamus, *sive dolo, sive aliter prohibuerit*. Et alienum à vero tamen est. Omnino enim exigitur, ut dolo malo prohibuerit, *§. si quis ideo, ead. l.* Redeamus ad l. 12. Sequitur in *§. pen.*

AD *§. penult.* Judicem, qui possidere jubet rei servandæ causa, eo tantum locum jubere, aut permittere possidere, *cujus cura ad eum pertinet*. Quibus verbis significatur jurisdictio, alioqui inutilis esset missio, & missus in possessionem impune prohiberetur, quia & extra territorium jus dicenti impune non paretur, *l. ult. de jurisd. Cujus cura*, inquit, *ad jubentem pertinet*, puta ad præsidem provinciæ, ut in *l. pen. ad munic. præsidem, sub cujus cura est civitas*: uno verbo, competens, & congruus esse debet judex, qui bona possideri, aut distrahi jubet, *l. 5. & l. pen. C. eod. tit.* Ita autem jubet, si quid sit in bonis debitoris, quod possideri possit: an & idem jubet, si nihil sit quod possideatur, vel sit quidem, sed non in potestate nostra propter inundationem fluminis, aut vim, & impressionem latronum, quæ sunt exempla *§. ult. h. l.* An & hoc casu idem non frustra jubetur? sic videtur. Neque enim omnino inutilis missio est, quia aqua recedere, & latrones discedere possunt, atque ita missio ad effectum perducitur, vel etiam debitori alia bona obvenire possunt, quo pertinet *l. 13.* quæ sequitur, & exponetur prox. recitat. *l. 14. eod.*

Ad L. XIV. de Reb. auct. jud. possid. *Creditore in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui debet, si quædam actiones perituræ sunt.*

Ad §. Datur in creditorem *actio, qui in possessionem missus est de eo, quod ex bonis debitoris ad eum pervenit: si nondum sit aliquid consecutus, actiones suas præstabit: datur autem in factum actio adversus eum, & omne quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum à creditore.*

HUjus legis duæ sunt faciendæ partes. In priori parte docet Paulus, creditore misso in possessionem bonorum debitoris absentis, & indefensi, curatorem bonis constituendum esse, vel creditorem ipsum scilicet, qui missus est in possessionem, vel alium creditorem, vel etiam extraneum, puta, si quædam sint in bonis debitoris actiones, quæ tempore, vel morte reorum perituræ sint, ut curator eas litem contestando perpetuet, & redigat in tutum, ut idem Paulus loquitur in *l. ordin. de liber. caus.* ut provideat curator, ne debitores tempore liberentur, in quo sunt temporariæ dumtaxat, non perpetuæ actiones, & ut usucapiones rerum debitoris interpellentur, *l. 1. §. æque person. de mun. & bon.* Hinc observa, curatorem etiam bonis constitui, creditoribus missis in possessionem, etiamsi bona sint sub creditoribus. Quod & liquido probat *l. 23. §. item si conditioni, de hered. instit. & l. 8. sup. t. prox.* Et, ut dixi, hujus curatoris officium est, ut interpellet, & interrumpat usucapionem, & ut ne actiones pereant, procuret, provideat, itemque ut excipiat actiones, ut bona custodiat, ut grande æs alienum dissolvat, puta quod crescit in dies, *l. 1. & 2. de curat. bon. dand.* At in peragenda bonorum venditione duplex ratio servatur, vel enim ea peragitur per ipsos creditores, qui sunt in possessione, vel quod in æquo est, per magistrum ab eis constitutum, de quo Theoph. in *tit. de succ. sub. quæ fiebant per bon. vend.* Et hæc quidem ratio vendendi bona debitoris debitori inurebat infamiam, ut multis verbis M. Tullii Quintiana docet, quia debitor pro decoctore habebatur, cui magister datus erat, cujus bona sub hasta creditores venum exposuissent, cujus bona palam libellis propositis in celeberrimis locis civitatis venum exposita essent. Distrahebatur simul patrimonium famaque debitoris, ac plane inter infames connumerabatur. Alia est ratio distrahendorum bonorum honestior, videlicet per curatorem bonis datum à prætore, quod utique ex Senatusconsulto fit, si debitores sint viri clarissimi, si magna dignitate præditi: horum enim bona, ne lædatur illorum existimatio, quum premuntur ære alieno, venduntur per curatorem à prætore bonis datum. Sed & eodem Senatusconsulto, si creditores adducti humanitate quadam in hoc semel ultro consenserint, ut bona debitoris venirent per curatorem bonis datum, non possunt mutare sententiam, & bona per se distrahere constituto magistro, quæ omnia ostenduntur in *l. 5. & 9. de cur. fur. dand.* Denique quod paulo infra explicabitur, notantur ii infamia, quorum bona creditores distrahunt, non etiam ii, quorum bona curator bonis à prætore datus distrahit, divendit. Posterior pars hujus legis, est de actione in factum ex edicto, quod proponitur initio *l. 9. hujus tit.* qua tenetur creditor missus in possessionem, ut restituat id, quod ex bonis debitoris ad eum pervenit, dum in possessione fuit, puta ut restituat fructus perceptos, vel quod ex venditione fructuum, aut locatione redegit. Qua in re diligentia creditoris missi in possessionem maxime desideratur, ne fiat deterior possessionis causa, quod multis verbis demonstratur in *l. 8. inf. hoc tit.* Item ut restituat pœnam, quam ob rem debitam ex compromisso, vel alio casu occasione rerum debitoris consequutus est. Fac creditorem cum conductore fructuum, de controversia aliqua compromisisse, & conductore non stante sententiæ arbitri ad diem, ex compromisso pœnam exegisse. Vel fac, venditis fructibus, creditorem ex conventione tardius soluti pretii pœnam exegisse, hac actione tenetur, ut id omne restituat, quod interim, dum erat in possessione cepit quacumque ratione ex re debitoris, aut per occasionem rerum debitoris. Cui vero tenetur id restituere? nempe debitori, si contigerit, ut bona ejus non veneant, id est, si satisfecerit creditoribus, vel si in ea sint causa bona, ut venire debeant, in id omne tenetur dato curatori distrahendis bonis, qui id pro portione, πρὸς ἀναλογίαν debiti creditoribus distribuat, vel ut subjicit, si creditor nihil consequutus sit, ab emptore fructuum, vel conductore, finge, vel à fidejussore ejus, hac actione in factum tenetur, ut actiones, quas ad id consequendum habet, cedat debitori, vel curatori. Quas, inquam, habet adversus emptorem, vel conductorem fructuum, vel adversus fidejussores eorum, si ab eis satis acceperit. Et generaliter in hanc actionem venire Paulus ait, omne id, quod veniret in actionem negotiorum gestorum, si posset ex agi adversus creditorem, qua tamen ideo agi non potest, quia

non alienum negotium gessit. Actio negotiorum gestorum est de gestis negotiis alienis, non propriis, aut communibus: at hic creditor non alienum negotium gessit, sed commune sibi cum aliis creditoribus, ut suum negotium: quandoquidem sibi, & cæteris creditoribus possideat, *l. 5. §. si plures, ut in poss. leg. l. 9. §. generaliter, & §. præstat, hoc tit.* Agi igitur cum creditore non potest actione negotiorum gestorum, sed agitur actione in factum, ut dixi ex hoc edicto, de gesto communiter. Et hæc est sententia l. 14.

Ad L. LVII. de Verb. signif. *Cui præcipua cura rerum incumbit; & qui magis quam cæteri diligentiam, & sollicitudinem rebus, quibus præsunt, debent, hi magistri appellantur. Quin etiam ipsi magistratus per derivationem à magistris cognominantur. Unde etiam cujuslibet disciplinæ præceptores, magistros appellari à monendo, vel monstrando.*

Ad §. Persequi videtur *& qui satis accepit.*

REpetendum illud est, & latius etiam explicandum, quod jam initio attigimus, per curatorem quidem à prætore datum bonis, bona debitoris honeste distrahi, salva existimatione debitoris, sed non etiam per magistrum. Hic enim, ut Tullius ait in Quintiana, *Magister debitori fiebat, & dominus constituebatur,* & qua lege, quaque conditione debitor periret .i. bona ejus distraherentur, pronuntiabat, nempe quasi dominus legem dabat venditioni bonorum, quod & supradicto loco Theophil. exposuit. Quamobrem debitor, cui magister constituebatur, notabatur infamia, & ex ea re actio judicati dicitur famosa, *l. 7. de solut.* Quia executio ejus actionis plerumque famosa est, & fit per magistrum bonis distractis à creditoribus. Unde & Javolenus in *l. primo gradu, quæ in fraudem cred.* famam defuncti conservare heredem, qui decidit cum creditoribus hereditariis, cum creditoribus defuncti, ne accedant ad venditionem bonorum, atque ita hereditatem adit. Plinius 2. Epistol. *Eum, qui adit hereditatem, famam defuncti, pudoremque suscipere.* Et simili ratione *l. 28. de reb. auct. jud.* illi heredis instituti pudori parcere prætorem, qui ei permittit, ut abstineat se hereditate paterna, quia ita fit, ut bona à creditoribus paternis veneant nomine defuncti, non filii nomine. Idque est multo humanius, ut defuncti potius, quam viventis existimatio sugilletur. Eodemque modo *l. 3. C. Theod. de inoff. test.* servum necessarium heredem à domino institutum, qui solvendo non est, non magis patrimonium, quam infamiam consequi. Eleganter, quia scilicet nomine ejus magistri fient, & bona proscribentur, & distrahentur, cum sit necessarius heres, non nomine defuncti. Et sic defunctus nulla injuria afficietur, ut ait *§. 1. Instit. quibus ex caus. man.* bonorum proscriptio inurit infamiam, suffunditque sanguinem, ut Tertull. ait in Apolog. quod & Apostol. Can. 40. vocat *δυσφημίαν*, ut quidam loquuti sunt, *diffamiam. si episcopi bona à creditoribus distrahantur.* At cum edictum de bonis debitoris possidendis, & venundis, esset etiam de magistris faciundis in eam rem, ideo & ex hoc libro, qui fuit de edicto illo prætoris, habuimus definitum magistri nomen in hac lege 57. *de verb. sig.* quod plus possit, quam cæteri in ea re, quam tractat, cuive præest. Unde & magistratus, ut ait, quod potentiores sint privatis, & *per derivationem*, inquit, quod ita intelligo, nempe quia magistratus à magistro, ut ab albo albatus, id est, quia magistratus scilicet, minor est, quam magister populi, id est, dictator, vel magister militum, sive equitum, Varrone auctore. Hoc igitur *per derivationem*, est per eam speciem derivationis, quæ diminutio *ὑποκοριστικὴ* dicitur, non ut Græci volunt per metaphoram. Additur infra in fine hujus legis, *persequi videtur & qui satis accepit*. Quod etiam male interpretantur. Hæc verba refero ad id, quod habuimus in *l. 14. de reb. auct. judic.* creditorem missum in possessionem, qui nihil est consequutus ex bonis debitoris, actiones, si quas nactus sit, tantum debere præstare, cedere curatori, aut debitori, curatori bonorum, ut puta, si ab emptore, aut conductore fructuum satis acceperit, quia & hic persequi, & consequi videtur, quod satis accepit: persequi pro consequi, ut in *§. quod in suo, Instit. de rer.*

A *divis.* Veteres membranæ omnes habent; *si non fueris duplum jam persequutus*, id est, consequutus, ut in *§. de iis, per quas personas cuique acquir.* Quod extra eas causas consequuti sunt. Veteres omnes, quod non temere mutandum, *persequuti sunt*: & aperte in omnibus libris, *§. sunt præterea, de actionib. Sunt præterea*, inquit, *quædam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur*, id est, ut & Theophil. interpretatur, *λαμβάνομεν*, & paulo infra, id est, *consequimur.* Idem ergo est persequi, & consequi: sed & vice mutata consequi sæpe est judicio persequi, ut in *l. filiumf. ad legem Juliam de adult.* vel adsequi, ut in oratione pro Cæcinna: *Injuriarum actio*, inquit, *qui possessionis non adsequitur*, id est, persequitur, non est de possessione, sed de imminuto honore.

B Ad L. LIII. eod. *Sæpe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur, & disjuncta pro conjunctis, interdum soluta pro separatis: Nam cum dicitur apud veteres:* agnatorum, gentiliumque, *pro separatione accipitur. At cum dicitur,* super pecuniæ tutelæve suæ, *tutor separatim sine pecunia dari non potest. Et cum dicimus:* Quod dedi, aut donavi: *utraque continemus. Cum vero dicimus,* eum dare facere oportet: *quodvis eorum sufficit probare. Cum vero dicit prætor,* si donum, munus, operas redemerit: *si omnia imposita sunt, certum est, omnia redimenda esse: ex re ergo pro conjunctis habentur, si quædam imposita sunt, cætera non desiderabuntur.*

Ad §. Item *dubitatum, illa verba*, ope consilio, *quemadmodum accipienda sunt: sententiæ conjungentium, aut separantium. Sed verius est quod & Labeo ait, separatim accipienda: quia aliud factum est ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio fur-*
C *tum facit. Sic enim alii condici potest: alii non potest. Et sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit: nec consilium habuisse noceat, nisi & factum secutum fuerit.*

EX hoc libro est lex 53. hoc tit. quæ respicit, ut opinor, ad edictum de curatore bonorum constituendo, quo per curatorem bonorum acta, facta, gesta rata habentur, *l. 2. de curat. bon. dando*, ubi sunt eadem verba: ibi oratio soluta, acta, facta, gesta, quæ Græcis dicitur *διάλυτον*, & *ἀσύνδετον* pro disjuncta, sive separata accipitur, ac si dixisset acta, aut facta, aut gesta: inter quæ quæ sit differentia, etiam respiciens ad hanc quæstionem docet Paulus in *l. 58.* Id vero non esse mirum, aut novum, ut oratio soluta accipiatur pro disjuncta, Paulus notavit, cum & conjuncta nonnun-
D quam accipiatur pro disjuncta in jure nostro, quod plus est: & contra disjuncta pro conjuncta, ut in l. 12. *tabul.* hæc verba, *Agnatorum, gentiliumque*, de curatore furiosi, vel de hereditate intestati, pro disjunctione accipiuntur. Nam gentiles simul non vocantur cum agnatis, sed post agnatos. Et ut quæ inter eos intercedat differentia, facile demonstretur, *agnati* sunt ex eadem familia, eadem stirpe, eodem nomine: *gentiles* sunt tantum nomine eodem, ut gentilis M. Tullii. quod & ipse jactat, est Servius Tullius Rex. Unde recte quod Plato in Timæo vocat *ὁμωνύμους*, Cicero interpretatur *gentiles*. Gentiles igitur nihil aliud sunt, quam cognomines, ut ex 12. tabul. deficientibus agnatis, curatio furiosi deferebatur gentilibus. Deficientibus agnatis hereditas defuncti deferebatur gentilibus. Nam lex 12. tabul. non noverat cognatos, qui per fœminas conjunguntur. At
E contra in illa *l. 12. tabul. uti quisque legassit super pecuniæ tutelæve suæ*, Paulus tradit hoc loco disjuncta pro conjunctis accipi, quia tutor dari nisi testamento non potest, in quo si paterfamilias ex bonis suis heredem instituerit: non potest tutorem instituere, nisi heredem instituat, non potest de tutela cavere liberis suis, nisi de hereditate sua caveat aliquid, atque decernat. Ergo super pecuniæ tutelæve suæ, id est, super pecuniæ tutelæve suæ, disjunctio quidem petit alterum tantum, disjunctio altero contenta est, sed tamen non abnuit utrumque actum, dicitur *παραδιαζευκτικὴ* falsa disjunctio. Sic & in legatis hæc verba, *quæ dedi, aut donavi*, conjunctim accipiuntur in *l. pen. in princ. de leg. 2.* His addit statim, non mirum igitur esse, si soluta oratio accipiatur pro disjuncta, ut in illo edicto de curatore bonis

dan-

Digitized by Google

dando. Ita & formula actionum in personam, *Quod dare* A
facere oportet, soluta accipitur pro disjuncta, quoniam satis est, qui ita agit, *quod te mihi dare facere oportet*, si probaverit vel dari sibi oportere, vel fieri tantum. Nam quodvis eorum sufficit probare. Igitur oratio soluta accipitur pro disjuncta. Aliquando vero soluta oratio accipitur pro conjuncta, ut in edicto prætoris, *si donum, munus, operas libertus redemeris*, quo significatur, si ea omnia ei imposita sint libertatis causa, libertum redimere debere, ut consequatur liberam testamenti factionem, *l.4. C. de oper. libert.* Ex re igitur, ut Paulus ait, soluta oratio pro disjuncta, vel pro conjuncta accipitur. Rei, sive negotii qualitas mentem scribentis, aut loquentis prodit. Sane in actione, Ope, consilio tuo furtum factum esse ajo, *l.si servus servum, §.si quis de manu, ad leg. Aquil. l.15. §.pen. de ser. corr.* quæ est actio B
in duplum, *l.is, qui opem, de furt. l.ult. C. de nox. act.* soluta oratio pro disjuncta accipitur. Nam aliud est factum ejus, qui consilium dat, aliud ejus, qui opem dat furi: huic potest condici res furtiva, illi, qui consilium duntaxat dedit, furto secuto, non potest condici res furtiva, *l.qui servo, de furt. l.proinde*, de cond. *fur.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

C

Ad L.ult. de Reb. auct. jud. *Pupillus, si non defendatur, in possessione creditoribus constitutis: minoribus ex his usque ad pubertatem alimenta præstanda sunt.*

Ad §. Ejus, *qui ab hostibus captus est, bona venire non possunt, quamdiu revertatur.*

Ad L.XLVI. de Pecul. *Qui peculii administrationem concedit, videtur permittere generaliter, quod & specialiter permissurus est.*

LIBER LX. Pauli ad edictum, cujus majorem partem hodie explicaturus sum, pertinet etiam ad edictum de bonis auct. jud. possid. & venund. ut & tres superiores. Nam & quod proponitur in *l.ult. de reb. auct. jud. ex lib.5. sentent.* ejusdem Pauli, bonorum omnium venditione permissa, semper excipiendam es- D
se concubinam debitoris, quamvis in ejus bonis sit, puta ancillam concubinam: excipiendos etiam esse debitoris liberos naturales, id est, in servitute quæsitos, qui & si in ejus bonis sint, tamen in venditionem bonorum non veniunt, nec à parente naturali separandi sunt. Id etiam, ut opinor, Paulus in hoc libro scripsit, idque, ut opiner, & vere affirmem, vincit *l.46. de pecul.* quæ argumentum præbet existimandi id confirmasse Paulum, adducto exemplo de obligatione omnium bonorum, in quam non veniunt concubinæ, aut liberi naturales debitoris, quia verisimile non est, debitorem obligatione generali comprehendere voluisse, quæ specialiter obligaturus non erat, *l.6. & 8. de pignor.* Adducto etiam alio exemplo de peculii administratione generaliter permissa filiofam. vel servo, in quam non venit, quod pater, vel dominus specialiter permissurus non E
erat, ut puta, non videtur ei permisisse, ut peculium intricaret, ut conturbaret rationes peculiares: *Qui generaliter*, inquit, *l.46. de peculio, permittit administrationem peculii, ea tantum videtur permittere, quæ specialiter permissurus erat.* Et his exemplis allatis docuit etiam Paulus, quod est in sententiis, permissa generaliter venditione omnium bonorum debitoris, omnibus creditoribus vocatis in tributum, *ce que l'on appelle au Palais, à la desconfiture*, permissam non videri etiam venditionem concubinæ, aut liberorum naturalium: qui omnia dicit, non omnia dicit: excipienda semper sunt quædam à generali sermone, ad civilem modum scilicet, ut ait *l.si cui simplicius*, de *servis*. Et ita illa *l.46. de pecul.* est accommodanda ad hunc tractatum.

Ad L.II. de Jur. dot. *Reipublicæ interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint.*

Ad L.XVIII. de Reb. auct. jud. poss. *Interest enim reipublicæ, & hanc solidum consequi, ut ætate permittente nubere possit.*

Ad L.XXV. de Re judic. *Sciendum est, heredes earum personarum, non in id, quod facere possunt sed in integrum teneri.*

PRoposuit etiam Paulus in hoc libro privilegia, quæ bonis debitoris venditis quidam creditores habent, privilegia exigendi suum, præcipiendi, & auferendi ex venditione bonorum ante omnes alios creditores, nimirum, ut ex pretio redacto ex venditione bonorum, quod eis debetur, eis solvatur in solidum, priusquam ratio habeatur cæterorum creditorum. Privilegiarii enim creditores solidum præcipiunt, & ex residuo, quod superat, cæteris creditoribus portiones dantur pro rata debiti. Ex horum numero est mulier, quæ dotem dedit, sive nupta, sive sponsa sit, si dotem repetat soluto matrimonio, vel solutis sponsalibus: hujus enim in exigenda dote prior, & potior est causa, *etiamsi maturius in domum sponsi, quasi uxor deducta sit, cum nondum justa uxor esse posset*: puta cum esset minor 12. annis. Quod ostenditur in *l.si sponsa, de jur. dot. & l.17. §.ult. hoc tit.* Ubi & ratio hujus privilegii dotis statim subjicitur in *l.18. de reb. auct. jud.* ex hoc libro Pauli: Quia, inquit, interest reipub. & hanc puellam, quæ nondum pervenit ad nubilem ætatem, solidam dotem, quam prænumeravit, finitis sponsalibus consequi, ut ætate permittente nubere possit. Quæ ratio repetitur etiam ex hoc libro in *l. 2. de jur. dot.* Et ita est accommodanda ad hunc tractatum. Possessis etiam alicujus bonis, & venditis ex edicto, certum est inter creditores privilegium exigendi dari pupillo, cujus tutelam gessit is, cujus bona veneunt, sive tutor pupilli fuerit, sive cum tutor non esset, pro tutore negotia pupilli gesserit, *l.19. §.1. de reb. auct. jud. poss.* sive non pro tutore, sed ex officio amicitiæ negotium aliquis impuberis gesserit, ut ex hoc libro Pauli proponitur in *l.23. de reb. auct. jud. poss.* Si negotium impuberis, inquit, aliquis ex officio amicitiæ gesserit, tanquam procurator voluntarius, non tanquam tutor, debet bonis ejus venditis privilegium pupillo conservari. Denique pupillus est privilegiarius, non tantum in actione tutelæ, vel protutelæ, sed etiam in actione negotiorum gestorum. Idemque privilegium datur adolescenti, & furioso, & prodigo, & surdo, & muto, in bonis ejus, qui eorum curator fuit, quod de surdo, & muto etiam est relatum in eod. tit. de *reb. auct. jud.* in *l. 20. ex hoc lib. Pauli.* Hæc autem privilegia omnia personalia sunt, personæ cohærent ejus, cui data sunt, & ideo ad heredes eorum, quibus data sunt, non transeunt. Privilegium dotis, quod mulier habet, non transit ad heredes mulieris, cæterosque successores, *l. unica, C. de privil. dot.* Privilegium pupilli non transit etiam ad successores pupilli, *l.19. §.1. de reb. auct. jud. l.ex plurib. de admin. tut.* Quod & de aliis quibuscunque privilegiis personalibus dicendum est. Exempli gratia, quo & de his scribens Paulus hoc libro usus est, privilegium, quod datur certis personis, ne condemnentur in solidum, sed in id dumtaxat, quod facere possunt, veluti patrono, parenti, socio, marito, quia personale est privilegium, & cum persona extinguitur, nec transit in heredes: heres ergo tenetur in solidum, in assem, etiam supra quam facere possit, in integrum, ut ait Paulus in *l.25. de re jud.* quæ etiam est ex hoc libro, & ita superioribus, quæ diximus, coaptanda est omnimodo.

Ad L.XXIV. Si quis omiss. caus. test. *Si dolo tutoris omiserit pupillus causam testamenti, & legitimam hereditatem possideat: danda est legatorum actio in pupillum. Sed eatenus, quatenus hereditas ei adquisita est: quid enim si cum alio possideat hereditatem?*

Ad §. Sed hoc *& in eo, qui pubes est, plerique putant observandum, ut pro qua parte possideat, teneatur, quamvis prætor perinde in eum det actionem, atque si adiisset hereditatem.*

Pu-

PUpilli privilegiis adjecit Paulus, quod extat etiam ex hoc libro in *l.24. si quis omiss.caus. testam.* A Privilegium pupilli, quod ibi proponitur, versatur circa speciem hujusmodi: Pupillus heres institutus ab eo, cui & ab intestato heres futurus erat, dolo tutoris in fraudem legatariorum, ut legata non præstaret, ut legata ad irritum reduceret, repudiata hereditate ex testamento, ab intestato hereditatem possidere cœpit, an dabitur in pupillum actio legatariis in solidum salva Falcidia? Sic videtur ex illo edicto: *Si quis omissa causa testamenti*. At pupilli persona, quæ nihil dolo fecit, mereri videtur hunc præcipuum favorem, id est, hoc privilegium. Quid est *privilegium*? Præcipuus quidam favor, nempe, ut non teneatur legatariis in solidum, sed eatenus duntaxat, quatenus ex bonis defuncti ad eum pervenit. *Quatenus*, inquit, *hereditas ei adquisita est*, ut si cum alio forte, & ejusdem gradus agnato ab intestato defuncti B possideat hereditatem ex æquo, ut non teneatur legatariis, nisi in partem: pars altera ut recidat in irritum, quia legata non sunt relicta ab intestato. Verum refert illo loco Paulus, plerosque putare, hoc non esse in pupillo privilegiũ: nam & idem servari in pubere, quorum opininni edictum prætoris refragatur. Et sane, ut Paul. sentit in *d.l.24.* melior est edicto stare, & puberem convenire in solidum, qui omisso testamento ab intestato possidet hereditatem, etiamsi totam non possideat, sed particulam tantum hereditatis, portiunculam tantum, ut *l.1. §.nunc quærimus, & l.13. si quis omissa caus. test.* Excipiendus est tantum pupillus, qui tenetur tantum pro modo ejus, quod possidet ab intestato ex defuncti bonis, non in solidum, si dolo tutoris omiserit causam testamenti in necem legatariorum, si doli ipse pupillus expers sit, & exors. His addidisse Paulum opinor privilegium C deductionis, quod dominus, vel pater ex contractu servi, vel filii actione de peculio conventus habet, nimirum, ut primore loco deducat ex peculio solidum id, quod filius, vel servus naturaliter debet, cui privilegio deductionis nullum privilegium anteponi ait *l. ex facto, de pecul.* neque privilegium tutelæ, ut ibi docei, neque privilegium dotis, ut *l.si cum dotem, §. ult. sol. matrim.* quia id tantum intelligitur esse in peculio servi, vel filii, quod superest deducto eo, quod patri, vel domino debetur. Id ergo ante omnia deducendum est: hoc privilegium est ante alia privilegia. Est autem ei locus, id est, juri deductionis locus est, etiamsi filio emancipato, vel servo manumisso pater, vel dominus de peculio conveniatur intra annum utilem. Peculium extinguitur, peculium desinit esse peculium manumissione servi, emancipatione filii. Ergo summo jure post emanci- D pationem, vel manumissionem cessat in patrem, vel dominum actio de peculio, cum extinctum sit peculium: imo durat adhuc ex edicto prætoris, *Quando de peculio actio annalis sit*. Ante manumissionem, vel emancipationem actio de peculio in patrem, vel dominum de peculio est perpetua: post manumissionem, vel emancipationem annalis tantum. Et ea si conveniatur intra annum, utitur privilegio, eodem proculdubio utitur deductionis privilegio, *l.36. de pet.her.* Verum si post emancipationem, vel manumissionem in patrem agi possit de peculio intra annum, vel in dominum, necesse est, ut in manumissum, vel emancipatum non possit agi ex eadem causa. Nam si agi potest ex contractu aliquo in emancipatum, vel manumissum, non potest ex eodem contractu agi de peculio in patrem, vel dominum, nec si largiatur annus. Hujus rei exemplum extat in E *l.21. dep.* quæ est etiam ex hoc libro 60.

Ad L.XXI. Depos. *Si apud filiumfamilias res deposita sit, & emancipatus rem teneat: pater nec intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius.*

Ad §. Plus Trebatius *existimat, etiamsi apud servum depositum sit, & manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex cæteris causis in manumissum actio non datur.*

SI rem depositam apud filiumfamilias, vel servum, post emancipationem, vel manumissionem, filius, vel servus teneat, agi non potest in patrem, vel dominum actione de- A positi de peculio intra annum, quia agi potest depositi in filium ipsum, aut servum, & quidem in solidum, nulla facta deductione ejus, quod patri, vel domino debet. Regulariter ex ante gesto in manumissum nulla est actio, quia neo ab initio ulla fuit actio cum servo (non loquor de filio) nulla est etiam actio post manumissionem, *l.1. §.si apud servum, de pos. l.17. de negot. gest. l.si pure, de fideic. libert. l.tutorem, qui tutelam de adm.tut.* Itaque si res sit deposita apud servum, post manumissionem non potest cum servo agi depositi, si rem non teneat: sed si rem teneat, post manumissionem in eum utilis, & efficax est actio depositi, quasi nunc re apud eum deposita. Quæ est sententia *d. l.21.* Ad hæc notandum est, hoc privilegium deductionis habere patrem, vel dominum conventum actione de peculio, etiamsi bona ejus veneant ob id, quod latitet fraudationis causa, adver- B sus creditores peculiares, qui in eum habent actionem de peculio. Et hoc constat ex *l.7. §. si qui actione, quibus ex causis in possess. eatur*. Et ideo bonis ejus venditis, primum habebitur ratio ejus, quod ei filius, aut servus debuit, & ex residuo, quod redactum est ex venditione bonorum, portiones fient pro rata debiti cujusque inter cæteros creditores. Tractavit etiam, ut opinor, hoc libro, docuitque Paulus, an ejus, qui in diem, vel sub conditione debitor est, si latitet, nec defendatur, bona possideri, & venundari possint, quæ quæstio multa complectitur, nec posset hodie tota explicari. Cæterum ad eam tantum pertinent tres leges quæ solæ restant ex hoc libro, *l.6. de fideicomm. libert. l.28. pro soc. l.45. ad l.Falcid.*

C Ad L.XXVIII. Pro socio. *Si socii sumus, & unus ex die pecuniam debeat, & dividatur societas: non debet hoc deducere socius, quemadmodum præsens debet: sed omnes dividere, & cavere, cum dies venerit, defensu iri socium.*

JUlius Paulus cœptam jam à libro 57. de bonis possidendis, & venundandis quæstionem amplam, & uberem, lib.60. executus est, ut intelligi potest ex iis, quæ diximus proxima recitatione, quæ dedit libri 60. majorem partem, adeo ut ex eo supersint tantum tres leges, *l.28. pro soc. l.45. ad l.Falcid. & l.6. de fid.libert.* Quarum quidem duæ priores respiciunt ad id, de quo Ulpianus tractat in *l.7. §.si in diem, quib. ex caus. in possess. eat.* De quo & hic tractasse Paulum arguunt illæ duæ priores leges: an scilicet ejus, qui in diem, vel sub conditione debitor est, si latitet, nec defendatur, bona venundari possint. Qua de re in *d. §.si in diem*, Ulpianus D ait, *Antequam dies, vel conditio veniat, bona ejus vendi non posse*: non negat, *possideri posse*. Solent enim interim possideri, *l.6. eod.tit.* ubi id exposuimus, sed negat vendi posse, quia nihil interest, debitor quis non sit, an nondum conveniri possit. Hoc idem videtur Paulus hoc libro scripsisse, & confirmasse exemplo proposito in *d.l.28. pro soc.* quæ est ex hoc libro, exemplo hujusmodi. In dividenda, & dirimenda societate, potest quidem unus ex sociis deducere ex communi pecunia æs alienum, quod manente societate in rem societatis ipse contraxit, cuique se ipse obligavit, si modo id pure, & præsenti die debeatur, sed non potest etiam deducere id, quod debetur in diem certum, vel sub conditione: desiderare tantum potest, ut interim sibi eo nomine socii caveant, & de indemnitate, & defensione, si ab eo pecunia petatur, cum dies venerit, aut conditio ex- E titerit, ut *l.27. eod. tit.* Idem etiam confirmavit Paulus alio exemplo, quod extat in *l.45. ad l.Falcid.* quæ est etiam ex hoc libro, cujus sententiam exponamus. Est enim expositu satis difficilis.

Ad L.XLV. Ad legem Falcid. *In lege Falcidia non habetur pro puro, quod in diem relictum est: medii enim temporis commodum computatur.*

Ad §. In his legatis. *quæ sub conditione relicta sunt, Proculus putabat, cum quæritur de lege Falcidia, tantum esse in legato, quanti venire possunt: quod si est, & deductio sic potest fieri, ut tantum videatur vi deberi, quanti nomen venire potest. Sed hæc sententia non probatur. Cautionibus ergo melius res temperabitur.*

In

IN ponenda ratione legis Falcidiæ, cum legatis exhausta, vel onerata dicitur hereditas, videndum est, quantum sit in legatis, & quantum in bonis: quantumque in ære alieno: quia in bonis id tantum est, quod deducto ære alieno superest. Æs alienum minuit, & absumit bona, & ære alieno minutis, & absumptis bonis, consequenter minuuntur etiam legata, vel infirmantur, & exhauriuntur, *l.66. §. ult. ad l. Falcid.* Itaque in computatione bonorum, & legatorum deducitur in primis æs alienum, quod defunctus debuit, quod scilicet præsens, & purum est, sed non etiam id, quod in diem, vel sub conditione debetur, quia id non habetur pro puro. Et ita etiam *d. l.45. in princ.* ait. In lege Falcidia pro puro legato non haberi id, quod in diem, certum scilicet, relictum est, legatum est. Recte, *in lege Falcidia pro puro non haberi, quod in diem relictum est.* Nam ut Græci nominatim notant hoc loco, *quod ad cessionem diei attinet*, ὅσον ἥκεν εἰς τὸ προχωρῆσαι, pro puro habetur, quod in diem legatum est, *l.26. de usufr. leg. l. 5. in princ. quand. dies leg. ced. Si*, inquit, *legata relicta sint in diem, simili modo atque in puris dies cedit*, id est, dies cedit statim à morte testatoris, adeo ut si confestim moriatur legatarius, antequam dies venerit, transmittat in heredem suum legati petitionem. Ergo in cessione diei pro puro habetur, quod in diem relictum est, nempe quia id debetur statim, licet non possit peti statim, *l. 73. §. ult. hoc tit. l.9. ut leg. nom.* At in lege Falcidia, ut hic Paulus ait, pro puro non habetur, quod in diem relictum est, quod sic demonstro. Legatum pure relictum totum subjicitur legi Falcidiæ, si lex Falcidia locum habeat, si hereditas onerata sit, vel exhausta legatis, tunc lex Falcidia locum habet: ut puta ex centum pure leg. Falcidiæ nomine heres deducit 25. quæ est 4. Falcidiana. Legatum autem relictum in diem certum, veluti post annum, quum mortuus ero, aut post biennium, totum non subjicitur legi Falcidiæ, sed id tantum, quod superest, deducto commodo medii temporis, id est, deducto eo, quod interim die pendente percipit heres ex fructibus, vel usuris rei, aut summæ legatæ, quia commodum illud medii temporis minuit legatum, *l.66. & l.88. §. ult. hoc t. & d.l.73. §. in diem.* Unde (exemplo enim rem demonstrari oportet) legatis 100. ex die certo, si commodum medii temporis sit 20. quod cœperit heres, non ex centum, sed ex 80. duntaxat, quæ supersunt, deducto illo commodo, Falcidia heredi supplebitur, si commodum illud medii temporis Falcidiam non impleat, non expleat. *Commodum enim medii temporis computatur in Falcidiam, & Falcidiæ fructus.* Idemque servatur omnino in legatis relictis sub conditione nempe, ut commodum medii temporis computetur heredi in Falcidiam, in quartam, & quartæ fructus, *d.l.66. & 88. §. ult.* Hoc tantum interest inter legata in diem, & legata sub conditione, quod legatum relictum sub conditione, nec in lege Falcidia, nec in cessione diei pro puro habetur, & ideo non transmittitur in heredem, si moriatur legatarius pendente conditione. At legatum relictum in diem, quod ad cessionem diei attinet, pro puro habetur, ut jam exposui ante. Præterea legatum relictum in diem, statim subjicitur legi Falcidiæ, si certum sit leg. Falcidiam locum habere, *l.3. §. si in plures, tit. seq.* Legatum autem conditionale Falcidiæ non subjicitur statim, quia incertum est an debeatur. Proculus quidem, ut hic Paulus refert, putabat, & conditionalia legata statim Falcidiæ subjicienda esse, æstimatis his, quanti venire possunt: æstimata specie obligationis, quanti venire potest, specie debiti, & ex ea æstimatione simul, & ex puris legatis detracta Falcidia, quod & Celsus scribit in *l.53. hoc t.* qui à Proculo profectus est. Verum hanc opinionem Proculi, sive Celsi, qui Proculianus fuit, Paulus refellit, ducto argumento à consequentibus hoc modo. Si quanti legatum conditionale venire potest, ex eo Falcidia detrahitur, quasi sit tantum in legato conditionali, quantum venire potest, & consequenter, quanti nomen conditionale, id est, debitum, quod defunctus debuit, venire potest, bonis deducetur statim: hoc autem fieri non potest, ut deducatur bonis æs alienum defuncti conditionale: ergo & illud fieri non potest, ut in rationem Falcidiæ veniat legatum conditionale. Sic hæc verba Pauli accipienda sunt. *Quod si est*, inquit, id est, si legatum conditionale legi Falcidiæ subjicitur statim, ut Proculus sentit æstimatum, quanti venire potest, & consequenter deductio quoque æris alieni conditionalis poterit fieri statim in ponenda ratione legis Falcidiæ, *ut tantum*, inquit, *videatur vi deberi*, rectissime Florentiæ *vi deberi*, id est, vi ipsa, sive τῇ δυνάμει, *quanti nomen venire potest.* Deductio hic, est deductio æris alieni, quæ fit ante omnia in incunda ratione legis Falcidiæ, quæ quidem deductio æris alieni, quod sub conditione debetur, si fieri non potest, non poterit etiam fieri deductio leg. Falcidiæ ex legato sub conditione relicto, antequam conditio extiterit: aut contra, si hæc potest fieri, poterit & illa fieri. Quid ergo, si cum quædam essent legata pure, quædam sub conditione? quid si propter ea, quæ sub conditione legata sunt, pendeat ratio legis Falcidiæ, eo quod si existat conditio, lex Falcidia locum habitura sit, si deficiat, non item. Quid fiet? An interim, dum pendet ratio legis Falcidiæ, pura legata integra præstabuntur, aut vindicabuntur sine deminutione, sine deductione, interposita scilicet cautione, quæ in edicto proponitur: *Quod amplius, quam per legem Falcidiam liceret, quodque legatarius ceperit, reddi*, ut *l. 1. §. interdum, & l.31. & 73. §. sed & si legata, hoc tit.*? Et ita quidem judicio Pauli nostri melius res temperanda est. *Cautionibus*, inquit, *melius res temperabitur*: melius scilicet, quam æstimatione facta legatorum conditionalium, quanti venire possunt, & pro modo æstimationis etiam ex eis statim habita ratione legis Falcidiæ. Melius ergo cautionibus, quam hoc modo. Hæc est Pauli sententia, quæ Sabinianorum fuit, Cassii scilicet & Juliani, *l. 31. hoc tit. l.1. §. Julianus denique, tit. seq.* Melius item erit in incunda ratione æris alieni, quod defunctus debuit rem temperare cautionibus interpositis, & non habita ratione æris alieni, quod sub conditione debetur, hoc est, solutis integris legatis, perinde ac si nihil deberetur, & legatariis caventibus, existente conditione æris alieni, se, quod amplius ceperint, quam per legem Falcidiam liceret, reddituros, ut *d.l.73. §. magna, hoc tit.* ubi Cajus proposita duplici ratione explicandi hujus negotii causa, cum huic rationi, quam Sabiniani magis probant, posteriorem locum dederit, magis ipse etiam eam approbare videtur. Prior ratio, quam ibi Cajus proponit, congruit opinioni Proculianorum, ut scilicet, quanti nomen conditionale venire potest, id pro puro debito habeatur, & eo deducto legata præstentur, herede cavente legatariis, conditione debiti non existente, quanto minus solverit legatariis legatorum nomine, se eis redditurum. Utraque via Cajo placet satis, sed posterior magis, quam & meliorem Paulus esse ait hoc loco.

Ad L.VI. de Fid. libert. *Decem legata sunt: & rogatus est legatarius Stichum emere, & manumittere. Falcidia intervenit: & minoris emi servus non potest. Quidam putant dodrantem accipere debere legatarium, nec emere compellendum. Idem putant etiamsi suum servum rogatus sit manumittere, & dodrantem ex legato acceperit, non esse compellendum manumittere. Videamus ne utique in hac specie aliud dicendum sit. Sed in superiore, sunt qui putant, cogendum legatarium redimere servum, & se oneri subjecisse, dum accipit, vel dodrantem. Sed si paratus sit retro restituere quod accepit, an audiendus sit videndum. Sed cogendus heres tota decem præstare, perinde atque si adjecisset testator, ut integra præstentur.*

RESTAT tantum ex hoc libro *l.6. de fid. libert.* quæ etiam satis difficiles explicatus habet. Species hæc est: Legavi Titio 10. aureos, cumque rogavi, ut Stichum servum alienum emeret, & manumitteret. Stichus minoris, quam decem emi non potest, dominus Stichi non vult eum vendere minoris, & finge, lex Falcidia locum habet. In ea causa sunt legata, ut Falcidiam pati debeant, ut minui debeant per legem Falcidiam, fac minui legatum 10. aureorum, quod Titio relictum est, puta ex 10. heredem detrahere duos aureos, & semissem, quæ est quarta decem, quæ Latine uno verbo dici potest *sestertium*, id est, duo aurei, & semis, quod sint duo integri aurei, cum tertio dimidiato: quod tertius sit semis. Sestertium ergo detrahit heres ex 10. aureis le-

legatis. Fac igitur, legatarium accepisse tantum legati sibi relicti dodrantem, id est, 7. aureos, & semissem, quem etiam Latine recte dixeris *octavum semissem*; quoniam octavus est dimidiatus, reliqui septem sunt integri. Ita proposita specie, quæritur, an legato decem diminuto per legem Falcidiam, atque ideo Titio ex legato accipiente tantum dodrantem, an cogatur Stichum emere, & manumittere? Quidam dicebant non cogi, quia minus accepit legati nomine, quam quo redimi Stichus possit. Idemque esse dicebant, si legatarius rogatus esset servum proprium manumittere, dignum decem, aut forte pretio longe majore: dicebant, & hunc, quod non acceperit integra decem, non cogi servum suum manumittere, quem æstimat 10. aut pluris. At hoc posteriore casu, cum rogatus est servum proprium manumittere, etiamsi dodrantem ex legato tantum Titius acceperit, verius est, eum esse cogendum, ut eum servum suum manumittat, quia non pluris eum æstimasse videtur, quam efficiat legati dodrans, quem accepit. Quod comprobat etiam *l.36. ad leg. Falcid. & l. Imperator, §. si centum, de leg. 2. & l. si mihi Stichus, de leg. 1.* Priore autem casu, cum Titius rogatus est servum alienum redimere, & manumittere, quia dodrans, quem accepit, non sufficit redimendo servo alieno, qui minoris, quam 10. emi non potest, æquum esse videtur, ut non cogatur servum alienum redimere, qui minus accepit ex judicio defuncti; aut si dicas, quod & hic Paulus attingit, cum se huic oneri ultro subjecisse accipiendo dodrantem, quia contentus fuit dodrante, quia subiit legem Falcidiam, nec repudiavit legatum; denique contentus fuit dodrante: saltem ei permitti debet, ut retro pœnitentia actus, restituendo heredi dodrantem, se hoc levet onere, non cogatur Stichum redimere magno, aut multo majore pecunia, quam ex legato perceperit. Vel potius, ut tandem concludit Paulus, ne intercidat libertas Stichi, quæ ei relicta est per fideicommissum, melius erit dicere, Titio 10. quæ legata sunt, integra esse præstanda, non detracta Falcidia, etiamsi interveniat Falcidia, perinde atque si id testator nominatim præcepisset, ut integra decem præstarentur. Quia & si hoc jure in universum à testatore Falcidia prohiberi non potuerit, *l.15. §.1. ad l. Falcid. l. nemo potest, de leg. 1.* tamen in uno legato prohiberi recte potest, *l.64. eod. t.* Et satis aperte prohibet Falcidiam, qui integrum legatum aliquod præstari jubet. Integrum enim, id est, sine deductione. Seneca 2. de Benef. *Beneficia tua*, inquit, *illibata ut integra ad eos, quibus promissa sunt, perveniant, sine ulla, quod ajunt, deductione.* At in specie proposita, etiamsi nominatim non jusserit testator integra decem Titio præstari, tamen favore libertatis, ne pereat libertas fideicommissaria, quæ Sticho relicta est, perinde rem accipimus, atque si jussisset testator, ut *l.32. §. ultim. ad leg. Falcid.* Denique melior sententia hæc est, ut in hac specie Titius non patiatur Falcidiam, ut integro legato accepto, integris 10. Stichum emat, quem dominus paratus est 10. vendere, non minoris, deinde eum manumittat. Et hæc est sententia *l.6. de fideic. libert.* Verum quid ea facit ad edictum de bonis possidendis, & vendundis? Superiores duas satis luculenter ad hanc rem accommodavimus, hæc quomodo accommodanda sit ad eandem rem? Puto Paulum tractantem de specie, de qua Ulpianus tractat in *l.7. de fideic. libert. eod. tit.* quæ sequitur, de bonis venditis heredis nomine, quod hereditas, quam adierat, non esset solvendo, hæc subjecisse pro re nata, quæ sunt in l.6. de servo suo, vel alieno, quem legatarius rogatus esset manumittere. Species hæc est: Legavi Titio centum, eumque rogavi, ut Stichum servum alienum redimeret, & manumitteret, bonis venditis nomine heredis, qui adierat hereditatem, Titius non persequitur integra centum, quæ ei legata sunt, sed partem tantum debiti legati. Sicut bonis debitoris vendita, fieri creditoribus portiones solent pecuniæ ex bonorum venditione redactæ, nec plerunque ferunt totum, quod eis debetur, sed partem, quantamcunque possunt ferre ex redacto, seu refecto venditionis bonorum pretio, quod ostendit *l. ult. de curat. bon. dand.* Et apud Senecam, *Vox illa creditoris, si foro cesserit portionem feram*, id est, *saltem portionem feram*. At ne portionem quidem pro rata debiti legati legatarius bonis venditis jure persequitur aliter, quam si caverit, *se servum alienum, de quo rogatus est, redempturum, & manumissurum*, videlicet, si portio, quam aufert, sufficiat ei servo redimendo. Alioquin si non caveat hac de re, repellitur exceptione doli mali, ac ne partem quidem fert ex pecunia legata, quamvis cæteri creditores veniant in portionem crediti sui.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLV. de Pecul. *Ideoque si pater filio peculium ademisset, nihilominus creditores cum filio agere possunt.*

EX Libro LXI. habemus tantum *l.45. de pecul.* solam, pusillam quidem, & brevem, cum re, tum verbis, ex qua sola nulla conjectura duci potest ejus, quod hoc libro potissimum Paulus tractaverit. At cum superiores libri quatuor pertineant ad edictum de bonis debitorum possidendis, & venundandis: & liber, qui sequitur 62. pertineat etiam ad idem edictum, non potuit hic liber intermedius esse alia de re, quam de edicto eodem, vel de edicti ejus parte aliqua. Multa exoleverunt ex prisco ordine possidendorum bonorum, aut per creditores ipsos nomine debitoris, *adhibito magistri carmine*, ut Cicero loquitur primo de Orator. *magistri pronuntiatione*, qui ediceret, qua lege, quaque conditione bona debitoris venirent, quod erat ignominiosum: aut quod erat honestius nomine creditorum, à debitore creditoribus facta ultro cessione bonorum suorum, *l. debitores, C. quib. ex causis inf. irrog. l. ult. C. qui bon. ced. poss.* aut per curatorem à prætore, vel preside datum distrahendis bonis, quod erat etiam honestius, *l.5. de cur. fur. vel al.* Quo de ordine juris antiquo, & antiquato forte, quod totus hic liber esset 61. ideo nihil ex eo Tribonianus nobis relinquere voluit. Utinam tamen, & quæ de eo vel Paulus, vel alii scripserant, haberemus: & optare, quam hoc sperare proclivius est, faceret nos ejus rei cognitio cautiores, & prudentiores: & in usum pleraque possent à nobis revocari. Inter cætera videtur Paulus hoc libro docuisse, bona quoque filiorumfamilias à creditoribus venundari posse, maxime si peculium habeant castrense, vel quasi castrense, vel etiam peculium paganum, cum etiam filiisfamilias bonorum cessio permittatur, quam statim venditio sequitur, *l. pen. C. qui bon. ced. poss.* quia ex contractibus filiifamilias non tantum pater obligatur, sed etiam filius. Et pater quidem de peculio duntaxat, id est, pro quantitate peculii, filius in solidum, *l. prox. supr.* filius, inquam, in solidum tanquam paterfamilias, *l.39. de oblig. & act. l. ult. §. pupillus, de verb. obligat.* Sed si mater filio ademerit peculium, filius solus tenetur ex suis contractibus, vel delictis. Ademptio peculii liberat patrem, non filium. Imo & si prorsus nihil habuerit filius, obligatus manet, & conveniri potest, ac nemine pro eo solvente detrudi in carcerem, nisi utatur beneficio legis Juliæ, & cedat bonis, quo verbo *cedat bonis*, non quæ nunc habet, qui nulla habet, ut posui, sed bonis, quæ quandoque habiturus est, *d. l. pen. C. qui bonis ced. poss.* Sicut & missionem in possessionẽ utilem esse dicimus ex *l.13. de reb. auct. jud. poss.* etiamsi nihil sit quod possideatur. Extendi enim missionem ad bona, quæ debitor sibi quandoque adquisierit. Ademptio itaque peculii, quam constat fieri nuda voluntate, *l.8. hoc tit.* non liberat filium: at patrem liberat, cum hoc tamen modo, hacve exceptione, *si modo ademerit peculium sine dolo malo, l.9. §. præterea, & l.21. de pecul.*

JACO:

JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. LXII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.IX. de Pactis. *Si plures sint, qui eandem actionem habeant, unius loco habentur: ut puta, plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur, quia unum debitum est. Et cum tutores pupilli creditoris plures convenissent, unius loco numerantur, quia unius pupilli nomine convenerant. Nec non & unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum prætendentium, si convenerit, placuit unius loco esse: nam difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat: Nam nec is, qui plures actiones habet, adversus eum, qui unam actionem habet, plurium personarum loco accipitur.*

Ad §.Cumulum debiti *& ad plures summas referemus, si uni forte minutæ summæ centum aureorum debeantur, alii vero una summa aureorum quinquaginta. Nam in hunc casum spectabimus summas plures: quia illæ excedunt in unam summam coadunatæ.*

Ad §.Summæ autem *applicare debemus etiam usuras.*

EX *l.ult. Cod.qui bon. ced. poss.* intelligimus, debitore non existente solvendo, creditoribus plerunque hanc electionem dari auctore principe: ut vel debitori dent intervallum ad pecuniam solvendam, veluti quinquennium, quod & in usu hodie est, vel bonorum cessionem accipiant. Quod si in eligendo alterutro creditores dissentiant, aliis eligentibus quinquennii inducias, quinquennii ὑπερημερίαν, ἐκεχειρίαν, aliis eligentibus cessionem, & venditionem bonorum, tum idem servatur, quod ante aditam hereditatem creditoribus in unum locum convenientibus, ut paciscantur, & decidant cum herede defuncti debitoris certa portione debiti, qui alioquin repudiaturus esset hereditatem, nisi deciderit, priusquam adeat, cum creditoribus hereditariis. Qua in re si creditores dissentiant, aliis minore portione contentis, aliis majorem desiderantibus; prætor sequitur decreto suo majoris partis voluntatem. Quod ut facilius intelligatur, sciendum est, solere heredes scriptos, vel legitimos, qui temere nolunt se negotiis hereditariis implicare, adita hereditate, forte pluribus creditoribus defœnerata, antequam adeant hereditatem, creditoribus in unum coactis, cum eis tractare, si scilicet velint adire hereditatem, ac se pro herede gerere, ut habeant cum quo experiantur, à quo credita reposcant, qua parte debiti contenti esse velint, & secum decidere, transigere, residuo debiti remisso, deque ea parte pacisci cum eis, deinde adire hereditatem, veluti de dimidia parte, ut in *l.qui habebat, §.1. de manum.test.* exempli gratia, ut cui debentur centum, contentus sit 50. cui mille, contentus sit 500. quam pactionem utique necesse est fieri communi consensu creditorum, si fieri potest. At si dissentiant, aliis contentis, ut dixi, dimidia parte, aliis desiderantibus dimidiam, & sextam, id est, bessem crediti ex Const.D.Marci, prætor, vel præses decreto suo sequitur majoris partis voluntatem: decernit, ut omnes sint contenti ea parte, quam major pars creditorum constituerit, quave major pars creditorum decidere cum herede parata fuerit. Quod ostenditur in *l.7. §.ult. & l.8. de pact. & l.si præcedente, §.1.mand. l.primo gradu, quæ in fraud.credit.* Et major quidem pars æstimatur non pro numero personarum, sed pro modo, & cumulo debiti: adeo ut si sint decem creditores, & uni, vel duobus debeantur mille, cæteris quingenta tantum, unius, vel duorum sententiam sequatur prætor potius, quam cæterorum, ponderata quantitate debiti, non numeratis personis creditorum, quoniam quæ pars superat cumulo debiti, ea plus damni facit. Ac si omnes creditores pares sint in summa crediti, dispares in numero, & sententia, tunc necessario major pars ex numero personarum æstimatur, ut si ex decem creditoribus quatuor contenti sint parte quarta, sex desiderent dimidiam, prævalet sententia majoris numeri, quæ desiderat dimidiam. At contra, si creditores pares sint, non tantum in summa crediti, sed etiam in numero, & dignitate, dispares autem in sententia, ut si ex decem quinque desiderent dimidiam, quinque contenti sint parte quarta crediti, prævalet humanior sententia eorum, qui contenti sunt crediti portione quarta. Idem exemplum sequimur in specie initio proposita; cum de dandis debitori induciis, vel admittenda cessione bonorum creditores inter se disceptant, controversanturque, atque discordant. Et ubique notandum est, plures creditores nonnunquam haberi pro uno, ut ex hoc libro Pauli ostenditur in *l.9. de pactis*. Exempli gratia, plures rei stipulandi pro uno creditore habentur, quia una & communis est obligatio, adeo ut & uni solidum solvatur recte, *l.3. §.ult. de duobus reis.* Eademque ratione, ut Paulus ostendit in *d. l.9.* plures argentarii, qui simul contractis nominibus per scripturam mensæ pecuniam crediderunt, unius loco sunt. Denique sive sint plures rei credendi constituti per stipulationem, sive per scripturam mensæ, unius loco sunt, quia unum est debitum. Plures item tutores pupilli creditoris, quod satis manifestum est, unius loco sunt, id est, unius pupilli. Ex diverso vix est, ut unus plurium loco habeatur: nam & si uni debeatur ex pluribus causis, pro uno computatur, omnibus causis in unam coactis: non numerantur actiones, vel causæ obligationum. Itemque unus tutor, qui plurium pupillorum nomine unum debitum persequitur, unius loco numeratur, quamvis sint plures pupilli, ut dixi, quia unum est debitum. Quod autem diximus, majorem numerum creditorum æstimari ex cumulo debiti, quod & ostenditur in illa *l.ult. C.qui bon. ced. poss.* id etiam Paulus interpretatur, ut in cumulo debiti, in modo debiti, connumerentur omnes summæ, quæ uni debentur ex variis causis. Ut omnes, quod ait Paulus, minutæ summæ congregentur, cumulentur in unam, coadunentur, sive consummentur, quæ coadunatio videlicet unius calculi dicitur, *l.ult. C.de jure dotium*, & consummatio, *l.si plura, de ædil. ed. l.3.C.de usur.rei judic.* Summa summarum Plauto, & Senecæ: Massalis summa, Tertulliano. Cumulatur etiam cum sorte, quæ ei accedit usura. Ex hoc est quod Paulus ait, *cumulo debiti etiam usuras applicari.*

Ad L.VII.Quæ in fraud. *Si debitor in fraudem creditorum minori pretio fundum scienti emptori vendiderit: deinde quibus de revocando eo actio datur, eum petant: quæsitum est, an pretium restituere debent? Proculus existimat, omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non solvatur. Et rescriptum est secundum Proculi sententiam.*

Ad L.IX.eod. *Is, qui à debitore, cujus bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit. Quæsitum est, an secundus emptor conveniri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emptorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui admisit. Quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit. Is autem, qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur.*

EX his duabus legibus intelligimus egisse etiam hoc libro Paulum de actione Pauliana, qua post venditionem bonorum debitoris, creditores, si ex ea venditione solidum, quod eis debebatur, consequuti non fuerint, intra annum utilem experiuntur adversus eos, quibus deprehenderint debitorem quædam olim alienasse in suam fraudem, ut ea revocent rescissa alienatione. Et quidem si probaverint debitorem in fraudem suam minore pretio fundum scienti emptori vendidisse, actione Pauliana fundum ab eo revocare possunt, non reddito pretio, quod numeravit, *d.l.7. hoc tit.* nisi adhuc in bonis debitoris exstiterit, ut *l.8.* quæ sequitur, recte ait, *si scienti emptori vendiderit:* nam emptor ignorans fraudem venditoris, non tenetur

Digitized by Google

actione Pauliana, *l.6.* §. *hoc edict.sup.hoc t. l.9. inf.*Emptor, inquam, nam donatarius,qui ex causa lucrativa habet, etiam ignorans hac actione tenetur, *d. l.6.* §. *simili modo, & l. pen. C. de revoc. iis, quæ in fraud. cred. gest. sunt.* Merito autem emptori non redditur pretium, quia doli particeps fuit. Et hoc plerumque ita contingit, ut male fidei emptori, re mala fide empta evicta, pretium non reddatur. Et longe alia est ratio actionis Fabianæ, vel Calvisianæ, qua revocantur alienata à liberto in fraudem patroni, quo minus scilicet portio debita verecundiæ patronali, portio legitima patrono debita, ad eum perveniret, portio legitima, quæ patrono debetur ex lege Papia. Fabiana actio testato liberto, Calvisiana intestato liberto revocat ea, quæ dixi. Et longe, ut dixi, alia est ratio actionis Fabianæ,vel Calvisianæ, quæ revocat alienata in fraudem patroni, & alia actionis Paulianæ, quæ revocat alienata in fraudem creditoris: quia, hæc est ratio, edictum de actione Pauliana notat eum nominatim, qui quid cum fraudatore gessit, cum fraudem non ignoraret,id est, cum esset particeps doli.Verba edicti hæc sunt: *Quæ fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit.* Nominatim ergo notat emptorem, qui sciens emit à fraudatore. Edictum autem de actione Fabiana, vel Calvisiana eum non notat, sed libertum tantum, qui quid dolo fecit in fraudem patroni, quo minus debita portio ad eum perveniret, quod & verba edicti ostendunt, proposita initio *l. 1. si quid in fraud. pat.* Et ideo etiam ei, qui sciens à liberto rem emit, pretium restitui oportet, quia non notatur edicto. Et hoc probat *d. l. 1.* §. *si quid in fraud. pat.* His congruit, quod ex hoc libro Pauli est scriptum in *l.9.hujus titul.*

Ad L.IX.eod. cujus verba supra adscripta sunt.

SI is, qui sciens fraudem, rem emit à debitore,mox eam rem vendiderit bonæ fidei emptori: primum quidem emptori teneri actione Pauliana, quia fraudem participavit, nempe ut solidum pretium, quod à secundo accepit, reddat. At secundum emptorem, qui bona fide emit actione Pauliana non teneri, quia dolus auctoris, sive venditoris emptori nocere non debet, *l. 4.* §. *de auctoris. de doli except. Dolus,* inquit Paulus, *ei duntaxat nocere debet, qui eum admisit.* Ex iis porro, quæ supersunt ex libro 62. ad edictum, quo Paulus egit de actione Pauliana, qua curatores bonorum, vel creditores revocant, & rescindunt cum sunt missi in possessionem bonorum debitoris ea, quæ debitor in eorum fraudem gessit, primum se offert *l. 56. de solution.*

Ad L.LVI.de Solut. *Qui mandat solvi, ipse videtur solvere.*

ANimadverti reliquas omnes leges, quæ restant ex hoc libro, quæ sunt numero 7. respicere ad actionem Paulianam. Ac primum quidem *l. 56. de solut.* quæ ait, *eum, qui mandat solvi, ipsum solvisse videri*, hoc est certissimum, *l. 22.* §. *si mandaverim, mand. l. 7. de calum.* Et idem fere est, aut valet quod dicitur, *qui per alium facit.* Et sic etiam, qui mandat accipi, ipse videtur accipere, *l. 95.* §. *usumfr. de solut. l. 2. de calumn.* Et ita si debitor in fraudem creditorum, quod debet in diem, solvat præsenti die, aut solvi mandet, edicto Pauliano locus est, *l.2. l.6.* §. *sciendum, l. 10.* §. *si cum in diem, l. 17.* §. *ult. quæ in fraud. cred.* Locus item est edicto Fabiano, vel Calvisiano, si quid à liberto gestum sit in fraudem patroni, *l. qui res,* §. *1. de solut.* Respicit etiam, ut opinor, ad actionem Paulianam, quod ex hoc libro extat in *l.4. de ann. leg.*

Ad L. IV. de Ann. leg. *Si in singulos annos alicui legatum sit: Sabinus (cujus sententia vera est) plura legata esse ait: & primi anni purum. sequentium conditionale. Videri enim hanc inesse conditionem si vivat. Et ideo mortuo eo, ad heredem legatum non transire.*

QUæ docet, legatum certæ quantitatis relictum in annos singulos non unum esse legatum,sed plura. Multiplex esse legatum: primi anni purum, quod cedit statim initio anni inchoandi à morte testatoris: sequentium autem annorum conditionale, sequentium annorum pensionibus inest hæc conditio, *si vivat legatarius*: quandoquidem hoc genus legati morte legatarii finitur, nec transit in heredem legatarii. Et hac in re maxime distat legatum à stipulatione, quæ concepta est similiter in annos singulos, quia stipulatio hujusmodi morte stipulatoris non finitur. Stipulatio hujusmodi perpetua est, & una, non multiplex stipulatio: & pura omnino omnive tempore, non conditionalis. Quod & in jure nostro multæ aliæ leges docent, *l. 1.* §. *si in annos,ad l. Falcid. l. si Stichum,* §. *ult. de verb. oblig. l. senatus,* §. *ult. de mort. caus. donat.* Pertinet autem actio Pauliana etiam ad revocandam, & rescindendam hujusmodi stipulationem, puta, *in annos singulos dena dare spondes?* Si stipulanti debitor ita promiserit fraudandorum creditorum causa, quod etiam ita scriptum est nominatim in *l. 10.* §. *per hanc actionem, quæ in fraud. cred.* Ad revocandam, inquam, stipulationem hujusmodi, & infirmandam, quia una & pura stipulatio est: sed non pertinet etiam actio Pauliana ad legatum relictum in annos singulos. Ad alia legata, quæ relinquuntur in fraudem creditorum,procul dubio pertinet *l. 6.* §. *pen. quæ in fraud. cred.* sed non etiam ad legatum relictum in annos singulos, quia dempto primo anno, cæteris omnibus annis legatum est conditionale, & multiplex, atque adeo incertum an debeatur: & recte stipulationi jungitur ususfructus in *d.* §. *per hanc actionem*, quem explicant male. *Per hanc actionem*, inquit, *& ususfructus, & hujusmodi stipulatio, dena in annos singulos dare spondes?* exigi potest, id est, revocari, rescindi & jungitur ususfructus, ut ex lectione patet, indistincte. Sive igitur constitutus sit ususfructus legati, sive stipulationis genere, quoquo modo constitutus sit, recte jungitur stipulationi in annos singulos, quia ut una hæc stipulatio est, ita & legatum ususfructus, quamvis fructus, qui percipiuntur, proveniant annuatim. Legatum, inquam, ususfructus unum est legatum, quamvis fructus, qui percipiuntur sint annui, cujus dies cedit semel, non pluries, qui tamen cederet pluries, si esset multiplex. Idque ostenditur in *l. 1. in princ. quando dies ususfruct. leg. cedat.* His videtur Paulus junxisse aliam differentiam inter stipulationem, & legatum. Nectitur enim alia ex alia. Nempe hanc differentiam in stipulationibus, sive contractibus, id tempus spectari, quo contrahimus: stipulationes cum dicimus, omnes contractus dicimus semper, propterea quod stipulatio adhiberi solet omnibus contractibus, stipulatio est πανδέκτη omnium contractuum. In stipulationibus, sive contractibus id tempus spectari, quo contrahimus, quæ regula ex hoc libro Pauli proponitur in *l.78. de verb. oblig.* & ex eodem repetitur in *l. 144. de regul. juris.*

Ad L.CXXXXIV.de Regul.juris. *Non omne, quod licet, honestum est.*

Ad §.In stipulationibus *id tempus spectatur,quo contrahimus.*

ET ideo ii sunt effectus hujus regulæ: si pendente conditione stipulationis moriatur stipulator, jus stipulationis, quod habet, transfert in heredem suum, quasi jam dum viveret,sibi quæsitum. Item si filiusfamilias,vel servus sub conditione stipulatus aliquid, & postea emancipatus, vel manumissus fuerit, ac deinde extiterit conditio stipulationis, patri,vel domino actio ex stipulatu competit,quia tempore contractus in ejus potestate fuit. *Et in stipulationibus id tempus spectatur,quo contrahimus*, non quo conditio contractus extitit. Quo pertinet etiam *regula legis 146.eod. tit.* ex hoc ipso libro.

Ad L.CXLVI. eod.tit. *Quod quis dum servus est egit; proficere libero facto non potest.*

QVod quis dum servus est egit,hæc sunt verba regulæ,*proficere libero facto non potest*,nempe quod contraxit quis, quum servus esset, non ei, sed domino ejus proficit, domino ejus adquiritur, quia spectatur tempus contra-

tractus, quo tempore erat in potestate domini. Et hæc de stipulationibus, sive contractibus. In legatis annuis id tempus non spectatur, quo legata in testamento relinquuntur, sed tempus, quo dies legatorum cedit, puta si conditionalia fuerint legata, tempus, quo post mortem testatoris conditio legatorum exiltit, consideratur. Et ideo si filiofamilias, aut servo, cum esset in potestate patris, vel domini, legatum sit, relictum sub conditione, & post emancipationem, vel manumissionem conditio legati extiterit, filio, non patri: servo, id est, quondam servo, non domino adquiritur legatum, quia eo tempore, quo dies legati cedit, non est in potestate patris, vel domini, *l. 18. de reg. jur.* In qua Pomponius eleganter definit, quod maxime pertinet ad rem, quæ est in manu, legata filiofam. vel servo relicta, ea tantum adquiri patri, vel domino, quæ nobis relicta, ad heredem nostrum possunt transmitti. At legatum conditionale legatarius, si moriatur pendente conditione, non transmittit in heredem. Ergo nec si pendente conditione legati filiusfam. vel servus emancipetur, vel manumittatur, id legatum patri, vel domino adquiri potest, sed adquiritur filio emancipato, vel servo manumisso. Quod omne cum scripsisset Paulus etiam hoc libro, inde notandum censuit, quam diversa esset conditio ejus, qui legatario heres extitisset, à jure, & conditione ejus, qui heredis, à quo legatum relictum est, heres fuisset. Nam legato sub conditione relicto, si legatarius pendente conditione moriatur, heredi suo nihil relinquit, nihil transmittit in heredem suum, sed si heres, à quo legatum sub conditione relictum est, pendente conditione moriatur, heredem suum obligatum relinquit, vel quod idem est, obligationem transmittit in heredem suum, quia legati nomine ipse obstrictus erat, quod ex hoc ipso libro Pauli proponitur in *l. 65. de cond. & dem. si heres pendente conditione moriatur*: heres, inquam, à quo sub conditione legatum est, *heredem suum obligatum relinquit*. Ergo sicut stipulatione facta sub conditione, mortuo promissore pendente conditione heres ejus tenetur ex stipulatu, *l. 57. de verb. oblig.* Ita & legato relicto sub conditione, & herede, qui legatum debet, à quo legatum relictum est, mortuo pendente conditione, heres heredis tenetur ex testamento, legatario scilicet. Nec quicquam hoc casu distat legatum conditionale, à stipulatione conditionali. At ubi pendente conditione contingit mors creditoris conditionalis, multum interest, utrum legatarius, an stipulator fuerit, quia legatarius jus legati in heredem non transfert, stipulator jus stipulationis in heredem transfert, propter regulam supradictam: Quia *in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus*. Quod autem additur in *d. l. 78. de verbor. oblig. Cum fundum mihi dari stipulatus sum, in stipulationem non venire fructus, qui tempore stipulationis fuerint*, id est, qui fundo cohærebant stipulationis tempore, fructus pendentes, fructus stantes, id veluti exceptio quædam est supradictæ regulæ, quam & proposuerat, *In stipulationibus spectari tempus, quo contrahitur*. Et eo quoque modo alia differentia constituitur inter stipulationes & legata. Nam fructus, qui solo cohærent, die legati cedente, ad legatarium pertinent, ut idem Paulus scripsit 3. *Sen. tit. de legat.* & probat *l. si pendentes, de usufr.* Et tamen, qui cohærebant stipulationis tempore, ad stipulatorem non pertinent, quia stipulationes strictius accipiuntur, & fructus, etiamsi cohæreant solo, cohæreant fundo, fructus pendentes utique pars non sunt fundi: nec veniunt igitur in stipulationem fundi: in aliis judiciis, quæ stricta non sunt, puta in arbitrariis, aut bonæ fidei judiciis, fructus pendentes, pars fundi non sunt quidem, sed esse videntur, *l. 45. de rei vindic. l. Quintus, de action. emp. l. pen. §. non solum. quæ in fraud. cred.* Altera vero regula, quæ superiori applicatur in *d. l. 144. non omne, quod licet, honestum est*. Duæ regulæ in ea proponuntur. Prior hæc est: *Non omne quod licet, honestum est*, posterior illa, quam jam exposui: *In stipulationibus id tempus spectari, quo contrahimus*. Ut autem hæc posterior accommodatur ad actionem Paulianam, ita & prior accommodari debet omnino ad id, quod de actione Pauliana habemus in *l. 6. §. sciendum est, quæ in fraud. cred.* Licere quidem unicuique, quod sibi jure debetur petere, & exigere, accipere quocunque tempore, sed post bona debitoris possessa, quæ possessio generaliter, & in rem semper permittitur, etiamsi unus tantum ex creditoribus eam postulaverit, *l. quum unus, de reb. auct. jud. poss.* non esse honestum, præripere jus cæteris creditoribus in sua pecunia exigenda: Cum jam conditio omnium creditorum par facta sit per missionem in possessionem, non debuit, inquam, præripere cæteris creditoribus. Potuit, sed non debuit: licuit, sed non fuit honestum præripere cæteris collegis in possessione. Vitare id debuit, non quasi illicitum, nec enim illi fuit illicitum, sed quasi pudendum. Itaque totum, quod percepit, totum, quod præcepit, quod exigere præfestinavit, non retinebit, sed revocabitur hoc judicio ad portionem, quam cæteri creditores bonis venditis laturi sunt. Hoc est convenientissimum, & commodissimum exemplum. Ad actionem Paulianam etiam refero *l. 74. pro soc.* quæ sola restat nunc ex hoc libro.

Ad L. LXXIV. Pro socio. *Si quis societatem contraxerit: quod emit, ipsius fit, non commune, sed societatis judicio cogitur rem communicare*.

SI quis contraxerit societatem omnium bonorum, quod emit suo nomine, ipsius fit, non commune, sed actione pro socio, rem, quam emit, communicare cogitur, quia contracta est societas omnium bonorum, quæ haberet, vel habiturus esset. Ergo etiam manente societate pro socio agi posse, quod evenit etiam alio casu, qui proponitur in *l. 65. §. pen. eod. tit.* Quia vero res, quam emit, ipsius fit, si rem eam à fraudatore sciens emit suo nomine, ipse solus tenetur actione Pauliana, non socii: nisi societatis judicio id egerint, ut ea res veniret in communionem. A libro 62. transeundum nobis est ad librum 63. ex quo tres duntaxat leges habemus, quarum unam tantum hodie dabimus.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

AB hoc libro, post edictum de bonis debitoris possidendis, & venundandis, & proxime post edictum Paulianum, & interdictum fraudatorium, cœpit Paulus tractare de interdictis omnibus, qui ordo etiam servatur in ff. Incipiam igitur à *l. 2. de interdictis*.

Ad L. II. de Interdict. *Interdictorum quædam duplicia sunt, quædam simplicia. Duplicia dicuntur*, ut uti possidetis. *Simplicia sunt ea, veluti exhibitoria, & restitutoria: item probibitoria* de arboribus cædendis, & de itinere actuque.

Ad §. Interdicta *autem competunt vel hominum causa, vel divini juris, aut de religione: sicut est*, Ne quid in loco sacro fiat, *vel* quod factum est, restituatur, *&* de mortuo inferendo, *vel* sepulchro ædificando. *Hominum causa competunt, vel ad publicam utilitatem pertinentia, vel sui juris tuendi causa, vel officii tuendi causa, vel rei familiaris. Publicæ utilitatis causa competit interdictum*, ut via publica uti liceat, & flumine publico, & ne quid fiat in via publica. *Juris sui tuendi causa*, de liberis exhibendis: *item de* liberto exhibendo. *Officii causa*, de homine libero exhibendo. *Reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.*

Ad §. Quædam interdicta *rei persecutionem continent: veluti* de itinere actuque privato. *Nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Sed & illa interdicta, quæ de locis sacris, & de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent: Item illa* de liberis exhibendis, *quæ juris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si quæ interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis causam habeant.*

Ad §. Hæc autem *interdicta, quæ ad rem familiarem spectant, aut adipiscendæ sunt possessionis, aut recuperandæ, aut retinendæ. Adipiscendæ possessionis sunt interdicta, quæ competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem. Sunt autem interdicta adipiscendæ possessionis*, quorum bonorum. Salvianum quoque *interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est*, & quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur vim fieri veto. *Recuperandæ possessionis causa proponuntur sub rubrica* unde vi, *aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. Retinendæ possessionis sunt interdicta*, uti possidetis. *Sunt interdicta* (ut diximus) *duplicia, tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis.*

In hac lege Paulus proponit varias divisiones interdictorum. Quibus proculdubio præposuerat definitionem interdictorum, quæ extat in Instit. & differentiam quoque actionum, & interdictorum à me observationum *libr. 5. cap. 17.* notatam. Interdictis suis prætorem non addicere, vel addere judicem specialem; judicem pedaneum actionibus addere, & alium esse ordinem interdictorum, aliam solemnitatem, formulam, executionem, longe aliam actionum. Vide & paratitla in lib. 8. *C. tit. 1. de interd.* Nihil aliud sunt interdicta, quam decreta, quæ prætor facit de possessione, vel quasi possessione, cum statuit, apud quem possessionem rei controversæ inter duos esse oporteat interim dum litigabitur de proprietate apud judicem pedaneum, quem & mox dat inter eos, ut de proprietate cognoscat, id est, uter rei dominus sit. Divisio autem hæc à Paulo prima proponitur: *Alia esse interdicta duplicia, alia simplicia.* Duplicia sunt, in quibus uterque litigator est actor & reus: & hujusmodi est interdictum uti possidetis, quod est de retinenda possessione rei immobilis, & interdictum utrubi, quod est de retinenda possessione rei mobilis, quia uterque sibi possessionem rei, qua de agitur, adserit: uterque possessionem suam vocat: uterque se magis possidere adfirmat, adversarium autem possidere negat. Et formula quoque interdicti ita concipitur, ac si uterque possideret, non quasi unus peteret, alter possideret, nempe concipitur hoc modo, *uti possidetis*, vel *uti fruimini*, non *uti possides*, vel *uti frueris.* Ac rursus ita concipitur, quum de re mobili agitur: *Utrubi hic homo fuit majore parte anni, non ubi, l. 3. §. 1. uti possid. l. 1. §. uti proponitur, de superficieb. l. 1. §. si inter rivales, de aqu. quot. & æst. l. 37. de obligat. & act. §. pen. Instit. de interd.* Simplicia autem sunt, in quibus ex litigatoribus alter est actor, alter reus, sive defensor. Et hujusmodi sunt omnia interdicta exhibitoria, aut restitutoria, ut Paulus hic ait. Nam actor est, qui desiderat sibi rem exhiberi, aut restitui. Reus, à quo desideratur ut exhibeat, vel restituat. Et exhibitoria quidem sunt, veluti interdictum de tabulis testamenti exhibendis, interdictum de liberis exhibendis, interdictum de libero homine exhibendo, vel de liberto exhibendo. Restitutoria autem sunt, veluti unde vi, ut is, quo cum agitur, possessionem vi ereptam restituat, & interdictum quorum bonorum. Addit Paulus item prohibitoria, ubi recte Basil. δέ τινα τῶν κωλυτικῶν. *Et quædam ex prohibitoriis*, simplicia scilicet interdicta sunt, quia non omnia interdicta prohibitoria, quibus scilicet prætor vetat quid fieri, simplicia sunt, non certe interdictum uti possidetis, vel utrubi, quæ prohibitoria, & duplicia, ut paulo ante dixi, interdicta sunt, sed interdictum, *ne quid fiat* in loco sacro, prohibitorium, & simplex interdictum est. Itemque interdictum, *ne quid fiat in flumine publico*, interdictum ne vis fiat mortuum inferenti in locum suum, & interdictum, quo exemplo utitur Paulus, de arboribus cædendis, quo id agitur, ne vis fiat ei, qui arborem in suas ædes impendentem ex ædibus vicini adimere, & collucare, ut loquuntur, vult. Et similiter interdictum de itinere, actuque privato, quo prætor vim fieri vetat, quo minus quis itinere actuque, qui jure ei competit utatur. Sequitur alia divisio paulo post: interdicta alia competere juris divini tuendi causa, aut quod idem est, de religione: alia vero competere hominum, vel humani juris causa. Divini juris causa competere interdicta, *ne quid in loco sacro, vel sancto fiat, & interdictum, quo prætor jubet restitui, quod in loco sacro factum est, & interdictum de mortuo inferendo in locum suum, & de loco religioso faciendo per sepulturam hominis, & interdictum de sepulchro ædificando, ubi ædificare jus est, aut de jam ædificato reficiendo.* Hæc omnia interdicta divini juris tuendi causa sunt instituta. Hominum autem causa comparata interdicta alia pertinere ait ad publicam utilitatem, *ut interdictum ne quid fiat in via publica, & interdictum ut via publica, aut flumine publico uti liceat.* Alia competere juris sui tuendi causa, non dico rei familiaris causa, sed juris cujusdam sui, quod ad rem familiarem non pertinet, tuendi causa, *ut interdictum de liberis exhibendis*, quod parentibus datur juris sui, id est, patriæ potestatis, quam in liberos habent, tuendæ causa, & interdictum *de liberto exhibendo*, qui ab aliquo detinetur, de quo interdicto hic unus est locus in jure, & alter in *§. exhibitoria, Instit. de interd.* Id vero datur juris patronatus tuendi causa. Alia vero competere interdicta officii tuendi causa, quo inter se homines naturaliter devincti sunt, *officii*, inquam, *tuendi causa*, quo hominem adfici ab homine interest hominis propter naturalem cognationem, quam inter homines natura constituit, *l. 7. de serv. export. l. 3. de just. & jure.* veluti *interdictum de libero quocunque homine exhibendo*, quo cuilibet ex populo libertatem alienam tueri licet, si opprimatur, si inclusa teneatur ab aliquo. Alia vero rei familiaris causa, sive sui patrimonii causa dari, *ut interdictum* unde vi, *quod datur dejecto possessione sui prædii, & interdictum* uti possidetis, *& interdictum* quorum bonorum, *& interdictum* de itinere actuve privato, & reliqua omnia interdicta, quæ hominum causa comparata sunt. Et rursus ex his, quæ rei familiaris causa dantur, quædam rei persecutionem continent, ut interdictum de itinere, actuque privato reficiendo. Quod non competit, nisi ei, qui docet, se itineris, vel actus servitutem in alieno fundo habere, *l. 3. §. hoc autem, de itin. actuque priv.* Et non igitur est de possessione tantum: nam & de possessione est, ut utatur itinere, vel actu, sed & de quasi proprietate servitutis: nam & servitutum, quæ prædiis nostris inhærent, quasi proprietas quædam est: cum earum vindicatio nobis competat quasi proprietariis earum. Hoc igitur interdictum non tantum possessionis causam continet, id est, usus, itineris, vel actus, sed etiam causam ipsius quasi proprietatis, quoniam qui hoc interdicto agit non vincet, si tantum probaverit, se usum itinere, vel actu, nisi probaverit eam servitutem fundo suo deberi, vel potius fundo suo inhærere, hoc est, nisi quasi proprietatem ejus servitutis probaverit: ergo non tantum est de possessione, sed etiam de quasi proprietate. Et addit Paulus, *illa quoque interdicta quasi proprietatis causam continere, quæ proponuntur de locis sacris, & religiosis:* de locis sacris, uti de sacellis, de religiosis, veluti sepulchris: quia sepulchra, vel sacella, quæ sunt in prædiis nostris, quasi proprietatis jure nostra sunt, nam & sepulchra dicuntur nobis hereditaria, familiaria, *l. 3. & 4. l. sunt personæ, de relig.* Revera sepulchra, aut sacella, quæ sunt in nostris prædiis, nullius sunt in bonis, quia sunt res divini juris, non humani, sed tamen quasi quodammodo etiam nostra sunt: sepulchrum, quod est in fundo nostro quasi proprietatis jure nostrum est. Itemque illa interdicta, quæ juris sui tuendi causa competunt, quasi proprietatis causam continent, ut interdictum *de liberis exhibendis*, quia potestas, quam in liberos nostros habemus, quasi proprietas quædam est, eaque ratione vindicatio etiam liberorum nostrorum *ex jure quiritium*, videlicet hoc addito, nobis competit, tametsi revera non sint in dominio nostro, quia liberi homines sunt, *l. 1. §. hanc, de rei vind.* Et simili modo interdictum *de liberto exhibendo*, quia & jus patronatus, quod in libertum habemus, quasi proprietas quædam est, non proprietas, sed quasi proprietas, veluti proprietas: ut rerum aliarum est possessio, aliarum quasi possessio, non possessio, ut servitutum, *l. ait prætor, §. item ei, ex quib. causis major. l. si quis diuturno, si serv. vind. l. 5. §. pen. de itin. act. priv.* Ita & aliarum rerum est proprietas, aliarum quasi proprietas. At de quasi proprietate superiora interdicta sunt, simul & de possessione. Nullum est interdictum de proprietate. Nullum item interdictum de

quasi

quasi proprietate sola, sed de quasi proprietate, & de possessione. Quod notandum est. Cætera autem omnia interdicta, quæ ad rem familiarem pertinent, sunt de possessione, vel quasi possessione, *l. quotiens vis, de servit.* Quamvis & in eis nonnunquam de proprietate probationes exhibeantur. Quintil. 7. Instit. eleganter: *In sponsionibus*, inquit, *quæ ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quæstio, sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse nos, sed etiam nostrum possedisse docere oportebit.* Ex abundanti scilicet, non ex necessitate simplici, & absoluta, *§. commodum, Instit. de interdict.* quia iis est de sola possessione. Rei autem familiaris appellatione continetur proprietas, aut quasi proprietas: Itemque possessio, aut quasi possessio. *Stulta*, inquit Seneca, *hominum avaritia proprietatem, possessionemque discrevit.* Utraque continetur sub appellatione rei familiaris. Quod hic locus Pauli ostendit satis aperte, & *l. 4. de publ. judic.* dum ait, interdictum unde vi, & interdictum de tabulis exhibendis esse de re familiari, quod de sola possessione est. Rem igitur familiarem cum dico, & proprietatem, & possessionem dico, vel quasi proprietatem, & quasi possessionem. Rursus ex iis interdictis, quæ possessionis solius causam continent, non quasi proprietatis, & possessionis: alia sunt, ut ait, apiscendæ, alia reciperandæ, alia retinendæ possessionis. Apiscendæ, quæ competunt iis, qui ante non sunt nacti possessionem, ut interdictum quorum bonorum, quod datur ei, cui ex edicto prætor bonorum possessionem dedit contra tabulas, vel secundum tabulas, vel unde liberi, vel unde legitimi, ut eam possessionem, quam prætor verbotenus dedit, corporaliter apiscatur. Et interdictum Salvianum, de quo extat titulus, quod datur locatori ad possessionem apiscendam rerum conductoris pro mercede locationis pignori obligatarum: & interdictum, ut ait, *Quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto.* Quod interdictum est de quasi possessione itineris, & eodem uti licet de quasi possessione actus, vel aquæ, vel similis servitutis, ut eam emptor apiscatur, id est, ut ea servitute utatur, qua venditor fuit usus. Cujus interdicti formula, quæ hic proponitur, non extat alibi: sed hoc tantum etiam emptori de itinere actuve, quo venditor usus est, interdictum dari, *l. 5. §. emptori, de itin. act. priv. l. 1. §. ait prætor, de aqu. quotid. & æstiv.* Et hæc de interdictis apiscendæ possessionis. Reciperandæ possessionis interdicta sunt, quibus qui possessione vi dejectus est, amissam possessionem reciperare vult, quorum aliqua proponi ait sub rubrica, sive titulo *unde vi*. Recte. Proponuntur enim duo edicta reciperandæ possessionis sub ea rubrica, interdictum de vi quotidiana, & interdictum de vi armata. Rubricam, & titulum dicit pro eodem, quæ recte in Glossis Philoxeni διὰ μίλτου ἐπιγραφὴ, quod notaretur minio, & croco. Unde & illud Martialis: *Et croco rubeat superbus Index.* Et illud Ovidii. *Nec titulus minio, nec cedro charta notentur.* Eodem nomine præter Paulum (quod sciunt omnes) etiam usus est Persius, & Quintilianus. Sed addas etiam Prudentium: *Cur rubricæ miniantur*, inquit? *quia probibent peccare reos.* Retinendæ autem possessionis causa comparata sunt interdicta *uti possidetis*, & *utrubi*, per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus, *la maintenue*. His interdictis retinendæ possessionis conservamus possessionem, quam habemus: interdictis recuperandæ, vel ut vulgo redintegrandæ, recuperamus possessionem, quam habuimus, non quam habemus: interdictis apiscendæ possessionis, adquirimus possessionem, quam nunquam habuimus. Subjicit Paulus in extremo hujus legis, esse mixta quædam interdicta, sive duplicia, tam recuperandæ, quam apiscendæ possessionis. Quorum nullum exemplum edit, quod miror, si quædam sint ejusmodi, cum cæterorum prompta fuerint exempla, horum nullum sit in mundo, id est, in promptu, ut veteres loquebantur: in superiorum exemplis tradendis Paulus fuit diligens, & studiosus, quæ quisque per se dicere potuisset: in horum exemplis proponendis fuit negligens, quia nondum inventus est quisquam, qui invenerit. Et præterea ait, *Sunt interdicta, ut diximus, duplicia, tam reciperandæ, quam apiscendæ possessionis*, quasi ante dixerit de iis, qui nihil prorsus: de iis tantum dixit, quæ sunt tam apiscendæ, quam reciperandæ possessionis: neque vero dicere potuit, cum nec ullum tale unquam fuerit interdictum tam reciperandæ, quam apiscendæ possessionis, nec per rerum naturam esse potuerit. Quod enim nunc primum apiscor, non recipero: Et contra quod recipero, nunc primum non apiscor. Et apiscendæ possessionis dicuntur, quæ utilia sunt ei tantum, qui nunc primum, *ut est in instit.* conatur apisci rei possessionem. Et stultus est Accursius, qui affert exemplum ex *l. 3. §. prætor, ne vis fiat ei, qui in poss. missus est*, quoniam ille locus tam est de interdicto prohibitorio, quam restitutorio, non de interdicto, quod sit tam reciperandæ, quam apiscendæ possessionis. Itaque manifesto aberrat Accursii animus, & errat plane hac in re: error magnus, & intolerabilis, quem equidem patefeci jampridem, affirmans hæc verba, quæ sunt in fine hujus legis, *tam reciperandæ, quam apiscendæ possessionis*, ab hoc loco procul amovenda esse, ut hæc sola supersint: *Sunt interdicta*, vel ut vulgo rectius legitur, *sunt autem interdicta, ut diximus, duplicia*, & nihil præterea addatur. Interdicta scilicet uti possidetis, & utrubi, quæ proxime retuli ad retinendam possessionem pertinere, sunt duplicia, ut diximus, initio scilicet hujus legis, ubi ea interdicta docuit esse duplicia: non quod sint tam recipiendæ, quam apiscendæ possessionis, quorum nulla esse possunt, quin sint monstro similia, sed quod in eis utraq; pars actoris, & rei partes agat.

Ad L. II. quod legat. *Diversum est, si postea pars legato accreverit. Nam hoc nomine tenentur fidejussores in totum.*

Ad §. Quod ait prætor, si per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur; *sic accipiemus, si paratus sit satisdare. Non ergo offerre debet satisdationem: sed petenti satis moram facere.*

Ad §. Ex hoc interdicto, *qui non restituit, in id quod interest debet condemnari.*

Ad §. Si legatarius *repromissione retentus fuit, dandum est interdictum. Idem dicendum est, si legatarius pignoribus noluit sibi caveri.* (†)

Ad §. Si per legatarium *factum sit quo minus satisdetur, licet tantum non sit, tenetur interdicto. Sed si forte factum sit per legatarium, quo minus satisdetur, eo autem tempore, quo editur interdictum, satis accipere paratus sit: non competit interdictum, nisi satisdatum sit. Item si per bonorum possessorem fletit, quo minus satisdaret, sed modo paratus est cavere: tenet interdictum. Illud enim tempus inspicitur, quo interdictum editur.*

Hoc libro Paulus expositis variis divisionibus interdictorum, cœpit primo tractare de interdictis apiscendæ possessionis, de quibus est interdictum quod legatorum, ad quod pertinent duæ leges illæ. Pertinent ad illud interdictum hæ duæ, *l. 2. quod leg. & l. 5. de adquirend. possess.* Hoc autem interdictum datur heredi scripto, qui adiit hereditatem, vel agnovit bonorum possessionem secundum tabulas, adversus legatarium, qui non ex voluntate heredis scripti nactus est possessionem rei legatæ, cum locus esset legi Falcidiæ, & heredis interesset Falcidiam habere, quam utique habere, & sibi servare ante Justinianum aliter non poterat, quam adepta possessione legati per legati retentionem, *l. 5. C. quod leg.* Falcidiæ enim heres retentionem tantum habuit, non vendicationem, *l. 14. §. 1. l. 55. §. 5. leg. 93. ad legem Falcid.* Ex constitutione Justiniani habet vindicationem Falcidiæ, atque ideo supervacuum est hodie interdictum quod legatorum. Ante Justinianum habuit retentionem tantum Falcidiæ. Itaque hoc interdicto agebat heres in hoc, ut possessionem rei legatæ, quam legatarius nactus erat, non ex ejus voluntate restitueret, quo non restituente possessionem heredi, sequebatur condemnatio in id, quod interest, ut proponitur in hac *l. 2. §. ex hoc interdicto: Ex hoc interdicto*, inquit, *qui non restituit possessionem heredi, in id, quod interest debet condemnari.* Nec tamen aliter ex hac causa heredi hoc interdictum datur, ut adipiscatur

---

(†) *Vide Merill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 18.*

ficatur possessionem rei legatæ, quam eo non consentiente A legatarius occupavit, quam si legatario, aut legatariis satisdederit legatorum nomine, datis fidejussoribus legata præstitum iri; post hanc satisdationem licet ei agere interdicto quod legatorum, non aliter. Aut satisdandum est legatario, aut non recedet legatarius de possessione, etiamsi eam nactus sit, non consentiente herede; sed si heres satisdederit legatario, cogitur recedere de possessione, ut per retentionem possessionis heres sibi servet Falcidiam, quæ intervenit. Unde si heres pluribus rebus legatis, quarumdam rerum nomine satisdederit, quarumdam vero nomine non satisdederit, earum tantum nomine, de quibus satisdedit, hoc interdictum ei datur, ut earum rerum possessionem adipiscatur. Cæterarum vero rerum nomine hoc interdictum ei non datur, de quibus præstandis non satisdederit legatariis. Quod cum ex Ulpiano esset propositum in *l.1. §. ult. hoc tit.* mox additur in *l.2.* ex B hoc Pauli libro aliud esse dicendum, si verbi gratia fundi legati nomine, in cujus possessione legatarius erat, sine voluntate heredis, heres legatario satisdederit: nomine autem portionis ejus, quæ per alluvionem fundo accrevit forte, non satisdederit, quia & hujus portionis, quam possidet legatarius sine voluntate sua heredi dabitur interdictum quod legatorum. Neque enim necesse est, ut de ea portione satisdet specialiter, satis est si de fundo satisdederit. In satisdatione de fundo continetur etiam id, quod postea alluvione, vel jure accrescendi, vel jure conjunctionis fundus major factus est: id est, qui fidejussit de fundo, intelligitur etiam fidejussisse de incremento fundi, quod etiam ostendit *l. pen. ut leg. nom. cav.* Quia & id, quod accrescit fundo, vel alluvione, vel jure accre- C scendi, retro intelligitur ad stipulatorem pertinuisse, *l.quia retro, ad legem Aquiliam.* Diversum est, si non alluvione, sed vel emptione, vel adjudicatione fundo aliquid accreverit, accesserit, *l.18. §. si is, qui una, de dam. infec.* Quia alia quædam res est, aliusve fundus, qui fundo hoc modo conjungitur, per emptionem scilicet, vel adjudicationem, conjungitur, inquam, potius, quam accedit. Cæterum accessio, ut quod accedit jure accrescendi, vel jure alluvionis, continetur sub satisdatione fundi, nec necesse est de eo caveri specialiter: qui cavit de fundo, & de accessione cavisse videtur, quæ proprie accessio est. Et ita explicandum est, quod est initio hujus l. 2.

AD *§. Quod ait Prætor.* Notandum autem ad *§. 1.* hoc D interdictum dari heredi scripto, aut bonorum possessori, qui agnovit bonorum possessionem secundum tabulas, si satisdederit legatorum nomine, non aliter: vel si per eum non stat quo minus satisdet. Verba edicti hæc sunt: *Si per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur.* Per bonorum possessorem, id est, per heredem scriptum, qui agnovit bonorum possessionem secundum tabulas. Videtur prætor in edicto bonorum possessoris, non heredis fecisse mentionem, id est, sui heredis, qui sec.tab.bonorum possessionem agnovisset: quia bonorum possessor, prætorius heres, sive successor est, & de suis successoribus major cura prætori fuit, aut præcipua cura, quam de civilibus, ut & in edicto superiore, quo cavetur, ut edito interdicto quorum bonorum agi posit, mentionem facit non heredis, sed bonorum possessoris. Hæc autem verba: *Si per bonorum possessorem non* E *stat, ut satisdetur*, ita accipienda non sunt, si bonorum possessor offerat satisdationem legatorum, quia necesse non habet eam offerre. Sed ita hæc verba accipienda sunt: Si petenti legatario satisdari sibi legati nomine, moram non faciat heres in exhibenda satisdatione, in dandis fidejussoribus, si paratus sit heres postulanti legatario satisdare de præstando legato sua die, & post habitam rationem legis Falcidiæ, detractamve Falcidiam, ut scilicet ei competat interdictum, quod legat. vel etiam, ut constat ex *l.1.§.non exigit, ut in poss.legat.* ut non satisdante herede, legatarius mittatur in possessionem bonorum, quæ ex ea hereditate sunt, legati servandi causa. Utroque casu heres non dicitur satis offerre, sed satis sibi dari desideranti continuo satisdare. Quod si petenti legatario satisdari sibi, moram fecerit heres in præstanda satisdatione, sane heredi non competit interdictum quod legatorum ad adipiscendam possessionem, quam non ex ejus voluntate nactus est legatarius, nisi scilicet hanc moram heres emendaverit, ac purgaverit: moræ emendatio permittitur ex bono, & æquo, usque ad tempus editi interdicti, *l.interdum, §. ult. l.si servum, §.sequitur, de verb. obl. l.17. de const. pec. l.qui decem, in pr. & §.1. de sol.* Iraque si nunc heres, qui semel moram fecerit in præstanda satisdatione, quam legatarius desiderabat, nunc paratus sit satisdare, si nunc offerat satisdationem, priusquam interdicto quod legatorum experiatur, aut experiri tentet; profecto interdictum tenet, interdicti editio utilis est. Satis igitur est eo tempore offerri satisdationem, quo interdictum heres edere instituit, nec prior mora ei nocet, quæ nunc emendatur ab herede, cum in eo est heres, ut edat interdictum, quod legatorum possessionis apiscendæ causa. Et hoc etiam Paulus docet in extremo hujus l.2. Itaque si cum per legatarium stetisset, quo minus ei satisdaretur legati nomine, id est, si cum offerret heres satisdationem, legatarius noluerit satis accipere, hoc casu proculdubio heredi competit interdictum, perinde atque si satisdedisset, quia non per eum, sed per legatarium stetit, quominus satisdaretur. Eo autem tempore, quo agitur, quove editur interdictum quod legatorum, si legatarius satis accipere paratus sit, nisi tunc ei satisdederit heres, utile ei non erit interdictum quod legatorum. Posterior cuique mora nocet usque ad tempus redditi interdicti, usque ad tempus litis contestatæ, ut dicta *l.17. de const. pec. l.illud, de per. & comm. rei vend.* quis scilicet tempore judicii accepti, id est, litis contestatæ, tempore editi interdicti, fuerit posterior in mora, spectatur, usque ad illud tempus, integrum est cuique priorem moram emendare. Et ita accipienda sunt, quæ in hac lege habentur de mora, quæ accommodari possunt ad omnia alia negotia, in quibus moræ contrahendæ, vel emendandæ quæstio intervenit.

AD *§. Si legatarius.* Satisdationis autem verbum, quo prætor in hoc edicto utitur, idem Paulus docet in hac *lege, §. si legatarius*, quamvis eo proprie significetur fidejussorum datio, porrigi id tamen etiam ad nudam repromissionem heredis, vel bonorum possessoris, si ea contentus legatarius fuerit, ut ait, nec desideraverit fidejussores, vel ad pignorum dationem, si legatarius pignoribus sibi caveri voluit, non prædibus, non fidejussoribus, sive sponsoribus. (†) Legendum in hoc *§. voluit*, non ut in Florentinis, *noluit. Si legatarius*, inquit, *voluit sibi caveri pignoribus.* Pignorum datio in vicem satisdationis est, volente legatario: & supra etiam legendum est, ut vulgo: *contentus*, non ut in Florentinis, *retentus: si legatarius*, inquit, *repromissione contentus fuit*, ut in *satisdationis appellatione, l.61. de verbor. significat.* ad quam commodissime apponitur exemplum ex hac *l.2. Interdum etiam repromissionem nudam contineri, qua*, inquit, *contentus fuit is, cui satisdatio debebatur.* Aut sane retentus in Florentinis, id est, *contentus*, novo significatu, nec absurdo valde, si legatarius repromissione retentus fuit, id est, contentus. Sed pergamus. Non potest quidem heres per se solus, invito legatario vice satisdationis fungi datione pignoris, aut pecuniæ certæ, auri argentive certi depositione, aut repromissione nuda. Denique invito legatario non potest heres fungi alia satisfactione, quam satisdatione: volente legatario quælibet satisfactio, quælibet securitas pro satisdatione est, quia stipulatio legatorum est stipulatio prætoria, & prætoriæ stipulationes personas pro se intervenientium desiderant, id est, fidejussores, ut ait *l.7. de præt. stip.* Et neque pignoribus quis, neque pecuniæ, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur invito. Addas ex hac l.2. invito scilicet eo, cui satisdatio debetur: aliud pro alio solvi potest creditori, si pecunia debeatur, vel res, & si satisdatio debeatur. Igitur pro satisdatione præstari potest quæ-

(†) *Vide Merill. lib.3. variant. ex Cujac. cap.18.*

qualibet alia cautio; volenti, non invito, ut dixi. Et nihil est præterea in hac l. secunda.

Ad L. V. de adquir. possess. *Si ex stipulatione tibi Stichum debeam, & non tradam eum, tu autem nactus fueris possessionem, prædo es. Æque si vendidero, nec tradidero rem: si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed prædo es.*

LEx 5. *de adquir. possess.* pertinet etiam ad interdictum, *quod legatorum*. Datur etiam interdictum, *quod legatorum* heredi scripto, ut diximus, adversus eum, qui quid possidet ex hereditate, non pro herede, aut possessore, tanquam heres, quo casu competit petitio hereditatis in eum, non interdictum *quod legatorum*, sed quidquid possidet ex hereditate pro legato, sive legati nomine, quod idem est, *l. 1. §. quia autem, & §. legatorum, quod legat.* Qui, inquam, possidet pro legato, non consentiente herede scripto. Ergo qui mala fide possidet, qui pro possessore possidet, non tanquam heres, sed tanquam legatarius. Pro possessore possidet quicunque mala fide possidet, qui interrogatus, qua ex causa possideat, nullam habet, quam adserat, nisi se possidere, quod possideat. Legatarius ergo, qui hoc interdicto tenetur, possidet pro legato mala fide, & pro possessore igitur possidet: denique prædo est. Prædonis nomine in jure nostro significatur non tantum fur, & raptor, sed & quicunque mala fide possidet, *l. sed & si lege, §. ult. de petit. heredit. l. ult. C. unde vi*. Quicunque impudens possessor, injustus possessor αὐθάδης καὶ ἀναιδὴς νομεὺς, Basilic. id est, prædo. Titulus autem pro possessore hæret, & quasi junctus est omnibus titulis, ut eleganter ait *l. nec ullam, §. 5. de petit. hered.* Hæret autem, aut hærere potest titulo pro legato, titulo pro donato, titulo pro emptore, pro soluto. Denique aliquando qui possidet pro legato, pro possessore possidet, & huic titulo pro legato immixtus est, sive junctus titulus pro possessore, prædonius titulus. Fingit enim semper prædo quisque, sive malæ fidei possessor titulum aliquem, *l. 5. §. toties, si quis omiss. caus.* Unde, quæ est sententia *l. 5. de adquir. possess.* sicut prædo est is, qui Stichi sibi ex stipulatione debiti, non ex voluntate domini ejusdemque promissoris, possessionem nactus est, licet pro soluto Stichum possideat: Itemque prædo est is, qui rei sibi venditæ, non ex voluntate venditoris possessionem nactus est, licet eam possideat pro emptore. Ita etiam prædo est legatarius, qui non ex voluntate heredis nactus est possessionem rei legatæ, maxime interveniente lege Falcidia, quo casu maxime interest heredis, ne etiam si per vindicationem legatum sit relictum: ipse legatarius vindicet possessionem rei legatæ sine consensu heredis. Et ut emptor per se non venit recte in possessionem rei emptæ, ut eleganter ait *l. fundi, de adquir. possess.* ita si locum habeat lex Falcidia quocunque genere legatum relictum sit, legatarius per se non venit in possessionem rei legatæ. Et ut illi pro soluto, vel pro emptore: ita legatarius rem, quam ita occupavit interveniente Falcidia, pro legato usucapere non potest, quia prædo est, id est, malæ fidei possessor: prædoni non procedit usucapio.

JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. LXIV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXXIV. de Relig. & sumpt. *Si locus sub conditione legatus sit, interim heres inferendo mortuum, non facit locum religiosum.*

Ad L. XI. de Man. *Servum, qui sub conditione legatus est, interim heres manumittendo liberum non facit.*

IN Libro LXIV. tractavit Paulus de interdicto de tabulis exhibendis proferendisque, & de interdicto, ne quid in loco publico, vel itinere fiat. Ac primum quidem *l. 34. de rel. & sumpt. fun. & l. 11. de manumiss.* quæ sunt ex hoc libro, conjunctas simul refero ad interdictum *de tabulis exhibendis*, quo tenetur is, qui negat se posse, aut debere exhibere tabulas testamenti, quas penes se habet, qua ex causa actori in id, quod interest condemnari debet, veluti heredi, aut legatario, sive pure, sive sub conditione legatum relictum sit: heredi, quanti est hereditas ei testamento delata: legatario, quanti est legatum, quod ei testamento pure relictum est, quantive esset legatum sub conditione relictum, si jam conditio extitisset, quia legatum conditionale, hoc casu non æstimatur quanti venire potest, sed omnino tanti, quanti æstimaretur, si legati dies cessisset, id est, si conditio extitisset, contumaciæ ejus, qui supprimit tabulas testamenti, plectendæ causa, quod ostendit *l. 3. § condemnatio, de tabul. exhib.* Neque dicas nomine ejus rei, quæ sub conditione legata est, interim pendente conditione, heredi potius, quam legatario hoc interdictum esse reddendum, hac ratione, quia interim ea res pleno jure est heredis: Quæ ratio verissima est, *l. 12. §. ult. famil. ercisc. l. 1. §. servi appellat. de Senatusc. Syllan.* Verum ne hoc dicas, ut monui initio, quia hæc ratio non efficit, ut interim omnia possit heres in ea re, tanquam ejus rei pleno jure dominus; quanquam sit verum, eum plenum esse ejus rei dominum pendente conditione: non potest, inquam, omnia, quæ pleno jure dominus potest, in ea re, quæ legata est sub conditione, propter incertum conditionis, ne interim injuria fiat legatario, ad quem legatum pertinere potest, *l. generaliter, §. ult. qui, & à quibus man.* Neque enim, exempli gratia, servum sub conditione legatum interim manumittere, & liberum facere potest, *d. l. 11.* quæ est ex hoc libro 64. Et similiter locum sub conditione legatum, interim mortuum inferendo, religiosum facere non potest, *d. l. 34. de rel.* quæ est etiam ex hoc libro, & conjungenda omnino est cum *d. l. 11.* Unde non mirum, si & interim legatario conditionali potius, quam heredi deferatur interdictum de tabulis exhibendis, quasi scilicet interim ea res, quæ legata est, in legato potius, quam in hereditate esse intelligatur. Nec ei, quod ait lex 11. heredem servum sub conditione relictum interim manumittendo liberum non facere, quidquam obstat *l. quidam, §. si quis filium, ad Senatusc. Trebell.* quoniam ibi servus hereditarius non fuit specialiter alii legatus, sed filius heres institutus, rogatus est hereditatem sorori suæ restituere, *si sine liberis vita decederet*: in qua hereditate erat servus, quem vivus filius manumisit, & jure manumisit, quia non fuerat specialiter legatus, sed veniebat tantum in universale fideicommissum hereditatis, quam filius rogatus erat sorori, si sine liberis vita decederet, restituere. Itaque si extiterit conditio fideicommissi, id est, filius sine liberis vita decesserit, quia manumissio rata est, libertas, ut ait, favore sui servo conservabitur. Cæterum heredes filii cogentur sorori ejus servi pretium præstare. Nihil etiam obstat superiori sententiæ *l. is, qui ex stipulatu, de obligat. & action.* quia & ea lex non est de servo legato, sed de promisso sub conditione, quem promissor interim manumisit, quæ manumissio rata est, quia in hoc servo major est domini potestas (quamvis eum promiserit sub conditione, cum pro eo servo possit defungi præstatione pretii, existente conditione) quam sit heredis in servo testatoris proprio, ab herede sub conditione legato: ergo non idem servatur in servo sub conditione legato, quem heres jure non manumisit, & in servo sub conditione promisso, quem promissor jure interim manumittit.

Ad L. II. de Tab. exhib. *Vel totum, vel pars ejus.*

PRæterea ad hoc interdictum de tabulis exhibendis etiam pertinet *l. 2. de tabul. exhibend.* quæ docet huic interdicto locum esse, etiamsi testamentum, quod non exhi-

exhibetur ab eo, penes quem est, inconsulto, & fine dolo malo deletum fit in totum, vel pro parte, ut ait: hoc etiam casu, huic interdicto locus est, hoc interdictum edi potest ab herede, vel legatario in id, quod interest, quia & deleti testamenti usus potest esse aliquis.

Ad L. I. Ne quid in loco publ. *In loco publico prætor prohibet ædificare, & interdictum proponit.*

DE interdicto autem, *ne quid fiat in loco publico*, ex hoc libro est lex prima, *ne quid in loco publ.* Prohibitorium est interdictum, quo prætor vetat, ne quis in loco publico ædificet, vel quid aliud faciat, neve in eum locum aliquid immittat, quo damnum privato detur, ut puta, ne quid ædificet, faciat, vel immittat in locum publicum, qua ex re alteri prospectus, vel lumen, vel aditus auferatur, aut minuatur. Verum in hoc edicto hæc exceptio additur, præterquam quod lege, vel Senatusconsulto, decretove Principum concessum est, quia id quod ita concessum est, jure fit in loco publico, etiamsi ex ea re lædatur alter. Et ad hanc exceptionem hujus edicti proculdubio respicit *l.* 151. *de reg. jur.* quæ est ex hoc libro.

Ad L. CLI. de Regul. jur. *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.*

ET definit, *neminem damnum facere*, id est, neminem damnum dare alteri, *nisi qui id facit*, puta in loco publico, *quod facere jus non habet*. Ergo cum, cui jus faciendi princeps, vel senatus concessit, etiam cum damno, sive incommodo alterius, non videri alteri damnum dare, nec hoc interdicto teneri, ut *l.* 2. *§. si quis à principe, ne quid in loco pub.* Itaque quemadmodum lex, quæ præcedit 150. *de regulis juris*, omnimodo pertinet ad hoc edictum ne quid in loco publico fiat, ut constat ex *d. l.* 2. *§. hoc interdictum*, unde sumpta est illa lex 150. Ita hæc lex 151. ad idem edictum, eo, quo retuli modo, coaptanda est.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. II. de vi, & vi armata. *Dolove malo eorum factum est, quo minus pervenires.*

HIC Liber fuit de interdicto unde vi, & de interdicto uti possidetis: & de interdicto unde vi, quod datur ei, qui vi dejectus, aut detrusus est de possessione sui prædii, possessionis reciperandæ causa. Ex eo primum habemus in *l.* 2. *de vi, & vi arm.* ex causa hujus interdicti heredem ejus, qui vim fecit, qui vi dejecit alium, teneri actione in factum non in solidum, sed in id tantum quod ad eum pervenit, dolove malo, ut ait *l.* 2. *ejus factum est, quo minus perveniret*, quod servatur in omnibus judiciis, quæ ex delicto oriuntur, *l.* 27. *de dolo*. Et hoc certe interdictum oritur ex delicto, & atrocitate facinoris, ut ait *l.* 1. *§. interdictum, de vi, & vi arm.* Et his adjecit Paulus in *l.* 9. *eod. tit.* quæ est ex hoc libro.

Ad L. IX. eod. *Si plures heredes sunt: unusquisque non in amplius, quam ad eum pervenerit, tenetur. Qua de causa interdum in solidum tenebitur is, ad quem totum pervenerit, quamvis ex parte heres sit.*

Ad §. Dejectum *ab usufructu, in eandem causam prætor restitui jubet, id est, in qua futurus esset, si dejectus non esset: Namque si tempore ususfructus finitus fuerit, postquam dejectus est à domino: nihilominus cogendus erit restituere, id est, usumfructum iterum constituere.*

Ad L. CLV. de Reg. juris. *Factum cuique suum, non adversario nocere debet.*

Ad §. Non videtur *vim facere, qui jure suo utitur, & ordinaria actione experitur.*

Ad §. In pœnalibus *causis benignius interpretandum est.*

SI plures sint heredes prædonis, sive invasoris, qui vi aliquem dejecit de possessione sui prædii, singulos in amplius non teneri, quam ad eos pervenerit ex facinore defuncti, ex rebus forte simul cum prædio occupatis, quæ & in hoc interdictum veniunt, vel ex fructibus prædii, qui in hoc interdictum veniunt. Itaque si quis ex heredibus sit, ad quem nihil pervenerit ex maleficio defuncti, in nihilum eum teneri: vel si quis sit, ad quem totum pervenerit, hunc solum teneri in solidum, ut id restituat actori, licet ex parte tantummodo heres sit, cæteros non teneri, ad quos nihil pervenit. Quæ est sententia hujus legis apertissima, & æquissima, & confirmatur à glossis multis aliis argumentis. Novum tamen videtur id esse, ut heres ex parte, teneatur in solidum. Sed hoc possessio facit, quia possidet solidum. Quod sequitur in *dicta l.* 9. de fructuario, quem proprietarius dejecit de fundo, atque ita effecit, ut ususfructus tempore, & inusu interiret, ut ususfructus non utendo periret, ab usufructu fructuario dejecto. An igitur factum proprietarii fructuario nocebit, proprietario proderit, nimirum usufructu extincto, & post extinctionem statim consolidato proprietati? Sic videtur summo jure. Hoc modo factum proprietarii, qui vim fecit, proprietario prodesse, recurrente ad eum usufructu, per factum ejus amisso, non utendo, & fructuario nocere, quia uti non potest, quia utendum usurpare, sive retinere usumfructum non potest. Sed quia iniquum hoc est, ideo hoc interdicto reddito, fructuario, qui vi dejectus est, prætor jubet à proprietario, qui eum dejecit, usumfructum, quamvis jure summo extinctus sit non utendo, usumfructum fructuario restitui, id est iterum constitui, restaurari usumfructum. Quod prononit Paulus in posteriori parte hujus legis 9. ad quam proculdubio adjecit rationem æquitatis, quæ etiam ex hoc libro extat in *l.* 155. *de reg. jur.* & conjungenda est cum posteriori illa parte legis 9. *quia factum*, inquit, *cuique suum, non adversario nocere debet*, quia vis scilicet, quam fecit dominus, nocere debet domino, non adversario, id est, fructuario, qui vim pertulit, & per hoc amisit usumfructum non utendo, quique modo cum illo de vi hoc interdicto agit, ut ususfructus restituatur, redintegretur. Quæ sequuntur regulæ in *d. l.* 155. etiam pertinent ad idem interdictum. *Non videtur*, inquit, *vim facere, qui jure suo utitur, & ordinaria actione experitur*, id est, legitima actione. Ordinarium, & legitimum idem semper est. Vis quædam est legitima, quæ fiebat in vindiciis rerum, ex veteri formula, & ex illa *l.* 12. *tabular. ex jure manu consertum. Manu* enim *conserere ex jure*, est ex jure vim quandam facere, ac proculdubio vis, & deductio quædam solemnis fiebat, cum vindiciæ alicujus rei contendebantur inter aliquos ex 12. tabul. quam vim civilem, & festucariam Gellius vocat *libr.* 20. *cap.* 9. quæ verbo dicebatur, non manu fiebat. Ad hanc vim non pertinet interdictum, unde vi, quia *non videtur vim facere, qui jure suo utitur, & ordinaria actione experitur*, id est, qui rei vindicatione experitur, quamvis vim faciat illam civilem. *Vis civilis*, vis non est, quæ in hoc interdictum veniat. Est & altera regula in *d. l.* 155. *In pœnalibus causis benignius interpretandum esse*, quæ referenda etiam est ad ad interdictum unde vi, de quo videtur Paulus idem scripsisse, quod Ulpianus in *l. si præses, de pœn.* Si præses ita pronuntiaverit, *vim fecisti*, si quidem ex interdicto unde vi, id est, cum ageretur interdicto unde vi, ita pronuntiaverit, non esse notatum infamia eum, quem pronuntiavit vim fecisse. Hoc enim interdictum non est famosum, *l.* 13. *de vi, & vi armata*: unde & ex ea sententia non sequitur pœna legis Juliæ de vi. Sed si cum actum esset criminaliter judicio publico ex lege Julia de vi, judex quæstionis ita pronuntiavit, *vim fecisti*, aut ut est in Basilicis elegan-

Digitized by Google

gantet scriptum ex veteri more dicendarum sententiarum *Bίαν πεποιηκέναι δοκεῖ*, *vim fecisse videtur*. Pronuntiabat enim videri modestius, quam fecisse. Cujus rei multa sunt exempla in libris nostris, & aliis auctoribus. Is, inquam, de quo ita pronuntiatum est, notatus videtur ex crimine publico, quod ei objectum erat, vel legis Juliæ, vel de vi privata, vel de vi publica, etiamsi vim præses, aut judex non distinxerit, sed dixerit simpliciter, *vim fecisti*: eam enim vim dixisse videtur, quæ objecta erat judicio publico ex lege Julia. At si utriusque legis, & de vi privata, & de vi publica crimina objecta sint reo, & præses simpliciter pronuntiaverit, *vim fecisse videris* mitior lex, ut ait *d. l. præses*, id est, lex Julia de vi privata sequenda est: quia, ut definit Paulus in extrema regula *l. 155. In pœnalibus causis benignius interpretandum est*: mitior pœna, mitior lex sequenda est.

Ad L. CLIII. de regul. jur. *Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri, nisi animo, & corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.*

EX hoc libro jam docui leges tres pertinere ad interdictum *unde vi*. Idem docebo de cæteris omnibus legibus. Ac primum de lege 153. *de regul. juris*: cujus posterior pars repetitur in *l. 8.* de *adquir. possess.* In hunc enim tractatum de interdicto *unde vi* cadit hæc quæstio. Utrum possessio retineatur, vel amittatur, vel adquiratur solo animo, solove corpore, an animo simul, & corpore? Et constat possessionem retineri solo animo; ideoque etiam eum, qui corpore suo, vel alieno non insistebat prædio, animum tamen habebat possidendi prædii, vi dejectum videri ex possessione, si rediens in ipsum prædium vi prohibitus fuerit ingredi, *l. 1. §. sive autem, de vi, & vi arm.* Amitti autem possessionem corpore absque dubio, si quis vi possessione expellatur, & animo simul, quia fieri non potest, ut qui expulsus est, non abjecerit animum possidendi: atque ita, ut ait *d. l. 153. sicut nulla possessio adquiri potest nisi animo, & corpore*, quod est certissimum, & perpetuum, *ita nulla possessio amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est*, id est, nulla amittitur, nisi animo possessor simul, & corpore desinat possidere. Et utitur Paulus in hac l. comparatione obligationis, ut & in *l. quamvis, inf. de aquir. poss.* Obligatio eodem modo dissolvitur, quo contrahitur, ut puta verbis dissolvitur per acceptilationem, quæ verbis contracta est, id est, per stipulationem. Re dissolvitur, quæ re contracta est, exempli gratia: Obligatio contracta numeratione mutuæ pecuniæ, renumeratione, & resolutione quantitatis ejusdem dissolvitur. Et similiter nudo dissensu dissolvitur, quæ nudo consensu contracta est, *l. pront, de solut. l. 35. de regul. jur.* Denique eodem genere exsolvimur, quo obligamur, & olim quoque nominibus contracta obligatio per scripturam mensæ argentariæ, dissolvebatur per scripturam mensæ, quod Terentio est *rescribere*, & *perscribere*. *Argentum*, inquit, *jube rursum rescribi Phormio. Quod? næ ego perscripsi porro illis, quibus debui?* Verum addit Paulus articulum *fere in hac l. 153.* quo hanc definitionem temperat: *fere*, id est, plerumque, *le plus souvent*. neque enim obligatio contracta verbis, semper verbis dissolvitur, sed etiam potest dissolvi alio genere, veluti solutione, *d. l. pront, de solut.* Utitur etiam Paulus in hac lege comparatione dominii: *dominium quibus modis adquiritur, iisdem etiam in contrarium actis amittitur*. Adquiro dominium rei traditione mihi facta à domino. Et rursus id amitto traditione ejus rei, à me alteri facta ex justa causa transferendi dominii. Tria sunt, quæ adquirimus, vel amittimus, obligatio, dominium, possessio: nullum est quartum. Hæc tria comparat invicem Paulus in *d. l. 153.* obligationem eodem modo dissolvi, quo contrahitur: dominium eodem modo amitti, quo adquiritur: possessionem eodem modo amitti, quo etiam adquiritur. Et illud *fere*, quod ponit Paulus initio legis, pertinet ad omnia illa tria. Jam docui pertinere ad obligationem: pertinet etiam ad dominium, quia dominium rei, quod exempli gratia quæsivi alluvione, amitto etiam alio modo, quam alluvione, veluti traditione, & mancipatione. Et similiter possessionem, quam quæsivi animo, & corpore, neque enim aliter eam quærere possum, quàm si utrumque concurrat, si velim possidere, & si rem corporaliter apprehendam. Possessio, inquam, quam quæsivi animo, & corpore, quamvis non amittam corpore solo, nisi eo sim animo, ut nolim possidere, quia animo solo retinere possessionem possum, amitto tamen eam animo solo, etiamsi corpore meo possessione non abscesserim, ut puta, si alieno nomine rem possidere cœperim: atque ita non omnino ut adquiritur, & amittitur possessio: non adquiritur animo solo, & amittitur tamen animo solo. Cæterum corpore solo, neque adquiritur, neque amittitur, quod ostenditur in *l. 3. §. in amittenda, l. 7. §. 1. l. 18.* & passim in tit. *de adquir. poss.* Et perquam eleganter hac de re Bulgarus, *Si quæris*, inquit, *an possessio amittatur corpore? respondeo, non corpore amitti, sed corpore, & animo: si vero, an animo amittatur? respondeo, amitti animo*. Sed de his satis, quia & ea jam exposuimus lib. 54. *ad l. 3. de adquir. possess.* Nunc addamus explicationem comparationis propositæ in hac *l. 153.* Ac præterea de interdicto *unde vi* notandum hoc est, eum, qui à me vi, aut clam, aut precario possidet, id est, qui me vi expulit possessione, vel qui me prohibente possidere cœpit, vel qui me inscio furtive ingressus est in possessionem fundi mei, vel is, cui precario rem meam possidere permisi, uno verbo, qui à me vi, vel clam, vel precario possidet, Rhetores dicunt *βίᾳ, λάθρᾳ ἢ ἀνάγκῃ*, eum, inquam, non habere interdictum unde vi adversus me, si eum dejecero vi, nisi id fecero coactis hominibus armatis, vi armata. Sed si alius eum vi dejecerit, à quo non possidet, qui à me possidet vi, aut clam, aut precario, non ab alio, si, inquam, alius ille, eum vi dejecerit, hoc interdictum habere adversus illum redintegrandæ amissæ possessionis causa, *l. 1. §. qui à me, & l. 14. de vi, & vi arm.* Paulus 5. sentent. *Qui vi*, inquit, *aut clam, aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur, ab adversario scilicet, nec timet interdictum unde vi*. Unde & in lege Thoria, quam dedit Roma, ubi in lapide incisa inventa est: *Qui*, inquit, *ex possessione vi dejectus est, quod ejus is, qui dejectus est possederit, quod neque vi, neque clam, neque precario possederit, ab eo, qui eum ea possessione vi dejecerit, facito, ut restituatur*. Quibus verbis plane significatur, interdictum hoc dari tantum ei, qui nec vi, nec clam, nec precario possidet ab eo, qui eum vi ex possessione dejecit, vel qui ab alio quidem vi, aut clam, aut precario possidet, sed non ab eo, qui eum ex possessione dejecit vi. Nam & hoc interdictum injusto possessori datur, modo non ab eo, adversus quem dedit interdictum, injuste sive vitiose possideat. Quod servari etiam in interdicto uti possidetis ex hoc ipso libro Paulus scripsit in *l. 2. uti posid.* nempe dari interdictum uti possidetis ei, qui vi, aut clam, aut precario possidet ab alio tuendæ injustæ suæ possessionis causa, sive retinendæ, non etiam dari ei, qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, quo cum agit hoc interdicto: adversus cæteros, quos actor possidere negat, quamcunque possessionem interdicto uti possidetis, justam, vel injustam ei proficere: adversus eum, cum quo agit interdicto uti possidetis justam duntaxat proficere, non injustam, & vitiosam possessionem, ut puta, si ab eo possideat vi, aut clam, aut precario, ut *l. ult. de adquir. possess.* Et his de rebus tractans Paulus videtur etiam scripsisse, quod est in *l. 11. de adquir. poss. juste possidere eum, qui auctore prætore possidet*. Eam scilicet maxime justam possessionem esse, & proficere adversus omnes, etiam adversus dominum, qui prætorem auctorem habet, ut *l. 1. §. quæsitum, quod leg.* & possessori parere Publicianam actionem, si possessionem amiserit, non dum impleta usucapione, *l. 18. §. pen. de dam. infec. l. generaliter, de noxal. act.*

Ad L.XI. de Verb.signif. *Satisdationis appellatione interdum etiam repromissio continebitur. Qua contentus fuit is, cui satisdatio debebatur.*

PORro huic libro 65. etiam adscribitur *l.61. de verb. signif.* quæ ait, *satisdationis appellatione* (qua proprie significatur datio fidejussorum) *interdum etiam nudam repromissionem contineri*, nudam cautionem, *qua contentus*, inquit, *fuit is, cui satisdatio debebatur*. Et meo judicio ea lex huic libro vitiose adscribitur, & reddenda potius est libro 63. & interdicto quod legatorum, non interdicto unde vi, de quo hic liber 65. fuit. Idque liquido constat ex *l.2. §.si legatarius, quod legat.* quod & ibi docui: In edicto quidem ita dari, aut permitti heredi interdictum quod legatorum, si legatario, qui legatum occupavit sine voluntate heredis, heres satisdederit legati nomine, quod sane est, si fidejussores dederit. Verum, ut ait *§.si legatarius*, idem erit, si caverit ipse heres stipulanti legatario, nec dederit fidejussores, si modo legatarius ea cautione contentus fuerit. Idemque est, si legatarius sibi pignoribus caveri satis habuerit. Nullum ad legem 61. potest accommodari propius exemplum, quam ex illo tractatu de interdicto *quod legat.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.V. Quem. serv.amitt. *Servitus & per socium, & fructuarium, & bonæ fidei possessorem nobis retinetur.*

Ad L.II. de Usuc. *Usurpatio est usucapionis interruptio. Oratores autem usurpationem, frequentem usum vocant.*

EXPOSUIT in hoc libro Paulus interdictum de itinere, actuve privato, quo prætor tuetur quasi in possessione servitutis eum, qui hoc anno retrorsum computato ex die redditi interdicti, non minus, quam mense uno, itinere, actuve privato, non vi, non clam, non precario usus est, per fundum alienum, ubi nihil interest, usus quis ea servitute fuerit, an socius ejus, an fructuarius, an bonæ fidei possessor, Nam & per eos, ei, cui competit servitus, servitus retinetur, & usurpatur, *l.5. quemadm.serv.amitt.* quæ est ex hoc libro. Itemque per servos, si servi itinere utantur, non etiam dominus: & per colonos, per amicos, & hospites, *l.1.§.uti vid.de itin.actuque priv.* Et per eum etiam, cui precario is, cui iter debetur, fundum dedit, *l.1.§.pen.eod.tit.* Imo & per malæ fidei possessorem, ut docui in *l.2. de usurp. & usuc. lib.54.* Nihil etiam interest, ut sit huic interdicto locus, hoc anno itinere, vel actu, vel via usus quis recte fuerit, id est, non vi, non clam, non precario, ab eo, quo cum interdicto agit, nec aliter postea usus fuerit, an vero postea eo fuerit usus vi, aut clam, aut precario. Nec enim ideo minus hoc interdictum ei dabitur tuendæ quasi possessionis causa, *l.1. §.ult. eod.tit.* Nam ut eleganter ait Paulus in *l.2. eod.* quæ est ex hoc libro, quod aptari potest ad plerasque alias causas, *corrumpi, aut commutari non potest superveniente delicto, quod semel recte transactum est.* Quomodo etiam dicitur recte inchoatam usucapionem non interrumpi superveniente mala fide, *l.bonæ fidei, §.in contrar. de adquir. rer. dom. l.4. §.de illo, inf. de usurp. & usuc.* mala fides est delictum. Et accommodari etiam hic recte potest, quod ait *l.clam, de adqu.possess. non rationem obtinendæ possessionis, sed originem nanciscendæ possessionis exquirendam esse*: neque enim, quæ recte initio possessa possessio est, corrumpitur superveniente mala fide. Et huic quidem l.2. statim applicanda est *l.6.eod.*

Ad L.VI. de Itinere, actuque priv. *Sicut non nocet ei, qui sine vitio usus est, quod eodem anno vitiose usus est: ita emptori, heredique non nocebit quod ipsi vitiose usi sunt, si testator, venditorve recte usi sunt.*

IN qua exemplo hujus sententiæ, quæ definit, non nocere ei, qui sine vitio usus est hoc anno itinere, actuque privato, id est, qui non vi, non clam, non precario usus est: quæ tres sunt vitiosæ possessionis, aut quasi possessionis species. Ei, inquam, qui hoc anno sine vitio usus est servitute, non nocere, quod eodem anno postea vitiose ea servitute sit usus, quia usus initium fuit justum. Hoc exemplo etiam ait, emptori fundi, cui servitus debetur, & inhæret, heredive ejus, qui recte ea servitute usus est, non nocere, si emptor, vel heres vitiose ea usus sit, quia etiam emptori hoc interdictum de itinere, actuque privato competit. Ejusque formula exstat in *l.2.de interd. Quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur vim fieri veto.* Et idem hoc servatur, quod ad usucapionem attinet in herede, quatenus usucapionem bona fide cœptam à defuncto ipse heres implet, licet malæ fidei possessor sit, sed non servatur etiam in emptore, ut exposuimus in *l.2. §.si eam rem, & §.seq. pro empt. libr.54.* Porro ad hoc etiam interdictum de itinere, actuque privato referenda est *l.29. de verb.signif.* quæ est ex hoc ipso libro, & referenda est hoc modo.

Ad L.XXIX. de Verb.signif. *Conjunctionem enim nonnunquam pro disjunctione accipi Labeo ait: ut in illa stipulatione*, mihi, heredique meo te, heredemque tuum.

Ad L.II. de Rivis. *Labeo non posse ait ex aperto rivo terrenum fieri: quia commodum domino soli auferetur appellendi pecus, vel hauriendi aquam, quod sibi non placere Pomponius ait: quia id domino magis ex occasione, quam ex jure contingeret, nisi ab initio in imponenda servitute id actum esset.*

QUamvis in edicto conjunctim ita scriptum sit, *quo itinere actuque privato*, tamen & de alterutro hoc interdicto recte agi, vel de itinere tantum, vel de actu tantum; & sufficere, si is, qui agit interdicto de itinere actuque privato, etiamsi his verbis utatur (ut plerumque actiones concipiuntur, sicut edicta) si probaverit alterutrum, videlicet, vel se hoc anno itinere, vel actu usum esse, quod & ita proditum est in *l.1. §.si hoc interdicto, de itin. actuq. priv.* Conjunctionem enim, ut ait *lex 29. de verbor. signif.* interdum pro disjunctione accipi, ut & in illa stipulatione: *mihi, heredique meo dari*, quoniam satis est alterutri dari: & in illa, *te, heredemque tuum dare*: quoniam satis est alterutrum dare. Qua de re etiam Paulus fusius scripsit libro 59. Exposuit autem hoc libro Paulus (& hic est finis) interdictum de aqua quotidiana, & æstiva, quod in edicto perpetuo sequitur illud de itinere actuque privato. Et de eo quoque interdicto, quod subsequitur tertium, quod est de rivis reficiendis, aut purgandis, aquæ ducendæ causa. Et in hujus tractatione, inter cætera *l. 2. de rivis*, quæ est ex hoc libro, proposuit ex Labeone, non posse ex aperto rivo, quem quis habet in alieno fundo, aquæ ducendæ causa, subterraneum fieri, quia domino fundi aufertur commodum aquandi pecoris, vel commodum hauriendæ aquæ: & contra ex Pomponio, posse ex rivo aperto subterraneum opertum fieri. Quia, ut ex rivo dominus hauriat aquam, vel ut appellat pecus, *hoc magis dominus fundi habet ex occasione*, id est, ex opportunitate tempestivitatum accedente, quæ commoditas non est ei invidenda ab eo, cui aquæ servitus debetur, commodum igitur habet magis ex opportunitate, & occasione è re nata, quam suo jure. Sed si ita sit fundo imposita servitus aquæ ducendæ nominatim, ut rivus fiat apertus, non opertus, tunc dominus fundi id jure suo habet, ut ex rivo hauriat aquam, vel ut in eum pecora appellat. Et hoc sane casu vera est sententia Labeonis, non aliter. De hoc interdicto etiam est liber 46. Explicit liber sexagesimus sextus.

JA-

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.VI. Quod vi. *Si ego tibi mandavero opus novum facere, tu alii: non potest videri meo jussu factum, teneberis ergo tu, & ille: an & ego tenear videamus. Et magis est, & me, qui initium ei præstiterim, teneri. Sed uno ex his satisfaciente, cæteri liberantur.*

IN hoc libro Paulus egit potissimum de interdicto, quod vi, aut clam, quo tenetur is, qui vi, aut clam opus novum fecit in alieno solo, vel in suo, ex quo alii damnum detur, aut dari possit, ut opus, quod fecit restituat, vel tollat, vel ut post opus restitutum ab alio damnum sarciat, quod ex ea re contigit, & impensam factam in restitutionem præstet, ut *l.1. §. quod ait, quod vi, aut clam, l.4. §. ult. de aqu. & aqua pluv. arc.* At non tantum is, qui opus fecit vi, aut clam, sed & is, cujus jussu, aut nomine factum est opus, quive quod factum est ratum habuit, hoc interdicto tenetur, quia interdictum scriptum est in rem, & generaliter, nempe hoc modo: *Quod vi, aut clam factum est*, non in personam, *quod vi, aut clam fecisti, l.5. §. ult. quod vi, aut clam*. Eodem modo, quo & actio *quod metus causa gestum erit*, quæ ob eam rem dicitur scripta in rem, id est, generaliter, non in personam, neque enim ita concipitur, *quod metus causa fecisti*, sed, *quod metus causa factum est, ut id restituatur, rescindatur, l.9. §. animadvertendum, & §. ult. de eo, quod metus caus.* Itaque memineris actionibus in rem scriptis adjungi interdictum, quod dicitur, quod vi, aut clam. Nam & actionis appellatione interdictum continetur. Et ideo ut Paulus scribit in *l.6. quod vi, aut clam*, quæ est ex hoc libro: Si ego tibi mandavero, ut opus novum faceres vi, aut clam, quo noceres alteri, tu opus non feceris, sed idem mandaveris Titio, ut opus faceret, & Titius fecerit tuo nomine ex mandato tuo, etiam tu teneberis interdicto, quod vi, aut clam: quia jussisti, sive mandasti Titio, ut opus faceret, & Titius quia opus fecit: ego quoque etiamsi neque opus fecerim, neque Titium id facere jusserim, eodem interdicto teneor ei, cujus interest: teneor, quia hujus rei auctor sum primus, quia huic rei initium præstiti. Quod Doctores nostri trahunt ad eum, qui mandavit homicidium fieri, vel si is, cui mandatum est homicidium fieri, idem alii demandaverit, qui & homicidium perpetrarit, ut omnes teneantur lege Cornelia de sicariis. Sententia igitur legis 6. hæc est: Si tibi mandavi, ut opus novum faceres, quo damnum daretur alteri, tu non feceris, sed alii mandaveris faciendum, qui opus fecerit, & ego, & tu, & ille omnes tenebimur interdicto, quod vi, aut clam. Verum uno ex nobis satisfaciente actori, cæteri liberantur. Quod tamen non posset trahi ad speciem illam homicidii, propterea quod ea causa pœnalis est. Verum in hac specie uno satisfaciente, cæteri liberantur, quia interdictum non pœnæ, sed rei persecutionem, sive restitutionem continet, & plures eandem rem eidem præstare æquitas non patitur. Quod & ita servari in actione quod metus causa recte notavit Accursius ex lege, quam diximus, *de eo, quod metus causa*, & quod idem Accursius etiam recte animadvertit in *l.prox. §. ult. sup.* Observandum est, quemadmodum ponatur species in *l.prox. §. ult.* & quemadmodum in hac lege 6. quoniam diversæ sunt species, nec permiscendæ: Si tibi mandavi, ut opus faceres, tu idem alii mandaveris, qui & id fecerit, & tu teneberis, & ego, & ille, ut in hac lege 6. Si vero tibi mandavi, ut opus fieri alii mandares, non ut faceres, & id alii mandaveris, qui & opus fecerit, ego quidem teneor interdicto, quod vi, aut clam, aut ille, sed non etiam tu, quia tu non jussisti ultro, tua sponte, sed ex mandatu meo a me interposito. Sequitur in eod. tit. l.16. quæ est ex hoc libro.

Ad L.XVI. eod. *Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest.*

Ad §. Si quis vi, *aut clam arbores non frugiferas ceciderit, veluti cupressos, domino dumtaxat competit interdictum. Sed si amœnitas quædam ex hujusmodi arboribus præstetur: potest dici, & fructuarii interesse propter voluptatem, & gestationem, & esse huic interdicto locum.*

Ad §. In summa, *qui vi, aut clam facit, si possidet, patientiam, & impensam tollendi operis: qui fecit, nec possidet, impensam: qui possidet, nec fecit, patientiam tantum debet.*

INitio ait: hoc interdictum competere ei, cujus interest opus non fieri, quod vi, aut clam factum est, ut *l.11. §. si fundus, & §. ult. & l.15. §. ult. hoc tit.* Unde apparet, & in *l.15. §. in hoc interdicto*, rectius vulgo legi, *quanti actoris interest, id opus factum non esse*, non ut Florentiæ: *quanti actoris interest, id opus factum esse*. Competere ergo hoc interdictum ei, cujus interest opus non fieri, etiamsi fundi, in quo opus factum est, & operis dominus, aut possessor non sit. Veluti competere non domino tantum, sed etiam colono, vel fructuario fructuum nomine, *l.12. hoc tit.* At tunc sane soli domino competere, cum nullus exstet alius, cujus intersit opus non fieri: ut si quis vi, aut clam non frugiferas arbores cæciderit, veluti cupressos, inquit, quas & fructu supervacuas esse Plinius dixit, pro *vacuas*. Hoc casu domino duntaxat competit interdictum, non colono, vel fructuario. Verum addit exceptionem, *si amœnitas quædam ex cupressis præstetur*, forte ex odore, ut glossa notat, nec male, εὐώδης κυπάρισσος Odiss.5. & subjicit: *Potest videri, & fructuarii interesse, non succidi cupressos propter voluptatem, & gestationem*, ut scilicet sella gestatoria valetudinis causa per eum locum vehi posset, qui & arboribus sit infructuosis opacus. Ideoque ex hac causa fructuario competere interdictum, quod vi, aut clam, si quis arbores infructuosas cæciderit, ut damni æstimatio fructuario præstetur. Nam & in aquæ constituenda servitute, non abs re amœnitatis habetur ratio, *l.hoc jure, in princ. de aqu. quotid. & æstiv.* Quin & semper juvat aquam in suo agro habere, vel in suum agrum aquam inducere, etiamsi utilis non sit, *l.ei fundo, de servit.* Nec iis quicquam obstat *l.7. eod. tit.* quæ ait: Ut pomum, sive poma, quod nomen generale est, mihi in alieno agro decerpere liceat, ut spatiari, deambulare, cœnare mihi in alieno agro liceat, servitutem imponi non posse, de qua scil. agitur. Ait recte *servitutem*, de qua scilic. in eo titulo agitur, servitutem in rem, servitutem prædialem, quam prædium prædio vicino debeat, ita recte non imponi, quia nihil ea res ad utilitatem pertinet, vel amœnitatem, vel *habentiam*, ut veteres loquebantur, *Animus*, inquit Actius, *habentia inflagratur*, id est, opulentia inflatur. Nihil, inquam, ea res ad utilitatem, vel amœnitatem, vel habentiam prædii mei pertinet. Plus dico, etiam eo modo non videri constitutam servitutem personalem, quia ut liceat in alieno pomum decerpere, vel spatiari, vel cœnare, hæc facultas neque usui, neque fructui similis est, & ideo ne hoc quidem modo hæc servitus, in personam servitus constituta esse intelligitur. Verum tamen, quod notandum est, non inutiliter tamen de ea re inter se vicini, vel amici conveniunt, quia conventio hujusmodi justa est, & obligationem parit ex contractu bonæ fidei, id est, ex lege contractus bonæ fidei, vel ex stipulatione, si hac de re interposita fuerit, ut sinas me pomum de tuo agro decerpere, & ut sinas me, cum mihi commodum erit in agro tuo spatiari, vel cœnare: Finge, me tibi vendere prædium ea lege, ut mihi in eo quandoque spatiari, aut cœnare liceat. Ex lege venditionis proculdubio nascetur obligatio, qua erit obstrictus emptor, heresque emptoris. Et ita in *l.venditor, communia prædiorum*, licet neque in rem, neque in personam possit imponi servitus hujusmodi, *ne liceat in mari piscari*, quod patet omnibus, ut puta, si venditor in venditione fundi hanc legem dixerit, ne contra alium suum fundum, quem retinebat, piscatio Thynnaria exerceretur, quæ est species *l.venditor*. Venditor habebat duos fundos maritimos, unum retinuit; alterum vendidit ea lege, ne emptor con-

Digitized by Google

contra fundum, quem retinebat, Thynnariam piscationem A exerceret: neque servitus in rem, neque in personam imposita intelligitur, quia nec imponi potuit mari; emptor tantum in hoc obligabitur, heresque ejus, ne ut convenit contra eum fundum Thynnariam piscationem exerceat: obligatur, inquam, emptor, ut hanc legem venditionis servet judicio ex vendito, vel ex stipulatione, si venditioni subjecta stipulatio fuerit. Et hæc est sententia *d.l. venditor*, ubi piscationem Thynnariam accipe, vel specialiter, vel generaliter, quam exercent, qui latine cetarii dicuntur, & Græce *θυννοσκόποι*: nam & cete Latini etiam Thynnos, & Thunnos dixere majora quæque piscium genera. Imo & majora quæque animalia etiam terrestria: similes autem species duæ aliæ duci possunt ex *l. 12. de an. leg. & l. ult. §. ult. de cont. empt.* In quibus scilicet neque realis, neque personalis servitus imposita intelligitur utiliter. Obligatio B tamen personalis contracta esse intelligitur ex conventione, vel ex testamento, ex causa legati, aut fideicommissi.

AD *§. ult.* In §. ult. Paul. definit, hoc interdicto, quod vi, aut clam, eum, qui opus novum fecit, vel fieri jussit, si opus possidet, patientiam, & impensam tollendi operis præstare debere. Adde & damnum, quod ex eo datum fuerit. Hoc enim licet addere ex *l. 4. §. ult. & l. 5. & l. 13. de aq. & aq. pluv.* Eum vero, qui opus fecit, vel fieri jussit, & non possidet opus, impensam tollendi operis præstare debere. Frustra à non possessore desideraretur patientia. Eum vero, qui opus non fecit, & possidet tamen opus, quod factum est, patientiam tantum præstare debere, ut *l. 13. §. ult. & l. 14. inf. hoc tit.* Cum hoc tamen modo, si is, qui opus restituere vult, possessori caveat damni infecti, *d. l. 5. de aqua, & aqua pluv. arc.* C Et nihil est præterea in hac l. 16. Verum ad hæc notandum est, interdictum quod vi, aut clam post annum utilem non dari in eum, qui opus vi, aut clam fecit, aut factum habet: annuum est interdictum. Notandum est, hoc etiam interdictum dari in heredes, cæterosque successores ejus, qui opus fecit, non in solidum, sed de eo, quod ad eos pervenit, *l. 15. §. hoc interdicto, quod vi, aut clam*. Et in heredes quidem de eo, quod ad eos pervenit ex delicto defuncti, dari perpetuo, etiam post annum, cum & in ipsum delicti auctorem, de eo, quod ad eum pervenit, hoc interdictum detur perpetuo: nam ut hoc libro Paulus generaliter definivit in *l. pen. de interd. ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his, &c. post annum judicium dabo*. Definitio est Sabini. Exemplum ergo apponatur ad hanc legem pen. quæ nihil præterea habet, de interdicto D quod vi, aut clam, quod in eam, qui vi, aut clam opus fecit est annuum, sed de eo, quod ex ea re locupletior factus est, id est, de eo, quod ad eum pervenit, est perpetuum. Potest etiam apponi exemplum de interdicto unde vi, quod etiam de eo, quod ad eum pervenit, qui vim fecit, est perpetuum: cæterum est annuum, *l. 1. in princ.* ubi id ita expressum est ex edicto ipso, *l. 3. §. 1. de vi, & vi arm.* Potest etiam apponi exemplum ad eam definitionem de interdicto, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est rei servandæ causa, *l. 1. §. ult. ne vis fiat*. Et ratio hujus definitionis Sabinianæ ea reddatur, quæ redditur etiam in actione de dolo, quæ etsi annua sit ex edicto, hodie biennii ex constitutione Constantini, actio, inquam, de dolo etiamsi annua sit ex edicto, tamen in eum, qui dolum admisit de eo, quod ad eum pervenit, & in heredem quoque ejus, de eo, quod E ad eum pervenit, est perpetua, *l. 29. §. ult. l. 30. de dolo.* Quia, ut ibi ostenditur, subnotatur ratio, *de eo, quod pervenit, agitur potius calculi eatione*, nempe ut subducatur ratio eorum, quæ ad eum pervenerunt, eaque restituantur actori, *quam maleficii nomine*. In actione de dolo, de maleficio potissimum quæritur, & calliditate, & adversarii versutia: In actione, quæ est in factum potius, quam de dolo, qua agitur de eo, quod ad eum pervenit, de rei restitutione nuda tantum agitur. Et hæc ad *l. pen. de interd.*

Ad L. LXIV. de Verbor. signif. *Intestatus est, non tantum qui testamentum non fecit, sed etiam, cujus ex testamento hereditas adita non est.*

HUic libro etiam adscribitur *lex 64. de verb. signif.* sed meo judicio perperam, neque enim quidquam pertinet ad hunc librum. Ait l. 64. *Intestatum videri non tantum eum, qui testamentum non fecit: sed etiam eum, cujus ex testamento adita hereditas non est.* Qua ex causa irritum dicitur testamentum, & destitutum, & desertum. Unde & illius testamenti nullæ sunt vires, quia ex eo nullus heres exstitit. Hoc vero nullo modo pertinet ad interdictum, quod vi, aut clam, de quo hic liber fuit, sed pertinet potius ad interdictum de tabulis testamenti exhibendis, de quo actum est libro 64. Reddenda est igitur ea lex libro 64. Nam & interdicto de tabulis exhibendia destitutæ tabul. testamenti, vel quæ aliu quocunque vitio laborant, tabul. nullæ, irritæ, ruptæ tabulæ, intestati facti testatoris, per repudiationem heredis, ei cujus interest, exhibendæ sunt, quoniam & earum, sicut & deletarum usus potest esse aliquis. Idque etiam ita proditum est in *l. 1. §. sive autem, de tab. exhib.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

SI hæc ætas mea ingravescens, & quæ omnium communis natura, me contra laborem patientem esse sivisset, atque si me feriæ non abduxissent à suscepta, jamque proxime ad finem perducta interpretatione edicti perpetui, quam Julius Paulus scriptam reliquit, omnino ab ea non destitissem. Ita eram comparatus ab animo. Sed quo is ferebatur, quo minus ad id pertenderem statim sine intermissione pertingeremque, imbecilla hæc compages corporis, qua animus tenetur inclusus, fecit: quæ & vix tulit, ut illa tempestiva laboris intermissione alacrior ad laborem redirem: quinimo facilius ei forte fuisset me paululum quidem temporis à labore respirare, quam à respiratione ad laborem eundem revolvi denuo. Valere enim in primis in me sentio, quod ex veteribus quidam ait, consuetudinem vix sentire magnum laborem, intermissam desiderare novas vires. At vicit tandem erga vos propensissima voluntas, tum etiam perpetui moris ineundi ratio, qui nunquam soleo aliquid inchoare, quin ad fastigium perducam: nec vicit quidem hoc solum, verum etiam ut quasi jam opere perfecto, quia semper ad dicendum me pauperem esse credidi, simul ut ad docendum locupletiorem me facere perseverarem. Itaque absolutis residuis Pauli librit, quod faciente Deo fiet intra 30. dies: resident enim decem tantum, & ii quidem satis breves, & ex iis quorumdam is est modus, ut uno die facile absolvi possint, ut hodie fiet de libro 68. Certum est mihi interpretari titulum de actionibus empti, deinde titul. de evictionibus, qui maxime interpretem unum desiderant in hac parte Digestorum, cui ex ordine majorem anni partem daturi simus operam. Ac prius Deum omnipotentem invocemus supplices, delictorum venia petita, & rite precemur mentis flore, *νόε ἄνθει*, ut Zoroaster ait, & votiva mente, ut juvet nos, & bene prosperet, & promoveat studia nostra, atque in eis nonnisi vera consectantibus, & conquirentibus nobis, ut majestatis, & numinis sui sanctissimi clarissimam lucem porrigere, & prætendere velit per Iesum Christum Dominum nostrum, in quo & illi, & Spiritui Sancto individuum consortium, & sempiterna laus est.

Liber 68. Pauli est de interdicto Salviano: superiores proximi 5. fuerunt de aliis interdictis: hic est de interdictis ultimis, & proprie, ut dixi *de interdicto Salviano*, quo creditor pigneratitius persequitur nudam possessionem rerum debitoris sibi pignori obligatarum. Idem persequitur actio Serviana, quæ hypothecaria dicitur: nam & hæc nudam possessionem avocat, *l. si cum venditor, de evict.* sed in rem est actio, nec personam obligat, aut petit, *d. l. si*

cum

Digitized by Google

eum venditor; *& l.pignoris*, *C. de pignor. l.2. C. si unus ex* A *plur. hered. cred.* Interdictum autem Salvianum est in personam. Sicut interdicta omnia, licet videantur concepta in rem, id est, generaliter, quia nominatim, & diserte non notant personam ejus, in quem concipiuntur: vi tamen ipsa personalia sunt, *l.1. §.pen. de interd.* Quamobrem interdictum Salvianum directe datur adversus debitorem tantum, qui pignus tenet, *l.1. C. de proc. & Salv. interd.* Actio autem Serviana datur adversus quemlibet possessorem. In rem actionem possessio parit adversario, *l.un. C. de alien.jud. mut.* Quæ autem de actione Serviana jure prodita sunt, plerumque & in interdicto Salviano locum habent. Unde & quod proditum est ex hoc Pauli libro in *l.7. de pignoribus*.

B Ad L.VII. de Pignorib. *Vel quæ in usum quotidianum habentur, Serviana non competit.*

OBligatione generali rerum, quas quis habet habiturusve sit, non contineri ea, quæ verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse: ut puta, quæ debitor in usu quotidiano habuit, ideoque de his Servianam non competere. Idem omnino ipsemet Paulus scriptum reliquit de interdicto Salviano *lib.5. Sentent. tit.6.* his fere verbis: Omnibus bonis obligatis, quæ habet, quæque habiturus est, ea non obligari, quæ in usu quotidiano habet. Ideoque de iis, nec interdictum reddi. Interdictum Salvianum scilicet. Non reddi igitur de veste: non reddi de mancipiis, quorum ministeria debitori maxime necessaria sunt: non reddi de supellectile. Nam & *lex 6. hoc tit.* nominatim C ait, quod memoriæ habere operæ pretium esse puto, generali hypotheca non contineri supellectilem, non contineri utensilia, quia & hæc ad usum quotidianum patrisfamilias parata sunt, *l.7. de supell. leg.* Etiam additur in *l.8. hoc tit. & eod. loco Sentent. Pauli*, *& l. 1. C. quæ res pignor. oblig. non poss.* generali obligatione omnium bonorum præsentium, & futurorum non contineri ancillam, quæ est in concubinatu debitoris, nec filios naturales ex eo concubinatu quæsitos, nec alumnos. Cæteraque, quæ usque eo animus sibi applicuit, ut ab illis, quam à vita divelli, gravius esse ducat. Qua ratione etiam bonis omnibus debitoris possessis, & venditis ex edicto prætoris, excipiuntur concubina, & liberi naturales, *l.pen. de reb. auct. jud. poss. sive de privil.cred.* In generali sermone semper quædam tacite excipiuntur, *l.9. de servis.* Pater, qui filiolam permisit liberam D peculii administrationem, non profuse ei omnia permisisse videtur, sed ea tantum, quæ & specialiter permissurus esset, *l.qui peculii, de pecul.* Itaque nec donare ei permittitur rem peculiarem, nec pro alio pignori dare, nec alienare in fraudem creditorum, *l.1. §.s. quæ res pignor. ob. non poss. l. si pater filiof. quæ in fraud. cred.* Princeps, qui libertino concessit liberam testamenti factionem, non continuo etiam videtur ei semisisse omnia solemnia juris, *l. si quando*, *in princ. C. de inoff. test.* Testator, qui legat mobilia sua omnia, aurum & argentum, factum vel infectum legasse non videtur, denique pretiosiora mobilia, veluti gemmas pretiosissimas legasse non videtur. Quod & ita Paulus scripsit nominatim *3.Sentent.tit. de leg.* Et idem ipsum retulit Harmenopulus *5.epitom. tit. 10.* ex Basilicis, quæ cum sint compacta ex Dig. & Cod. inde conjecturam facio, sententiam E illam, mobilibus legatis aurum, & argentum non deberi, nisi de iis quoque manifesto sensisse testatorem ostendi possit, alicubi in Digestis, vel Cod. delitescere, vel deesse potius: nam si in ea quærenda fueris diligens, frustra fueris diligens: neque ea ita exprimitur, ut quidam putant in *l.si chorus*, *§. s. de leg.3.* Ac præterea generali fideicommisso restituendæ hereditatis relicto à liberis heredibus institutis, præter Falcidiam excipitur dos, & donatio propter nuptias, quodve imputat Falcidiæ, deest donationi propter nuptias, vel doti constituendæ pro modo facultatum, & dignitate natalium ex *Nov. Just. 39.* ubi utitur etiam exemplo generalis hypothecæ, à qua excipiuntur, quæ ex Paulo retuli ante *ἐξ προλήψεως*, ut Justinianus ait eo loco, id est, justa præsumptione, legitima præsumptione. Præsumptionibus

A enim periculose utimur, ne dicam perperam, nisi eas ex jure ipso ducimus. Sequitur ex eod. Pauli libro in *l.12. eod. tit.* hæc quæstio.

Ad L.XII. eod. *Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur: scilicet si vicinum fundum habeat, & si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.*

AN servitutes rusticorum prædiorum, veluti via, iter, actus, aquæductus, quæ prædiis nostris debentur, à B nobis pignori opponi possint? qua de re dubitabatur, quia non sunt in bonis nostris, *l.s. de usufr. leg.* non sunt, inquam, in bonis nostris, ob idipsum, quia nec sunt, sed intelliguntur, & quia in servitutibus urbanorum prædiorum constat pignoris conventionem non valere, non consistere, *l.11. §. alt. hoc tit.* Verius tamen est in servitutibus rusticorum prædiorum pignoris conventionem consistere: videlicet si hoc agatur, quod l.12. ostendit, ut iis servitutibus, quas vicini fundus fundo debitoris debet, creditor, qui & ipse fundum vicinum habet, quamdiu pecunia soluta non erit utatur, videlicet ne intercidant non utendo, & si intra diem dictam solvendæ pecuniæ, pecunia soluta non erit, ut has servitutes creditori liceat vendere alii vicino, cui eædem servitutes utiles esse possunt. Re ita gesta conventionem valere Pomponius existimat, cujus sententiam Paulus ait, propter utilitatem contrahentium admittendam esse: C non quocunque modo habita conventione hujusmodi, sed eo, quo diximus, quoque tradit habendam conventionem Paulus ex Pomponio in hac l. 12. Nec est, quod eo moveamur, quod servitutes dicantur non esse in bonis nostris, quia & eædem dicuntur non omnino esse extra bona nostra, *d.l.1. de usufr. leg.* Cur autem idem non admittatur in servitutibus urbanorum prædiorum, ratio est evidens. Quia creditor has servitutes, ad diem pecunia non soluta, cui vendat, nullum habet. Quis enim, exempli gratia, empturus sit servitutem tigni, vel stillicidii immittendi, debitam ædibus L. Titii? neque enim ex usu aliarum ædium hæ servitutes esse possunt, quam ædium L. Titii, ex quibus tignum, vel stillicidium projicitur in ædes in vicinia positas. Inutile omnino est pignus, quod emptionem, & venditionem non recipit. Quo enim mihi pignus, si id di- D strahere non possum? *l.4. sup.de pigner.act. l.mulier, C.de dist. pign.* Et adeo quidem inutile est pignus, quod emptionem venditionem non recipit, ut id solum sit utile, quod emptionem venditionemque recipit, *l.9. §. 1. hoc tit. de pign.* At viæ, itineris, actus, aquæductus, si harum aliqua creditori obligata sit, creditor alium vicinum, cui vendat, invenire potest. Possunt enim hæ servitutes pluribus vicinis utiles esse, ideoque harum servitutum obligatio valet, deque iis creditoribus reddi potest actio Serviana, vel interdictum Salvianum. His adjecit Paulus hoc ipso libro, ut constat ex *l.15. qui pot. in pignor.*

E Ad L.XV. Qui pot. in pign. *Etiam superficies in alieno solo posita, pignori dari potest. Ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium.*

SUperficiem, quæ veluti servitus quædam est, *l.si tibi*, *§. ult. de leg.1.* quam quis positam habet in alieno solo, pignori dari posse, ut *l.tutor*, *§.alt. de pigner. act*, *l.grege*, *§. & in superficiariis, de pignor.* Et competere igitur de ea, si pignori obligata sit, actionem Servianam, & interdictum Salvianum: ita tamen, ut dominus soli, cui tacite pro solario superficies obligata est, tanquam antiquior, potior sit in persecutione pignoris, *si ei solarium non solvatur.* Sic vocatur merces soli, aut vectigal, quod domino pro solo penditur in hac *l.15. & l.a. §.si quis neminem*, *ne quid in loco publ. l.cum servas*, *§. heres*, *de leg.1.* Et apud Symmachum 4. epistul. *Solvere solarium*, inquit, *pater jussus est taxatione pretiorum graviter aggerata.* Quod etiam genus vecti-

Digitized by Google

vectigalis significat Justin. lib. 18. his verbis, *Statuto annuo* A *vectigali pro solo urbis*, id est, statuto solario. Et quod dicimus de prædio, de fundo superficiario, idem omnino absque dubio dici potest de prædio emphyteuticario, posse eum ab emphyteuticario pignori dari, sine deminutione tamen vectigalis emphyteutici domino debiti, cujus prior semper, potentiorque causa est. Ad causam pignoris ex hoc ipso libro, etiam pertinet *lex 13. quæ in fraud. credit.*

Ad L.XIII. Quæ in fraud. cred. *Illud constat, eum, qui pignus tenet, hac actione non teneri. Suo enim jure, & ut pignus, non rei servandæ causa possidet.*

LEx est elegantissims, quæ ostendit, actionem Paulianam, qua revocari solent ea, quæ in fraudem creditorum gesta sunt, locum habere etiam uno tantum ex credi- B toribus misso in possessionem omnium bonorum debitoris, servandæ rei causa, crediti servandi causa, quo genere pignus prætorium constituitur: videlicet, si is omnia bona teneat, sibique habeat, & competere cæteris creditoribus, qui missi non sunt in possessionem in hoc, ut in portionem bonorum veniant pro rata, cæterisque exæquentur, ut *l.6. §. sciendum, eod. quæ in fraud. cred.* Quia & uno tantum creditore misso in possessionem rei servandæ causa, possessio, quæ ei data est, proficit omnibus creditoribus, quasi data in rem, & generaliter: denique non ei soli proficit, sed & creditoribus omnibus, licet reapse missi non sint in possessionem: Unum venisse in possessionem satis est: hic possidet non sibi tantum, sed cæteris omnibus, *l. 12. de reb. auct. jud. poss. l. 5. §. si plures, ut in poss. leg.* At & hic notanda magna differentia, quæ intercedit inter pignus præto- C rium, quod missio in possessionem constituit, & pignus conventionale. Nam ex conventione constituto pignore, creditor, cui pignus datum est, cæteris creditoribus non tenetur actione Pauliana, ut vocetur in portionem pignoris sibi ex conventione dati in solidum, quia hic, ut ait Paulus: *suo jure possidet*, & ut pignus conventionale, non ut pignus prætorium: sibi ergo soli, non omnibus. *Pignus prætorium est* commune omnium. Pignus *conventionale* est cujusque proprium. Et verissimum quidem hoc est, si quis ab initio sub pignore ex conventione pecuniam crediderit: nam si ab initio sine pignore pecuniam crediderit, deinde in vetus creditum pignus acceperit cæterorum creditorum fraudandorum gratia, hoc agente, & moliente debitore, ut cæteri fraudarentur. Si, inquam, cum ab initio esset creditor chirographarius, postea cœperit esse pigneratitius, sive D hypothecarius cæterorum creditorum fraudandorum gratia, tunc Pauliana actio locum habet, quia pignoris datio, licet ex conventione profecti, revocatur, *l. 10. §. si cui, & l. 22. eod.* Est addenda & alia exceptio ex *l. 4. eod.* quæ sumpta est ex hoc libro.

Ad L.IV. eod. *In fraudem facere videri etiam eum, qui non facit, quod debeat facere, intelligendum est, id est, si non utatur servitutibus.*

IN fraudem facit creditor, cui servitutes rusticorum prædiorum pigneratæ sunt, ita ut eis uteretur, quamdiu pecunia non solveretur, quam conventionem valere jam supra ostendi *l. 12. de pignor.* si dolo malo forte colludens cum vicino, his servitutibus non utatur, ut non utendo debitori E pereant: nam ut ait, in fraudem etiam facere videtur, qui non facit, quod facere debet, ut qui servitutibus sibi pigneratis, prout convenit, non utitur: nam & per creditorem si iis utatur, debitor has servitutes usurpat, & retinet, quamvis non ipse his utatur, sed creditor, quod & in conventione addi solet, ut & iis utatur creditor, ne non utendo amittantur. Restat ex hoc ipso libro tantum *l. 14. de adquir. possess.*

Ad L.XIV. de Adquir. poss. *Si servus, vel filiusfamilias vendiderit, dabitur accessio ejus, quod penes me fuit, scilicet si voluntate mea, aut de peculio. cujus liberam peculii administrationem habuerunt, vendiderunt.*

Ad §. Tutore quoque, *vel curatore vendente, dabitur acces-* A *sio ejus temporis, quo pupillus, vel furiosus possedit.*

QUæ est de accessionibus possessionum, qua de re in pignorum causa nonnunquam agitur. Nam & creditor, cui quis rem alienam ignorans ignoranti pignori dedit, in submovendo domino rem vindicante, præscriptione longi temporis uti potest, accessione temporis, quo creditor eam rem possedit, hoc est, id temporis conjungere suo tempori, atque ita continuare longi temporis præscriptionem, *l. de accessionibus, de div. & tempor. præscript.* Docet autem Paulus in *d. l. 14.* servo, aut filiofamilias voluntate patris, aut domini, vendente rem patris, aut domini, aut vendente rem peculiarem, cum liberam haberet peculii administrationem, emptorem uti accessione temporis, quo pater, vel dominus eam rem possedit, per se, vel B per servum, aut filium, ut *l. pen. §. sed & si à filiof. eodem tit. de div. & temp. præsc.* Itemque tutore, vel curatore vendente rem pupilli, vel furiosi, emptoris possessioni accedere, & conjungi possessionem pupilli, vel furiosi, ut *d. l. pen. §. jud.* Sic etiam, quod proculdubio subjunxerat Paulus, creditore vendente rem sibi pigneratam, emptori dari accessionem ejus temporis, quo debitor eam rem possedit. Servus, vel filiusfam. non est dominus rerum patris, vel domini, sed neque rerum peculiarium, cum peculium eis concessum, non datum sit, eisque possit quandocunque adimi nuda voluntate. Tutor item, vel curator non est dominus rerum pupilli, vel furiosi, sed neque creditor rei pignoratæ. Venditiones tamen ab iis factæ ratæ sunt, & perinde ac si factæ essent à domino ipso inter eum, & emptorem, quamvis ab ipso non emerit, tempora conjunguntur usucapio- C nis complendæ, vel longi temporis præscriptionis quærendæ causa. Et nihil est præterea in hoc libro.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXIX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

POST interdicta hoc libro, & duobus sequentibus, Paulus sequutus ordinem edicti perpetui, dedit exceptiones, qui ordo servatur etiam in Dig. Justin. Ac primum quidem tractat de exceptione doli mali, qua tuetur se reus, qui ad diem, quo cum pœna judicio se D sisti promisit, ex justa causa in judicium non venit: veluti, qui, quod cum in judicium accurrere vellet condicta die, à magistratu impeditus fuerit, vel retentus sine dolo malo ipsius. Ex hac enim causa æquum est, ei exceptionem tribui, si ex stipulatu conveniatur de pœna, quod sua die in judicium non venerit: sed non etiam si à privato detentus fuerit, quia hoc casu, ut Paulus ait in *l. 3. si quis caut.* quæ est ex hoc libro.

Ad L. III. Si quis caut. *Sed actio ei datur adversus eum, qui detinuit, in id quod ejus interest.*

SUfficit ei actio in factum, qua ei tenetur is, à quo detentus est, in id quod sua interest, ex edicto de eo, per E quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat, quod proponitur titulo superiori. Sufficit ei, inquam, hæc actio, quæ ex illo edicto competit, nec datur simul etiam ei exceptio adversus stipulatorem, qui judicio sisti stipulatus est. In magistratum, qui eum detinuit, quo minus judicio se sisteret, eadem non suppetit actio, nec si dolo malo eum detinuerit, quia dum magistratu fungitur, dum est in magistratu, sine fraude in jus vocari non potest, *l. nec magistrat. de injur. & in l. Servilia repetundarum.* De hisce, id est, de pecuniis repetundis, dum magistratum, aut imperium habebunt judicium ne fiet. Et Varro apud Nonium: *Prætor,* inquit, *noster mihi pecuniam eripuit, de ea ad annum quæstum veniam ad novum magistratum:* quia scilicet prætura annuus erat magistratus, & intra annum prætor sine frau-

de

de in jus vocari non poterat. Quod si duo sint rei credendi A sive stipulandi, qui ejusdem pecuniæ exactionem habeant in solidum, ut ex hoc etiam lib. proponitur in *l. 5. si quis caut.*

Ad L. V. eodem. *Si duo rei stipulandi sunt, & uni debitor judicio se sisti cum pœna promiserit: alter autem impedierit: ita demum exceptio adversus alterum danda est, si socii sint: ne prosit ei dolus propter societatem.*

Ad §. Item *si duo rei promittendi sint, & unus ad judicium non venerit, contempta sua promissione judicio sistendi causa facta, actor autem ab altero rem petat, ab altero pœnam desertionis: petendo pœnam exceptione summovebitur.*

Ad §. *Æque si à patre facta fuerit promissio judicio sistendi gratia, ex filii contractu, deinde de re actor egerit cum filio; exceptione summovebitur. si cum patre ex ejus promissione agat, & contra idem erit, si filius promiserit, & actor egerit cum* B *patre de peculio,*

ET debitor communis uni judicio se sisti in diem certum cum pœna promiserit, & alter, cui idem non promisit, eum dolo malo detinuerit, quo minus ad diem judicio se sisteret, ita distinguendum est: Aut duo illi rei credendi, duo creditores, quibus singulis solidum debetur, quibus singulis solidi exactio est, aut socii erant, aut non erant: si non erant socii, de pœna agente eo, qui judicio sisti stipulatus est, quod promissor in judicium non venerit, quod judicio die constituta debitor defuerit, debitori non proderit exceptio doli mali. quod ab altero creditore dolo malo impeditus fuerit. Verum alter creditor, qui eum dolo malo detinuit, vel qui dolo malo fecit ut detineretur, debitori tenebitur in factum ex edicto superiori in id quod C interest. Si socii erant, etiam adversus eum, qui judicio sisti stipulatus est, licet moram nullam ipse reo, aut impedimentum nullum attulerit, quo minus judicio se sisteret, agentem de pœna ex stipulatu, quod ad condictum diem fefellit, quod ad judicium sua die non venerit, ei proderit exceptio doli mali. Alioquin ei dolus socii, qui debitorem impedivit se judicio sistere, profuisse videretur, quod æquitas non patitur, neque socio dolus meus, neque dolus socii mei mihi prodesse debet: neque enim debet societas esse cuiquam occasio quæstus improbi, proque eo erit, atque si ipsemet, qui stipulatus est judicio sisti, eum retinuisset, ut si de pœna agat, exceptione doli mali submoveatur. Hæc exceptio accommodatur ex bono, & æquo, ut ait *l. 2. §. pen. hoc tit.* Nam naturalem æquitatem tuetur, & moderatur asperitatem juris civilis, *l. 1. de dol. except. l. ult. pro empt.* D Ut cum cessat exceptio pacti per occasionem, causamque regularum juris civilis, hæc exceptio non cessat: cessante exceptione pacti, exceptio doli accommodatur, *l. 7. §. pen. l. 10. §. ult. l. 21. §. 1. & l. Julianus, l. 25. §. ult. de pact.* Exceptio doli mali rem temperat, ut ait *l. qui quadringenta, ad leg. Falcid.* rem emendat, *l. in duobus, §. si ei, cui, de jurejur,* Et ut eleganter Cyrillus ait in *l. inter, §. pen. de act. dotalib.* *ἐπιεικεστέρα ἐστιν, καὶ οὐ πάνυ τὴν ἀκρίβειαν ἐξετάζεται.* *Maxime sequitur*, inquit, *hæc exceptio, & spectat æquitatem naturalem, neque valde tuetur subtilitatem, aut rigorem juris, aut non admodum in eam inquirit.* Generalis est exceptio, quæ concurrere potest cum omnibus aliis exceptionibus, *l. 4. §. pen. de dol. except.* atque adeo omnibus patet, qui æquitate defensionis actionem infringere possunt, *l. qui æquitate, eod.* Quia ut de bonæ fidei nomine Scævola dixit, id manare E latissime: ita verum est, quod ei opponitur, doli mali nomen manare latissime. Ac proinde recte dicitur hæc exceptio, quæ de dolo malo redditur, generalis esse. Et hæc sunt quæ pertinent ad initium *l. 5.* Sequitur in §. 1.

AD *§. Item.* De duobus reis promittendi, sive debendi ex qualibet causa, qui scilicet ejusdem pecuniæ singuli in solidum debitores sunt, si unus ex eis creditori judicio se sisti cum pœna promiserit, nec ad judicium venerit præstituta die: *deserta*, ut ait, *& contempta sua promissione*, deserto vadimonio; & creditor ab altera rem, de qua principaliter agitur, exegerit, submoveri eum exceptione doli mali, si ab eo, qui deseruit promissionem judicio sistendi causa facA tam, pœnam desertionis in stipulatum deductam, pœnam vadimonii deserti petat; hæc exceptio, ut dixi, datur ex bono & æquo, & æquum non est, ut qui rem exegit, etiam exigat pœnam, quæ cessit in vicem rei. Et sic etiam, ut subjicit, si pater ex contractu filii conventus actione de peculio judicio sisti promiserit in diem certum sub pœna certa, nec stipulationi obtemperaverit, & interim actor à filio rem exegerit, pater liberatur per exceptionem doli mali. Et ex diverso, si filius ex suo contractu conventus in solidum caverit judicio sisti, nec judicio steterit, & interea actor à patre actione de peculio rem exegerit, filius, si cum eo agatur de pœna ex stipulatione judicio sisti, tueri se potest exceptione doli mali, quæ est sententia §. 1. elegantissima, & æquissima. Nec vero, quod observandum, hac in re in hoc §. distinguit Paul. minor, an major fuerit pœna, quam res, B qua de agitur. Ergo etiam si major fuerit pœna, post rem exactam, petenti id, quod amplius in pœna est, obstabit exceptio doli mali. Et sic quidem mihi videtur. Sic sentio omnino. Nec moveor *l. prædia, de action. emp.* quam Accursius produxit in aliam sententiam, quia ea lex non loquitur de stipulatione pœnali judicio sisti, quæ quidem jussu judicis interponitur, & datur propter rem ipsam, qua de agitur, ut ait *l. 10. §. qui injuriarum, hoc tit.* dari hanc stipulationem pœnalem. Datur enim à judice, sive prætore, quia est prætoria stipulatio. Dari, inquam, propter rem ipsam, ut cedat in vicem rei, si deficiat res. Quod confirmat etiam *l. 1. §. communes, de præt. stip.* Eademque ratio est stipulationis, de qua agitue in *l. 4. §. Labeo, de doli except.* quam & ibi proponitur fuisse interpositam jussu judicis. Et ideo re exacta, qua de agitur, vel transacta, vel mortua, & hanc stiC pulationem perimi æquum est, ut *d. §. qui injuriarum, & l. 2. in princ. hoc tit.* At *d. lex prædia* loquitur de stipulatione pœnali, quæ ex conventione contrahentium venit. & interponitur, non propter rem, sed propter reum, sive rei plectendi causa, qui conventioni non paruit, quæ proculdubio ex mente contrahentium non aliter perimitur re exacta, quam si tantum in re sit, quantum actor pœnæ nomine stipulatus est, alioquin reus non plecteretur. Non distinguit etiam Paulus in hoc §. duo rei debendi socii fuerint, an non: nec ego etiam distinguendum censeo; nam etsi socii non fuerint, creditor, qui ab uno rem consequutus est, ab altero petendo pœnam, exceptione submovebitur. Quod evidenter apparet in patre, & in filio, qui in hoc §. comparantur duobus reis debendi, neque enim socii sunt, ex contractu scilicet pater, & filius, & tamen ab uno D re exacta, ab altero pœna exigi non potest. Ad hæc, si quæras ex diverso, quid si stipulator prius ab uno pœnam exegerit, deinde ab altero rem petat, si hoc, inquam, quæratur, dicam propter rem, inque vicem rei pœnam esse exactam, & ideo utilem rei petitionem nullam superesse. Nec moveor, aut dimoveor ab hac sententia propter *l. Stichum, §. dolo, de sol. & l. etiam, §. pen. de pet. her.* quas hoc loco adducit Accursius, in quarum specie non propter rem, ut in hac specie nostra, pœna exacta est ab eo, qui dolo malo rem hereditariam desiit possidere, ne secum ageretur petitione hereditatis, sed propter dolum ab eo commiss. proprii scilicet delicti is pœnam subjit, & ideo integra est petitio hereditatis adversus eum, qui rem hereditariam pro herede, vel pro possessore possidet. At contra, si quis egerit cum possessore ejus rei, deinde velit agere cum eo, qui doE lo malo desiit possidere, non audietur, quia jam nihil ejus interest, cum rem consequutus sit: &, quod summe notandum est, *ratione doli pœnæ exactio non competit, nisi ei, cujus interest.* Sicut & actio de dolo non competit, nisi ei, cujus ob dolum malum adversarii interest, *l. cum quis, de dolo.* Denique in specie *d. §. dolo, & d. l. etiam, §. pen.* licet exactio pœnæ non perimat rei persecutionem, exactio tamen rei perimit pœnæ persecutionem, quia implet id, quod actoris interest. Quam varietatem, species, de qua hoc loco agitur, non admittit, quia hic pœna rei ipsius locum obtinet. Et ita hæc explicanda sunt. Notandum tandem est in hoc §. *desertionem* Paulum dicere, quod alii *desertum vadimonium*, ut in *l. 4. §. quæsitum, hoc tit.* *Desertam promissionem judicio sistendi causa factam*, id est, desertum vadimo-

dimonium, *& deserere promissionem judicio sisti*, *l. ult. qui satisd. cog.* quod aliis est deserere vadimonium, non sistere vadimonium. Ab hac vero l. 5. nunc transeamus ad l. 7. quæ est etiam ex hoc libro.

Ad L. VII. eod. *Si quis servum in judicio sisti promiserit, vel alium, qui in aliena potestate est: iisdem exceptionibus utitur, quibus si pro libero, vel pro patrefamilias fidejussit: præterquam si reipublicæ causa abesse diceretur servus: nam servus reipublicæ causa abesse non potest. Præter hanc autem exceptionem, cæteræ, quia communes sunt, tam in libero homine, quam in servo locum habent.*

STipulatio judicio sisti, satisdationem plerumque, id est, fidejussores exigit. Sed quibus exceptionibus conventus reus principalis se tueri potest, iisdem etiam se fidejus- B sores tueri possunt etiam invito reo, *l.6. hoc tit.l.omnes, de except.l.ex persona,de fidejuss.* Et rursus, quibus exceptionibus fidejussores uti possunt, si pro libero homine, vel patrefamilias judicio sisti adpromiserint, eisdem uti licet, si pro servo, aut filiofamilias idem adpromiserint, servum,vel filiumfamilias judicio sisti, ut puta his exceptionibus, quod cum adversario,priusquam sisti oporteret, de negotio transactum fuerit, *l.2. in princ. hoc tit.* quod dolo malo actoris factum sit, quo minus sisteretur, *l.1.§.si reus,sup. tit.prox.* quod adversa valetudine, aut tempestatibus,aut fluminibus impeditum sistere non potuerit, *l.2.§. si quis judicio, hoc tit.* Unde & recte Quintil. lib. 3. *Deserui*, inquit, *tempestatibus, fluminibus, valetudine impeditus*, id est, non per me stetit, sed per illa. Et Seneca 4. de benefic. *Vadimonium*, inquit, *promittimus, tamen deseritur, deserentem vis major ex-* C *cusat.* Ovidius: *Fecitque moras Achelous eunti Imbre tumens.* Hæ exceptiones, & si quæ aliæ enumerantur, sunt autem plurimæ in *d. l.2.* communes sunt, ut ait Paulus in hac *l.7.* tam in libero, quam in servo, qui judicio sisti debuit. Una tantum excepta, quod, qui judicio sisti debuit, reipublicæ causa absuerit, quoniam hæc exceptio in servo locum non habet. Neque enim, ut hoc loco Paulus ait, unde & id repetitur, etiam in *l.ult. de regul.jur.*servus reipublicæ causa abesse potest, cum & servi, *ut Seneca ait controversia 13. nulla pars reipubl. sint, cum extra rempublicam sint, neque in censu*, inquit, *illos invenies, neque in testamentis: quinimo omnino omni jure, civili, prætorio, ordinario, extraordinario pro nullis habentur*, *l. qui testamento, §. servus, qui test. fac. poss. l. 1. de jur. deliber. l. nullo, ad leg. Cornel. de fals.*

D

Ad L. II. de Probat. *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.*

AD exceptiones etiam refero, quod ex hoc libro proponitur in *l.2. de probat. Ei incumbere onus probandi, qui dicit, non qui negat.* Indistincte ait, *qui dicit, qui affirmat.* Sive igitur actor sit, sive reus: nam & reus, qui dicit, opposita exceptione probare debet, *l. in exceptionibus, eod. tit. de probat.*Quæ lex utitur etiam exemplo stipulationis judicio sisti, qua si reus conveniatur, & objiciat exceptionem, *quod reipublicæ causa absuerit*,& ob id non steterit: vel quod dolo malo adversarii factum fuerit, quo minus sisteret se: vel quod valetudo, aut tempestas sibi impedimento fuerit, probare id eum oportet. Negatio non est exceptio: & ideo E nec negationis meræ, cui scilicet affirmatio vi ipsa non inest, ulla probatio est, *l.8.& Lactor, C. de probat. l. adseveratio, C. de non numer. pecun.*

Ad L. LX. de Ædil. edic. *Facta redhibitione, omnia in integrum restituuntur: perinde ac si neque emptio, neque venditio intercessisset.*

AD rem eandem pertinet, quod ex eodem libro est in *l.60. de ædil. edic.* facta redhibitione ab emptore rei emptæ, id est, reddita re empta venditori ob morbum, aut vitium, omnia restitui in integrum, perinde atque si neque emptio, neque venditio intercessisset, etiam pignora restitui, quæ venditio peremerat, *l.10. quibus mod. pignus, vel hyp.* Ideoque post redhibitionem venditori petenti pretium, quod nondum ei solutum erat actione ex vendito, obstare exceptionem doli mali, ut ostendit *l.59.* quæ præcedit.

Ad L. XIX. de Novat. *Doli exceptio, quæ poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est, & in cæteris similibus exceptionibus. Imo & in ea, quæ ex Senatusconsulto filiofamilias datur: Nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra Senatusconsultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra Senatusconsultum fit: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. Diversum est in muliere, quæ contra Senatusconsultum promisit: nam & in secunda promissione intercessio est. Idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur: quia si etiam nunc minor est, rursum circumvenitur. Diversum si jam excessit ætatem 25. annorum, quamvis adhuc possit restitui adversus priorem creditorem. Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus, & pactionibus non facile scire petitor potest quid inter eum, qui delegatus est, & debitorem actum est: aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur. Et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris.*

REstat adhuc ex libro 69. *lex 19. de novat.* quæ initio proponit hanc definitionem, sive regulam, *doli mali exceptionem, quæ poterat deleganti opponi, cessare in personas ejus creditoris, cui quis delegatus est.* Cujus regulæ sententia & ratio hæc est: Si debitorem meum, qui se tueri poterat exceptione doli mali, delegaverim creditori meo, cui tantundem debebam, quantum mihi debitor meus, ut ei debitor meus stipulanti tantundem promitteret, & hac ratione debitor meus liberetur à me, & ego quoque liberarer à creditore meo, quia delegatio, & quæ eam consequitur novatio, pro solutione est, *l.qui debitorem, de fidejuss.* Re, inquam, ita gesta, delegatus debitor exceptionem doli mali, quam mihi opponere poterat, si eum non delegassem, ex persona mea non poterit opponere creditori meo, cui eum delegavi. Quod *l. 12. hoc tit.* ostendit esse verum indistincte, sive sciens debitor meus se exceptione doli mali tutum esse delegatus fuerit, quia remisisse eam exceptionem videtur, sive ignorans, quia creditor meus suum persequitur, suumve recepisse videtur per delegationem, & suum negotium bona fide gessisse, si debitor ille meus, quem creditori meo delegavi, reipsa ei solvisset, solutum non repeteret, *l. repetitio, de cond. indeb.* Quod tamen si mihi solvisset per errorem,nesciens se tutum esse exceptione doli mali, repetere posset, *l. qui exceptionem, eod. tit.de cond. indeb.* Et consequenter, si delegatus creditori meo stipulanti spoponderit, non poterit se tueri exceptione doli mali, qua tamen adversus me se tueri potuisset. Suum, inquam, negotium creditor meus, cui debitorem meum delegavi solutionis vice, bona fide gessit, quia nec facile scire potest, quid inter me, & debitorem meum actum esset, *aut si id scivit, dissimulare debuit*, inquit Paulus, *ne curiosus videretur*. Dissimulatio quædam bona est: sicut & dolus quidam bonus, & quod alii inter se gerant dissimulare, nec πολυπράγμονα, & alieni negotii curiosum esse bonum est. At si quidem aliquis me pecuniam mutuam roget, inquiram, immo & nonnunquam, ne in fraudem incidam, inquirere debeo, quid illa pecunia facturus sit, quam in rem pecuniam illam consumpturus sit, *l.3.§. sed si accepit, de in rem verso, l. ult. de exerc. act.l.17. in princ. ad Senatusc. Vell.* quod & diligentiores patresfamilias facere solent. Seneca de Benefic. *Nomina*, inquit, *facturi in patrimonium, & vitam*, id est, *in mores debitoris inquirimus. Pecuniam non dabimus, quam protinus scorto daturum sciemus, ne in societatem turpis facti, atque consilii veniamus, atque etiam pecuniæ damnum faciamus.* Nam qui sciens pecuniam credit consumpturo in rem turpem, jus crediti amittit, *l. quod si minor, §. restitutio, de minor.l.12.§. si ado-*

si adolescens, mand. l. 8. pro empt. Quam legem etiam in Italia valuisse Nicolaus apud Stobæum refert capite de legibus. *Ε᾽ἄν τις τῷν ἐλέγχθη δανείσας χρέος ἀφαιρεῖται αὐτοῖς*, *si quis convictus fuerit luxurioso, sive prodigo pecuniam credidisse, jus crediti amittit.* Sed si mihi debitor meus pecuniam debitam solvat, sane non inquiram, unde eam sumpserit, aut confecerit, ne videar curare nimis alienum negotium. Ergo nec si mihi debitor meus vice sua aliquem delegaverit, qui expromitteret, inquitam quid inter illum, quem mihi delegavit, & creditorem meum actum sit: delegatio pro solutione est. Et hoc est, quod ait in fine hujus legis, reddens rationem regulæ initio propositæ: *In privatis contractibus, & pactionibus non facile scire petitor*, id est, secundus creditor, *potest, quid inter eum, qui delegatus est, & debitorem suum, qui eum delegavit actum sit, aut etiam*, inquit, *si sciat, dissimulare debet, ne curiosus, ne πολυπράγμων videatur.* Et observa separari hoc loco contractus à pactionibus. *In contractibus*, inquit, *& pactionibus.* Quam inepti igitur sunt, qui pactiones contractibus adnumerant. Alioquin satis fuisset Paulo dicere, *in contractibus*, nec adjicere, *& in pactionibus.* Conventio quidem est generale nomen. At contractus, & pactio duæ sunt conventionis diversæ species. Contractus obligationem parit: pactio obligationem non parit, sed exceptionem tantum: actionem non parit, sed exceptionem tantum. Observa etiam initio hujus legis proponi definitionem hujusmodi, doli exceptionem, quæ adversus primum creditorem debitori competebat, ei adversus secundum creditorem denegari, cui delegatus est. Et mox hanc definitionem porrigi etiam ad alias exceptiones, demptis duabus solummodo. Et tandem in extremo hujus definitionis reddit rationem. Rationi prætulit ampliationem regulæ, quia statim dubitari poterat, an regula eadem, quæ est de doli exceptione tantum, obtineret etiam in aliis exceptionibus, quæ poterant deleganti opponi: nempe an & aliæ exceptiones omnes cessent in persona secundi creditoris, cui debitor delegatus est. Et primum quidem Paulus ait, eam regulam obtinere in similibus exceptionibus, quæ scilicet ejus causa dantur, cum quo agitur: ut in exceptione pacti conventi, in exceptione rei judicatæ, in exceptione jurisjurandi, in exceptione quod metus causa factum sit. Deinde subjicit illo loco, *imo & in ea*; eandem regulam obtinere etiam in dissimilibus exceptionibus, quæ scilicet non rei causa dantur, quocum agitur, sed odio actoris, odio creditoris, ut *l. qui exceptionem, de cond. indeb.* cujusmodi est exceptio Senatusconsulti Macedoniani, quæ non filiifamilias debitoris causa, sed in odium creditoris, in odium fœneratoris, quasi pœnæ causa comparata est, videlicet, si quis pecuniam injussu patris filiofamilias crediderit. Nam etsi adversus eum filiusfamilias possit uti exceptione Senatusconsulti Macedoniani, & adversus successorem ejus, & adversus eum, quem ipse suggessit in negotio ipso, ut stipularetur pecuniam sibi reddi, *l. 7. §. non solum, ad Senatusc. Macedon.* & adversus fidejussorem, aut mandatorem, *l. 9. §. non solum, eod. tit.* non tamen eadem exceptione poterit filiusfamilias uti adversus secundum creditorem, cui à creditore suo vice sua reus datus, & delegatus est per stipulationem, quia ut ait, *in hac stipulatione, seu obligatione secunda, nihil fit contra Senatusconsult. Macedon.* neque secundus creditor pecuniam filiofam. credit, sed quam alii credidit, à filiofam. sibi reddi stipulatur. Et hoc tanto magis Paulus dicendum esse ait, quod & filiusfamilias sive primo, sive secundo creditori solverit pecuniam, quam sumpsit mutuam, solutum repetere non potest. Quia exceptio Senatusconsulti Macedoniani, cum sit comparata in odium creditoris, non expungit, non tollit naturalem obligationem, sed civilem tantum obligationem. Odia restringuntur: quod odio creditoris comparatum est, id ita restringitur, ut tollat civilem tantum obligationem, non etiam naturalem, quæ quidem naturalis obligatio hanc vim habet, ut inhibeat soluti repetitionem, *d. l. qui exceptionem, l. 9. §. ult. & l. 10. ad Senatusc. Maced.* Verum ab hac definitione, sive regula, quam proposuit initio Paulus, eximit exceptiones duas: exceptionem Senatusconsulti Vellejani, quæ & exceptio intercessionis dicitur in *l. 7. de except.* & exceptionem, quod minor 25. annis dolo adversarii in contrahendo circumscriptus sit, de qua & in *d. l. 7.* Quæ exceptio est ex lege Lætoria de circumscriptione adolescentium. Hæ duæ exceptiones debitori competunt, non tantum adversus primum, sed etiam adversus secundum creditorem, cui delegatus est. Quare exceptio Senatusconsulti Vellejani? quia mulier, quæ intercessit pro alio apud primum creditorem, etiam pro alio, nempe pro primo creditore intercedit apud secundum creditorem, cui delegata est, & ideo adversus utrumque juvatur exceptione Senatusconsulti Vellejani: quia, inquit, duæ intercessiones sunt, quia & in secunda promissione intercessio est. Quod confirmat *l. quamvis, §. si mulier, ad Senatusc. Vell.* Sed si, cum mulier, exempli gratia, Lucio Titio deberet centum, non ex causa intercessionis, sed ex alia causa, veluti mutui, aut empti, aut locati, si à Lucio Titio delegata sit C. Mævio creditori Lucii Titii, & promiserit, in hac promissione nulla intercessio est, & consequenter mulieri non datur exceptio Senatusconsulti Vellejani: quin & exceptio, quæ ei competebat, forte adversus primum creditorem, non competit etiam ei adversus secundum, *l. debitrix, eod.* Exceptio autem ex l. Lætoria, quæ minori competit adversus primum creditorem, competit etiam adversus secundum, si cum adhuc minor esset, ei delegatus fuerit, & spoponderit, quia & hic in secunda promissione circumscriptus est, aliter quam, ut & Paulus admonet, si major factus ei delegatus fuisset. Hoc enim casu, & si possit adhuc intra constituta tempora, ut Basilica addunt recte, *ἐντὸς τῶ ὡρισμένου χρόνου*, restitui in integrum, opposita exceptione adversus primum creditorem, non tamen poterit restitui adversus secundum, cui jam major factus se obligavit ex delegatione prioris. Et hæc sufficiant ad *l. 19. de novat.* Porro huic libro adscribitur etiam *l. pen. de tab. exhib.*

Ad L. pen. de Tab. exhib. *Si sint tabulæ apud pupillum, & dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum. Æquum enim est ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum.*

Quæ lex ita accommodanda est ad exceptionem doli mali. Ait, interdictum de tabulis exhibendis dari adversus tutorem, cujus dolo factum est, ut tabulæ testamenti desinerent esse apud pupillum, ut intercciderent, non etiam hoc casu, dari interdictum illud adversus pupillum, quod pupillum innocentem æquum non sit teneri ex delicto tutoris: dolus delictum est. Et hoc utique verum est, si pupillus ex dolo tutoris locupletior factus non sit: nam si locupletior factus sit, interdictum datur in pupillum, maxime si tutor solvendo sit: sicut & tunc ex omni causa, cum pupillus locupletior factus est ex dolo tutoris, constat dari in pupillum exceptionem doli mali, *l. 4. §. illa, & §. seq. de dol. except. l. sed & ex dolo, in princ. de dolo.*

Ad L. XVII. Quod vi, aut clam. *Interdictum quod vi, aut clam per quemvis domino adquiritur, licet per inquilinum.*

Huic etiam libro adscribitur *l. 17. quod vi, aut clam*, sed falso, ut opinor, cum libro 67. proprie debeatur, qui fuit de interdicto quod vi, aut clam. Docet enim interdictum quod vi, aut clam, per quemvis, ut ait, etiam liberum hominem domino adquiri. *Adquiri*, ait improprie, quoniam per liberum hominem, qui in potestate nostra non est, nihil nobis adquiri potest. Ait improprie, inquam, pro *parari*, & conservari, & retineri, veluti per procuratorem meum mihi adquiri interdictum *quod vi, aut clam*, qui vicinum prohibeat opus novum facere, quia hoc ipso, quod vicinus procuratori meo prohibenti non paret, monstrat se vi, aut clam facere. Et similiter parari mihi interdictum, quod vi, aut clam per mercenarium, cujus opera in prædio meo utor, per hospitem, per inquilinum, cui domum locavi, & colonum, ut *l. si procurator, de nov. oper. nunt. l. 72. de procur. & l. 3. in princ. hoc ipso tit.* Et nihil amplius restat ex hoc libro.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXX. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

VENIO ad Librum LXX. qui quidem liber proprie, & specialiter dicatus est exceptioni rei judicatæ. Incipiam à *l.6. de except. rei judic.*

Ad L.VI. de Except.rei judic. *Singulis controversiis singulas actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione* B *placuit: ne aliter modus litium multiplicatus summam, atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem rei judicatæ frequens est.*

IN qua Paulus rationem dandæ exceptionis hujus exponit, id est, æquitatem hujus exceptionis: *Singulis controversiis, & litibus singulas actiones sufficere, unumque judicati finem.* Pluribus actionibus, pluribus judiciis, & in singulis controversus, si opus esset, multiplicatus, inquit, litium numerus summam, & inexplicabilem faceret judiciorum difficultatem, sive *ἀμηχανίαν*, maxime si diversa pronuntiaretur, quo nihil est reipubl. perniciosius, neque alienum magis ab utilitate communi. Parendum igitur esse rebus semel judicatis, nec rem actam apud judicem, iterum agendam, repetendam, retractandam esse: parendum esse C exceptioni rei judicatæ. Idque solemne, ac in usu frequentissimum esse. Ita ut hac exceptione opposita, jam non de eo quæratur iterum, quod jam judicatum est, etiam si per injuriam judicatum sit, sed an sit judicatum, *l.1. §.pari modo, de tab.exhib.* Sicut re jurejurando decisa, quod rei judicatæ instar obtinet, hoc tantum quæritur, an juratum sit, *l.5. §.dato, l.in duobus, in fin.de jurejur.* statum reipublicæ rebus judicatis maxime contineri, ut M.Tull. pro P. Sylla: *Non temere igitur rescindendas, aut infirmandas esse.* Idemque pro L. Roscio, quod huic loco congruit: *Esse jura, esse formulas de omnibus*, id est, de singulis rebus constitutas, ut hoc loco ait, *singulis controversiis singulas actiones præstitutas*, ne quis aut in genere injuriæ, aut in ratione actionis errare possit, expressas esse, ex singulorum damno, dolore, incommodo, ad quas privatæ lites accommodentur. Idem D vero Paulus in *l.12. & 14.* hoc ipso titulo docet.

Ad L.XII. eod. *Cum quæritur, hæc exceptio noceat nec ne, inspiciendum est, an idem corpus sit.*

Ad L.XIV. eod. *Et an eadem causa petendi, & eadem conditio personarum, quæ nisi omnia concurrunt alia res est. Idem corpus in hac exceptione, non utique omni pristina qualitate, vel quantitate servata, nulla adjectione deminutioneve facta: sed pinguius pro communi utilitate accipitur.*

Ad §. Qui cum *partem usufructus haberet, totum petit, si postea partem adcrescentem petat, non summovetur exceptione: quia ususfructus non portioni, sed homini accrescit.*

Ad §. Actiones in *personam ab actionibus in rem hoc differunt; quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius* E *petitione vitiatur. At cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico: omnes causæ una petitione adprehenduntur: neque enim amplius quam semel res mea esse potest. Sæpius autem deberi potest.*

Ad §. Si quis *interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem. Quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas versitur.*

DOcet ita demum huic exceptioni locum esse, si rursus eadem omnino res in judicium deducatur, revocetur, quæ priori judicio finita est, etiamsi alia actione agatur: nam etiamsi alia sit actio, modo sit eadem res, præscriptioni locus est rei judicatæ, *l.5. l.7. §. pen. hoc tit. l.4. §. ult.* A *de noxal. actio.* Quod & formula ipsius exceptionis ostendit, de qua M. Tullius *5. de finibus, & 5. epistolar. ad familiar. Quod eadem de re agatur alio modo, & eadem res esse intelligatur, si idem corpus petatur, idemve jus, eademque quantitas. Ac præterea si eadem sit causa petendi, eadem origo petitionis, idemque actor, idemque reus, qui fuit priori judicio, & conditionis ejusdem.* Quod etiam ostenditur in *l.11. §. eandem, & l.25. §. ult. & l.27. hoc tit. l.3. C. de petit. hered.* Porro idem corpus in hac exceptione Paulus notat in *l.14. §.1.* pinguius accipiendum esse, *παχύτερον*: nam & si fundus post rem judicatam auctus, vel deminutus, si melior & deterior factus sit, si ex sylva factum sit novale, non ideo alius fundus esse intelligitur, imo idem fundus, qui denuo petatur: nam & si mutata qualitas rei, propemodum interimat substantiam, tamen pro communi utilitate, ut ait, B quæ est ratio inducendæ exceptionis rei judicatæ, ne actum agatur denuo, in ea exceptione idem corpus non subtilius accipiemus, sed pingui Minerva, ut & si non sit prorsus idem, idem tamen esse intelligatur, & de eo agenti iterum obstet exceptio rei judicatæ.

AD *§. Qui cum partem.* Si quis petierit totum usumfructum fundi, cum haberet ususfructus partem tantum, nec obtinuerit, deinde petat partem illam, qua cecidit, repelli quidem eum exceptione rei judicatæ, quia pars in toto est, & qui totum non obtinuit, nec partem igitur obtinuit, *l.7. in princ. sup. hoc tit.* Sed si post rem judicatam ei accreverit socii pars altera ususfructus, & eam petat, non repelli eum exceptione rei judicatæ, quia de ea parte, quæ post accrevit, judicatum non est. Ex quo intelligimus ususfructus C partem forte deficiente, & repudiante collegatario, accrescere etiam non habenti partem suam, etiam ei, qui partem suam amisit, re adversus eum judicata, ut *l.interdum, de usufr. accresc.* hac ratione, quia pars ususfructus non accrescit parti, sed personæ; quæ modo in usufructu partem habuerit, licet eam nunc non habeat judicio amissam. Ususfructus enim est jus, quod personæ cohæret, quod personam sequitur, non rem. Et in hac causa etiam nostri auctores notant, usumfructum non obtinere instar rei, aut proprietatis: usumfructum pro parte rei non computari. Quandoquidem si rei partem petiero rei vindicatione, quæ dominii, sive proprietatis lis est, nec obtinuero, deinde alteram ejusdem rei partem petam quasi accreverit mihi, forte repudiante collegatario, proculdubio mihi obstabit exceptio rei judicatæ, quia pars rei parti accrescit, non personæ, & non habenti D igitur partem suam, pars altera, pars collegæ accrescere non potest, *l.si Titio, §.ult. de usufr.* Itaque hac in causa ususfructus non est pro parte rei: alia est rei petitæ conditio, alia ususfructus.

AD *§. Actiones.* Sequitur in eadem lege *§. actiones*, differentia inter actionem in rem, & actionem in personam. Quod si eadem res mihi debeatur ex variis causis, actione in personam, veluti ex stipulatu, & ex testamento, vel ex empto, & vendito, & una earum egero, veluti actione ex empto, vel actione ex stipulatu, vel actione ex testamento, non possum agere in personam, nisi expressa causa litis, expressa causa obligationis: Atque ita ergo si ex una causa egero, nec obtinuero, non prohibeor postea agere ex altera causa, nec agenti mihi ex altera causa obstat exceptio rei E judicatæ, quia non est mihi eadem causa petendi, quæ fuit priori judicio. At si rem petiero meam esse actione in rem, sive rei vindicatione, quo genere agere possum generaliter, non expressa causa dominii, simpliciter adserendo me ejus rei, de qua ago, dominum esse, & ita si rem petiero meam esse, non expressa causa, ex qua rem meam esse dicebam, & litem amisero, postea expressa causa dominii, veluti, quod res à domino mihi vendita, & tradita sit, causa, inquam, vetere, non nova, quæ mihi obvenerit post rem judicatam. Si, inquam, postea expressa causa dominii, vetere quadam, non nova, eandem rem vindicavero, vindicanti mihi obstat exceptio rei judicatæ, quia priori petitione, quam concepi generaliter, nulla expressa causa dominii, omnes causas adquirendi dominii videor in judicium deduxisse,

xisse, ut *l.11.§. pen.sup. hoc tit.* Et ratio varietatis, seu differentiæ hujus ex eo pendet, quod eadem res ex pluribus causis nobis deberi potest, ex pluribus obligationibus, ex pluribus contractibus, *l. non est novum, de action. emp.* At non nisi ex una causa res nostra esse potest, *l.3. §. ex plurimis, de adquir. possess.* Dominii causa duplicari, aut multiplicari non potest: qui semel rei factus est dominus, amplius ejusdem rei dominus fieri non potest: dominii causa non recipit incrementum, *§. sic itaque discretis, Instit. de action.* Obligatio personalis recipit incrementum: qui mihi obligatus est, magis atque magis obligari potest ad rem eandem. Et hoc etiam repetitur in *l. 159. de reg. jur.* quæ conjungenda est cum hoc §. Recte autem ponit in hoc §. petitorem egisse in rem non expressa causa dominii: nam si causam expresserit, veluti causam legati per vindicationem relicti, quamvis hoc judicio superatus fuerit, postea si agat expressa alia causa dominii, veluti donationis causa, non debet submoveri exceptione rei judicatæ, quia hanc causam in prius judicium non deduxit. Quæ est sententia l.11.

AD *§. ult.* Quod est in *§. ult.hujus legis*, apertissimum est: *Eum, qui egit interdicto de possessione*, forte interdicto uti possidetis, vel utrubi, possessionem suam esse vocans, licet causam hanc possessionis non tenuerit, postea agentem de proprietate actione in rem, non repelli exceptione rei judicatæ, quia alia res est proprietas, alia possessio: nihil habet commune proprietas cum possessione, *l. naturaliter, §.5. de adquir.possess. l.3. in fi. uti poss. l. 9. de sentent. & interl. omn. jud.*

Ad L.XVII. de Except. *Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petat: quia & diversa corpora sunt: & causa restitutionum dispares, non nocebit exceptio.*

HIs adjungamus, quod de eadem exceptione etiam proditum est ex hoc libro in *l. 17. de except.* Species legis hæc est: Petii viam per fundum Sempronianum, quem tuum esse constabat, ad fundum Titianum quasi meum, quem tamen tu possidebas, non ego, nec obtinui. Deinde peto à te fundum Titianum, quem tu possides actione in rem, an obstabit mihi exceptio rei judicatæ, quod priori judicio ceciderim? Minime: Quia, ut recte Paulus ait, *diversa sunt corpora*, quia non est idem corpus, quod demonstratur, quod denuo petatur: diversa sunt corpora, fundus Titianus, & fundus Sempronianus, à quo viam fundo Titiano deberi dicebam, vel locus viæ in fundo Semproniano, & dispares etiam sunt restitutionum causæ: dispar exitus horum duorum judiciorum, quia petito fundo, restituitur res: petita via, cautio præstatur, *l.qui restituere, de rei vindicat. l.pen. de aqu. quotid.& æst.* Potest autem via mihi non deberi ad fundum Titianum per fundum vicini, & fundus tamen Titianus esse meus. Ergo & si non obtinuero judicio de via, obtinebo forte sequenti judicio de proprietate. Hæc est sententia perspicua admodum l.17. quæ vulgo tamen male accipitur de exceptione præjudiciali.

Ad L. CLXII. de Reg. jur. *Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.*

REstat nunc ex hoc libro tantum *l.162. de regul.jur.* quæ est etiam aptanda ad præscriptionem, sive exceptionem rei judicatæ hoc modo: Si duo sint coheredes, à quibus servo relicta sit fideicommissaria libertas, & servus eam petat ab uno ex heredibus, non etiam ab altero, & obtineat, quamvis altero servum petente in servitutem, ei non obstet exceptio rei judicatæ, summo jure, subtili jure, quia inter eum & servum res judicata non est: propter necessitatem tamen, cui plane succumbimus, ut eleganter ait *l. pen. §. ult. de excusat. tut.* propter necessitatem, inquam, quia libertas pro parte præstari non potest, ut ostenditur in *l. judicatæ, de except. rei judic.* ex qua sumo conveniens exemplum ad hanc leg.162. propter hanc necessitatem rei, quia libertas individua est, pro qua judicatum est priore judicio, repelletur alter coheres, qui hominem in servitutem petit exceptione rei judicatæ. Hoc in libertate propter necessitatem receptum est, quia divisionem non recipit, quæ ratio necessitatis etiam redditur in aliis omnibus rebus individuis, *l.10. §.1. comm. divid.* Non debet igitur, ut est proditum in hac regula juris, quod ita propter necessitatem receptum est, trahi ad argumentum, εἰς ὑπόδειγμα: non debet, inquam, trahi ad alias res, quæ petitæ fuerunt ab uno ex coheredibus, non etiam ab altero, videlicet si divisionem recipiant. Et hoc est, quod ait. *Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.*

JACOBI CUJACII J.C.

In Lib. LXXI. PAULI AD EDICTUM, *RECITATIONES SOLEMNES.*

SEQUITUR, ut veniam ad Librum LXXI. Liber LXX. fuit de exceptione doli generali, quæ concurrit cum aliis exceptionibus. Hic liber est de exceptione speciali, quæ soli competit reo ob dolum malum actoris. Est etiam de plerisque aliis exceptionibus, veluti de exceptione jurisjurandi, de exceptione litigiosi, de exceptione quod libertatis onerandæ causa factum sit.

Ad L.I. de Dol. mal. excep. *Quo lucidius intelligi possit hæc exceptio, prius de causa videamus, quare proposita sit, deinde quemadmodum dolo fiat. Per quæ intelligemus, quando obstet exceptio, deinde adversus quas personas locum habeat. Novissime inspiciemus intra quæ tempora competit exceptio.*

Ad §. Ideo autem *hanc exceptionem prætor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis, contra naturalem æquitatem prosit.*

Ad §. Sed an dolo *quid factum sit, ex facto intelligitur.*

Ad §. Et quidem dolo *fit tam in contractibus, quam in testamentis, quam in legibus.*

AC de exceptione doli mali primum docet hoc libro Paulus: quare proposita sit in *l.1. de dol. except.* quod & fecit superiori libro de exceptione rei judicatæ, *l. 6. de except. rei judic.* Deinde exponit quemadmodum quid à parte actoris fiat per dolum malum, ut hoc cognito simul etiam cognoscatur, quibus casibus huic exceptioni locus sit. Hoc explicabitur *inf. in l.5.* latius. Tum exponit adversus quas personas hæc exceptio locum habeat. Ad quam partem respicit *l.6. de except.* quæ est ex hoc libro. Et docet hanc exceptionem dari non tantum adversus eum, qui dolum malum admisit, sed etiam adversus successorem ejus, sive sit successor universi juris, universorum bonorum (veluti heres, aut bonorum possessor) sive successor unius rei, veluti legatarius, aut donatarius, vel quis alius, qui in dominium unius rei succedit, qui successerit in dominium unius rei ex causa lucrativa: ut legatum est causa lucrativa, donatio causa lucrativa, quia nihil ob eam rem legatario, vel donatario abest: huic, qui successit in rem ex causa lucrativa, nocet exceptio doli ex persona auctoris sui, veluti ex persona testatoris, ex persona donatoris. At non nocet etiam emptori rei, vel ei, qui vicem emptoris obtinet, qui ex lucrativa causa rem non habet, quia emptor ex lucrativa causa rem non habet, quia ei pretium abest. Is, qui permutavit rem, ex causa lucrativa non habet, quia pro ea aliam rem dedit. Iis, inquam, successoribus in rem, qui rem non habent ex causa lucrativa, non nocet exceptio doli ex persona auctoris sui, si ipsi dolo careant, *l.4. §. si quis autem, & §. auctoris, hoc tit.* Et in hac re igitur distant valde ii, qui rem habent ex causa lucrativa ab iis, qui rem habent ex causa onerosa. Qui tamen in jure usucapionis nihil inter se distant, nam & iis, qui causam lucrativam, & iis, qui causam onerosam habent, nihil nocet mala fides auctoris sui, quo minus usucapere possint, si ipsi bona fide rem acceperint,

rint, nec ex persona auctoris sui utuntur accessione temporis, qua de re agitur in *l. an vitium, de divers. & temp.præsc.* Non nocet etiam exceptio doli mali parentibus, aut patronis, nec si quid ipsi dolo malo fecerint, si eam opponant liberi, aut liberti: sicut nec actio de dolo in eos intitui potest, *l. potest, §. adversus, hoc tit. l. licet, de obs. par. aut pat. præst.* Non nocet etiam exceptio doli iis, qui dignitate excellunt, si iis humiliores exceptionem hanc opponant. Non nocet etiam iis, qui vitæ sunt emendatioris, si à flagitiosæ vitæ hominibus opponatur, l. *non debet, de dolo.* Non ergo adversus omnes personas exceptio doli mali locum habet, nec doli quidem proprii. Et novissime docet Paulus, intra quæ tempora hæc exceptio competat in *l. 5. §. ult. hoc tit.* quæ est etiam ex hoc libro, ubi id explicabitur. Rationem autem proponendæ hujus exceptionis, hanc esse dicit in *l. 1. ne cui dolus suus*, ne cui malitia, aut machinatio sua (addere licet, & dolum socii ex *l. si duo, si quis caut.*) Ne cui, inquam, dolus suos per occasionem, inquit, *juris civilis prosit contra naturalem æquitatem*, ne quis ex dolo suo lucretur, quæ fuit etiam ratio introducendæ actionis de dolo, *l. 2. in princ. hoc tit.* Ait per occasionem juris civilis, ut *l. ult. C. pro empt.* Si pupillus rem suam vendiderit sine tutoris auctoritate, quæ venditio ipso jure non valet, & pecunia emptoria locupletior factus fuerit, eandem rem post pubertatem vindicanti obstare exceptionem doli mali, *ne occasione juris*, quo irrita venditio constituitur à pupillo facta sine tutoris auctoritate, *ad iniquum compendium trahatur*. Occasione juris sæpe abutimur, ei adhærendo nimis contra æquitatem naturalem. Unde & sæpe qui occasione juris summi liberati sunt, in eos tamen ex æquitate datur actio, *l. si ex duob. §. 1. de pecul.* Summum jus plerumque est summa iniquitas. Docet etiam Paulus in hac l. 1. quibus modis quid fiat dolo malo: id deprehendere, & percipere facile esse ex facto, id est, ex qualitate rei gestæ, ex insidiis, *l. dolus, l. si voluntate, C. de resc ind. vend. l. dolum, C. de dolo*, dolum probari ex perspicuis insidiis. Ubi male Accursius legit *indiciis*, pro *insidiis*, ut jampridem memini me docere. Et exempla vero multa admissi doli Paulus exponit in l. 5. per quæ intelligere licet, quando hæc exceptio competit. Iis adjicit Paulus in hac *l. 1. dolum admitti non tantum in contractibus*, ut puta, si quis aliquem deceperit, ut stipulanti promitteret, quod non debebat promittere, vel ut stipulanti aliter quid promitteret, quam convenerat, *l. si quis cum aliter, de verb. obligat.* sunt innumera ejus rei exempla. Sed non admitti dolum tantum, aut dolo non fieri tantum in contractibus, sed etiam in testamentis, ut puta, si quis sciens dolo malo in fraudem alterius testamentum deleverit, aut mutaverit, aut mutari à testatore prohibuerit. Unde & illa in testamentis cautio, sive clausula, *dolus malus abesto*, in antiqua inscriptione urbis Romæ, qua parte testamenti quadam additur, *dolus malus abesto, & vafer*, scilicet, Jurisconsultus. Denique si quis ex testamento quid dolo malo petat contra voluntatem testatoris, l. 4. *§. præterea, hoc tit.* dolo etiam fieri in legibus, ut si heres scriptus in fraudem legis Juliæ, & Papiæ tacitam fidem accommodaverit restituendæ hereditatis, legative præstandi ei, qui capere non potest si quis interpretationem legum circumveniat, *l. ita fidei, de jure fisci*, si leges calumnietur, & verba earum captet, *l. pen. de exbib.*

Ad L.III. de Doli except. *Item si ob id, quod antequam dominium ad me transferatur, venditori dederim decem, & agam ex empto, ut decem recipiam: ita puto competere mihi actionem, si paratus sim ex dupla stipulatione eum liberare.*

Sequitur l. 3. quæ de statulibero loquitur, cui scilicet testamento directa libertas relicta est sub conditione, *si heredi decem dederit*, quæ conditio si eum heres vendiderit (statuliber vendi potest interim dum pendet conditio) si, inquam, heres eum vendiderit, antequam conditionem impleverit, conditio impleri potest in personam emptoris ex *l. 12. tabul. l. statuliberi, §. ult. de statulib.* si modo emptor dominium ejus nactus sit, id est, si traditus ei homo à venditore fuerit: traditione transfertur dominium rei emptæ, non emptione nuda. Et species *l. 3.* hæc est: heres mihi ignoranti hujusmodi statuliberum vendidit quasi servum, non statuliberum, & stipulatus sum ab eo duplam evictionis nomine, si is homo mihi quandoque evinceretur: servus decem dedit heredi, eidemque venditori meo, atque ita protinus ereptus, sive evictus est in libertatem ex judicio defuncti directo, antequam mihi traderetur, id est, antequam dominium ejus in me translatum esset. Post traditionem, translato dominio in emptorem, non recte fuisset in persona venditoris impleta conditio, quæ debuisset impleri in persona emptoris. Nunc si agam ex empto cum venditore, ut decem recipiam, quæ habuissem, si mihi servus traditus fuisset, quæ forte tanti, aut pluris sunt, quam servus ipse, ut, inquam, decem recipiam vice ipsius servi, quia ut servum ipsum recipiam, qui jam pervenit ad libertatem, rite impleta conditione in venditoris persona agerem frustra, & agendo ex empto, ut decem recipiam, paratus non sim venditorem liberare ex stipulatione duplæ, qua mihi obstrictus evictionis nomine, summovebor exceptione doli mali, quia iniquum est, & pretium hominis me ferre in duplum, & decem, quæ venditori dedit quasi pro capite, sive libertate sua. Et hæc est sententia legis 3. Ex qua, quod valde notandum rectissime sentiunt, qui colligunt, non tantum re evicta emptori post traditionem committi stipulationem duplæ. Quid enim refert, quo tempore res evincatur? nam & quæ evincitur venditori, emptori, qui de ea sibi tradenda actionem habet, quodammodo evinci videtur. Id enim quisque apud se habere videtur, de quo actionem habet, *l. is apud se, de verb. sign.* quæ est notissima. Et eleganter Cyprianus quodam loco: *Mercatorem dum emit, tametsi merces suas nondum habeat, eas tamen se habere reputare*. Si venditor per contumaciam rem non tradat emptori, competit tantum actio ex empto in id, quod interest, si ob id rem non tradat, quod evictam sibi tradere non potest, quia tam emptori, quam illi evicta est: competit emptori actio ex stipulatione duplæ, & in hanc rem hic locus singularis est. Cui nihil adversatur, quod sæpe legitur in jure, *duplæ stipulationem committi, si res, quæ tradita est emptori, evincatur*. Nec enim ideo sequitur, & eam quoque non committi, si res evincatur venditori ante traditionem, quod nec negari potest: cum in æquo sit, rem evinci emptori, aut evinci auctori suo quandoquidem sive evincatur sententia judicis, rei judicatæ exceptio, quæ nocet venditori, noceat etiam emptori, *l. exceptio, de except. rei judic.* sive evincatur ipso jure, ut in specie proposita, impleta conditione, statulibero, qui ante venerat perducto ad libertatem, libertatis causa adversus omnes superior potentiorque semper erit.

Ad L.V. eod. *Pure mihi debes decem, ea tibi sub conditione legavi: Interim heres si petat, doli exceptione non est summovendus, cum possit etiam deficere conditio. Itaque legatorum stipulationem interponere debebit, sed si non caveat heres, doli exceptione summovebitur: Expedit enim legatario retinere summam, quam mitti in possessionem rerum hereditariarum.*

Ad §. Si cui sit legata *vis, & is, lege Falcidia locum habente, totam eam vindicet, non oblata æstimatione quartæ partis: summoveri eum doli exceptione, Marcellus ait, quoniam suo commodo heres consulit.*

Ad §. Si donavi alicui rem, *nec tradidero, & ille, cui donavi, non tradita possessione, in eo loco ædificaverit me sciente, & cum ædificaverit nactus sum ego possessionem, & petat à me rem donatam, & ego excipiam, quod supra legitimum modum facta est: an de dolo replicandum est? dolo enim feci, qui passus sum eum ædificare, & non reddo impensas.*

Ad §. Actoris, qui exigendis *pecuniis præpositus est, etiam posterior dolus domino nocet.*

Ad §. Si servus venit *ab eo, cui hoc dominus permisit, & redhibitus sit domino: agenti venditori de pretio, excepti opponitur redhibitionis, licet etiam is, qui vendidit, domino pretium solverit. Etiam merces non traditæ exceptione summovetur, & qui peculium domino jam solvit. Et ideo is, qui vendidit,*

Digitized by Google

dit, agit adversus dominum. Eandem causam esse Pedius ait ejus, qui negotium nostrum gerens vendidit. A

Ad §. Si eum, *qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo: non poteris adversus petentem uti exceptione: quoniam creditor suum petit. In eadem causa est maritus: nec hic enim debet exceptione summoveri, qui suo nomine agit. Numquid ergo nec de dolo mulieris excipiendum sit adversus maritum, qui dotem petit, non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset, nisi jam divertit? Itaque condictione tenetur debitor, qui delegavit, vel mulier, ut vel liberet debitorem, vel si solvit, ut pecunia ei reddatur.*

Ad §. Non sicut *de dolo actio certo tempore finitur: ita etiam exceptio eodem tempore danda est: Nam hæc perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure: is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.* B

SEquuntur multa alia de hac exceptione in *l.5. h. tit.* ex quibus duo tantum explicabo. Legavi tibi sub conditione certa decem, quæ mihi pure debebas. Pendende conditione, si heres à te decem petat, jure petet, nec jure repelletur exceptione doli mali: quia conditio legati deficere, & legatum non deberi potest. Verum hoc ita procedit, ut interim heres recte decem petat, quæ pure debentur, si paratus legatario, eidemque debitori cavere legati nomine, id nempe, quum conditio extiterit præstitum iri: alioquin si nolit cavere, repelletur exceptione doli mali, quia, quod notandum, legatario, eidemque debitori commodius, & utilius est decem retinere, quæ debet, quam herede non cavente legati nomine, mitti, ut fieri adsolet, in possessionem rerum hereditariarum. Utilior est retentio pecuniæ C debitæ, quam post solutam eam pignus prætorium, quod missio in possessionem rerum hereditariarum constituit, herede cessante in præstanda auctione vulgari legati nomine. Et hoc proponitur initio hujus legis 5. Quod ait: Interim, id est, pendente conditione legati ab herede decem peti posse oblata cautione legati, pugnare videtur cum *l. pecuniam, de reb. cred.* Et res digna est, quæ luculenter explicetur. Lex *pecuniam* ait. Eum, qui pure stipulatus est sibi decem dari, eum, cui debentur pure decem ex stipulatione, si postea jussu ejus debitor eam pecuniam Titio, id est, alteri promiserit sub conditione, interim decem, eum, cui pure promissa sunt, primum scilicet stipulatorem petere non posse. Cur tamen debitori decem, quæ debet, legatis sub conditione, heres, cui eadem decem pure debentur, interim ea petere potest? Placet valde quod Accursius observat, hanc D legem 5. *in princ.* loqui de legatario conditionali: Neque enim eadem est ratio legatarii, & stipulatoris conditionalis: nec tamen placet ratio differentiæ, quam Accursius adfert, quæ nec Bartolo placuit. Verior enim ratio diversitatis hæc est: Quia legatarius conditionalis non est creditor, propterea quod dies legati nondum cessit, & ideo non potest petitionem heredis, cui pure debetur, remorari, maxime offerentis cautionem legati nomine. Stipulator autem conditionalis est creditor, quia statim, atque interposita est stipulatio vires accipit, licet conditio nondum extiterit, *l. ususfructus, de stipul. serv. l. is, cui sub conditione, de oblig. & act.* stipulator, inquam, conditionalis est creditor, etiam interim: & merito igitur eum, cui eadem summa pure debetur, remoratur à petitione ejus summæ.

AD *§. Si cui.* Facilior est *§. 1. hujus leg.* Si lege Falcidia E interveniente, is, cui via legata est, totam viam petat, non oblata æstimatione Falcidiæ, repellitur exceptione doli mali, ut *l.7. ad l. Falcid.* quia plus petit, & incommodo heredem adficere tentat, petendo viam totam. Contra heres excipiendo de dolo, ut ait, suo commodo consulit. Æstimatur hoc casu via tota quanti sit, vel quanti venire possit, & ejus æstimationis offertur pars quarta pro Falcidia, & ita legatarius recte vindicat viam totam, non aliter. Stulti sunt, qui ipsios viæ quartam partem offerendam esse somniant, quia via est individua, nec potest scindi in partes, cum sit res incorporea. Stultiores etiam sunt, qui censent offerendam esse quartam partem loci, per quem via debetur. Quia alia res est via, qua de agitur, alia locus: hic res corporalis; illa res incorporalis: hic scilicet locus non est in legato, illa est in legato. Reliquas species doli, quæ proponuntur in hac l.5. persequar die crastina.

AD *§. Si donavi.* Exposui initium *l.5. de doli except. & §.1.* Sequitur, ut exponam *§. si donavi,* cujus §. species hæc est. Donavi tibi fundum, cujus pretium exsuperabat modum legis Cinciæ, quem scilicet lex Cincia imposuit donationibus, ne in infinitum donare liceret. Fundum itaque magni pretii, immodici pretii donavi tibi, sive promisi stipulanti donationis causa, aut cum esses mihi ex liberis, aut parentibus, donavi tibi eum fundum nuda voluntate, necdum tradidi. Donatio inter parentes, & liberos perficitur nuda voluntate, nudo consensu, nudo pacto ex constitutione Divi Pii: hodie etiam inter omnes, ut notissimum est ex constitutione Justiniani. Ante Justinianum donatio non perficiebatur nuda voluntate sine traditione, aut mancipatione, nisi, ut dixi, inter parentes, & liberos ex constitutione Divi Pii, quo casu ex pacto nascebatur actio, *l.4. C. Theod. de don.* Tu vero in eo fundo ædificasti me sciente, & patiente, atque ita nactus es possessionem fundi: post, casu quodam, possessio ejusdem fundi ad me rediit: si mecum agas ex stipulatu, vel ex pacto, & fundum petas totum quasi tibi donatum, ego vero opponam tibi exceptionem immodicæ donationis, quo de genere exceptionis agitur in *§. si eum, qui, inf. hac l. & in l.21. & 24. de donat.* cujus formula hæc est: *Quod supra modum legis Cinciæ donatio facta sit.* Lex enim Cincia certum modum donationibus imposuit, de quo & in *l.9. §.1. & l.11. & l.23. eod. tit.* Si, inquam, tibi petenti totum fundum ex causa donationis, opponam exceptionem immodicæ donationis, in eo, quod excedit modum legis Cinciæ, tu merito replicabis de dolo malo, si non reddam tibi impensas ædificii, quia me sciente ædificasti: si me ignorante ædificasses, non posses tibi servare mercedes fabrorum, & cæteros sumptus in ædificando factos, per replicationem doli mali, sed quia me sciente, & volente quodammodo eos sumptus fecisti, recte eos tibi servabis in hac specie, opposita replicatione doli mali. Unde notandum est valde id quod dicitur, eum, qui ædificavit in alieno fundo, impensas sibi servare posse per retentionem, domino vindicanti opposita exceptione doli mali, *l.14. inf. hoc tit. l. 14. comm. divid. l. 32. §. Lucius, de usufruct. leg. l. idque, §.1. de act. empti, l. si in area, de cond. indeb. §. certe illud, Instit. de rer. divis.* Id ita procedere, si sciente, & patiente domino soli ædificaverit, non si invito, aut ignorante domino. Et in hanc rem hic §. valde est singularis.

AD *§. Actoris.* In *§. actoris* de servo actore agitur, non qui præpositus est rebus omnibus, non qui positus est supra res, & rationes omnes domini sui, sed qui præpositus tantum est pecuniis exigendis domino debitis, & hujus actoris servi ait, posteriorem dolum domino nocere. Quæ verba sunt obscura, neque enim apparet quid hic faciat ille articulus *etiam,* nec cujus doli comparatione, posteriorem dolum dicat. Neque vero quisquam est, qui id liquido explicet. Puto verba sic esse ordinanda: *Etiam actoris, qui præpositus tantum est exigendis pecuniis, posteriorem dolum domino nocere.* Ac præterea puto, ut in *§. sequ.* Paulus tractat de procuratore specialiter dato ad agendum in rem alienam, ita & ante hæc verba, *actoris, qui exigendis pecuniis, &c.* tractasse Paulum de eodem procuratore, in hoc dato specialiter, ut ageret cum debitoribus mandatoris, & docuisse Paulum, dolum ejus procuratoris, non quidem priorem, quem admiserat ante litem contestatam cum debitoribus domini, sed posteriorem tantum, sive præsentem, ut loquitur *l.4. §. quæsitum 2. sup. hoc tit.* & ibi Basilica recte interpretantur, *τὸν μετὰ προκάταρξιν:* dolum scilicet admissum post litem contestatam cum debitoribus domini, domino nocere opposita exceptione doli mali, ex persona procuratoris, qui quid in lite fecit dolo malo. Et mox subjecisse Paulus videtur quod exstat hoc loco, *etiam actoris, qui exigendis pecuniis præpositus est,* nedum procuratoris dati ad agendum posteriorem dolum, id est, dolum admissum, posteaquam pe-

cu-

cunias exigere cœpit, vel admissum in pecuniis exigendis, A sicut procuratoris dolum admissum, posteaquam de pecuniis domino debitis agere cœpit, domino nocere. Et hac in re scilicet distare procuratorem specialiter datum ad agendum à procuratore omnium rerum, cui generaliter libera rerum administratio commissa est. Illius posteriorem tantum dolum: hujus, qui generale mandatum habuit, dolum omnem, id est, tam priorem, quam posteriorem domino nocere, ut *d. §. quæsitum*. Ac præterea illum, qui speciale tantum mandatum habet ad agendum, agere tantum posse cum debitoribus domini. Hunc, qui generale mandatum habet, & agere, & exigere, & novare, & aliud pro alio permutare posse, ut etiam ex hoc libro Pauli proditum est in *l. 58. de procur.*

Ad L. LVIII. de Procur. *Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, aliud pro alio permutare.* B

UBi tamen in Florentinis deest verbum *novare*, quod aliæ editiones agnoscunt, atque etiam Basilica, in quibus ita est, καὶ *μετατιθέναι*, quod est novare, καὶ *ἀνταλλαγὴν ποιεῖν*, *quod est permutationem facere*. Itaque in Florentinis verbum illud deest, non abest, sed deest. Et adde ad d. *l. 58.* eum etiam, qui generale mandatum habet, solvere posse creditoribus domini, *l. 59. eod. l. quodlibet, de solut.* & institorem præponere posse, *l. 6. de instit. act.* & societati renuntiare, *l. 65. §. renuntiare, pro soc.* & jusjurandum deferre, *l. 17. §. ult. de jurejur.* Eadem vero differentia constituenda inter actorem ad pecunias exigendas constitutum tantum, & actorem omnium rerum domini sui. Illius actoris, C qui specialiter constitutus est ad pecunias exigendas, dolus tantum posterior domino nocet: hujus autem actoris, cui generaliter omnes domini res commissæ sunt, & prior, & posterior dolus domino nocet. Nihil est apertius.

AD *§. Si servus L. V. de doli excep.* Species hæc est: Procurator, cui specialiter mandaveram, ut Stichum servum meum vẽderet, eum vendidit, & mox redhibitus est mihi ob morbum, aut vitium aliquod latens: post redhibitionem, quæ omnino emptionem venditionem rescindit, si procurator cum emptore agat de pretio actione ex vendito, repelletur exceptione redhibitionis, ut ait, quæ est doli mali, *l. 59. de ædil. edic.* Repelletur, inquam, hac exceptione, quamvis jam ipse pretium mihi prorogaverit ex arca sua, nondum acceptum ab emptore, sed ego illi tenebor actione mandati contraria, ut id, quod pretii nomine de suo mihi prorogavit, ei D restituam, quia redhibitione facta, perinde omnia in integrum restitui debent, atque si neque venditio, neque emptio intercessisset, *l. 60. de ædil. edic.* Eodemque modo procuratori, qui servum, vel quamlibet rem vendidit mandatu domini, necdum tradidit emptori, licet jam pretium de suo domino solverit, agenti de pretio adversus emptorem actione ex vendito, obstat exceptio mercis non traditæ, rei, quæ venit, non traditæ, cujus formula hæc exstat in *l. qui pendentem, de act. emp. Si ea pecunia, qua de agitur non pro ea re petitur, quæ venit, neque tradita est*. Hæc est exceptio mercis rei non traditæ. Verum actione mandati à domino consequitur quod ei prorogavit. Idemque subjicit in hoc §. omnino servari in procuratore voluntario, qui vendendi mandatum non habuit, id est, in negotiorum gestore. Nam & hic re domino redhibita, vel non tradita emptori, E si pretium petat ab emptore, repelletur, licet domino solverit pretium de suo. Eo tamen nomine in dominum salva ei est & integra actio mandati contraria.

AD *§. Si eum, qui.* Explicabimus etiam *§. si eum, qui*, qui est pen. *§. ult.* reservabimus crastinæ recitationi. Sunt elegantes, & summe notandæ omnes species, quæ proponuntur in hac lege. Species hæc est: Eum, qui mihi volebat donare ingentem pecuniam supra modum legis Cinciæ, delegavi creditori meo, cui tantundem debebam. Quæritur, an exceptio immodicæ donationis, quæ mihi opponi poterat ex l. Cincia, possit opponi creditori meo, cui donatorem de-A legavi? Et recte ait, non posse, quia creditor meus suum petit, suo nomine agit, non meo, & in promissione ei facta, nulla donatio est. Quod confirmat *l. 19. de novat.* quæ à me fuit exposita lib. 69. Et cum generaliter definivisset doli exceptionem, quæ deleganti opponi potest, cessare in persona creditoris, cui quis delegatus est, & subjecisset idem servari in similibus exceptionibus, veluti pacti conventi, rei judicatæ, jurisjurandi, quod metus causa factum sit, etiam licet addere immensæ, *vel immodicæ donationis*, vel, *quod libertatis onerandæ causa factum sit*, ex *l. 1. §. sive autem, tit. seq.* Et eodem modo, si mulier nuptura, eum, qui sibi donare volebat certam summam supra legitimum modum, marito delegaverit, ut eam summam marito promitteret dotis nomine, deneganda ei erit adversus maritum, qui dotem ab eo petit, id est, pecuniam dotis nomine promis-B sam, exceptio immodicæ, aut immensæ donationis ex persona mulieris, quia maritus quodammodo creditor est, *l. ex promissione, de obligat. & act. l. ult. §. in maritum, quæ in fraud. cred.* Qua ratione etiam ex persona mulieris exceptio doli mali marito non nocet, qui dotem persequitur sibi promissam ab eo, quem sibi mulier delegavit, cum indotatam uxorem ducturus non fuerit: namque ob id pro creditore habetur, quod pro oneribus matrimonii dotem sibi promissam persequatur suo nomine. Sed ut subjicit, si jam diverterit, si jam divortio facto solutum sit matrimonium, atque ita res sit in eam causam redacta, ut dos reddenda sit mulieri, & dotem petat à promissore sibi delegato, nondum exactam, tunc sane ex persona mulieris plane locum habebit exceptio doli mali, *l. si donaturus, in fi. de cond. caus. data, causa non sec.* At ma-C nente matrimonio marito agenti adversus debitorem mulieris sibi delegatum ab uxore dotis causa, non obstat exceptio doli ex persona uxoris, sed quia adversus mulierem tutus erat exceptione doli, integra illi erit, & salva adversus eandem mulierem condictio certi, ut repetat ab ea, quod marito solvit ex delegatione: vel condictio incerti, ut scilicet fundus, quem marito solverit, facto & opera mulieris à marito liberetur. Veluti muliere ipsa dotem solvente marito, ut *l. quum in fundo, §. ult. de jure dot.* Quod & in alio creditore quolibet servatur, cui creditor debitorem suum delegavit, ut & si adversus eum creditorem, cui debitor delegatus est, non possit se debitor tueri exceptione doli, qua se tueri poterat adversus delegantem, integra tamen sit ei condictio certi, vel incerti, integer regressus adversus delegantem, ut indemnis D damno servetur ab eo, cui delegatus est. Et nota, de creditore, vel quasi creditore, veluti marito, qui dotem persequitur, hæc dici, cui debitor debitoris delegatus est, de quo etiam nominatim loquitur *l. 19. de novat.* exposita libro 69. Nam de donatario, qui causam lucrativam habet, si debitorem suum donator delegaverit, donatario, inquam, cui donator debitorem suum delegavit, exceptio doli nocet, quæ deleganti poterat opponi, *l. Julianus, hoc tit.* Quod hic recte glossa notavit: Semper enim in hac quæstione separanda est causa lucrativa à non lucrativa: creditor non habet causam lucrativam, qui suum repetit. Itaque recte in *d. l. 19. Doli*, inquit, *exceptio, quæ poterat opponi deleganti, cessat in persona creditoris*: recte creditoris. Nam non cessat in persona legatarii, vel donatarii. Quod confirmatur etiam *l. 6. de except.* quam ex-E posuimus.

Ad L. XIV. de Donat. inter vir. & uxor. *Quod si vir uxori, cujus ædes incendio consumptæ sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum ædificii exstructio postulat.*

PAulus in *l. 5. de doli except.* varias proposuit species, in quibus locum habet exceptio doli mali, quibus, priusquam veniam *ad §. ult. d. leg. 5.* qui expediendus restat ex eodem libro, adjiciam alias duas species. Priorem sumam ex *l. 14. de donation. inter vir. & uxor.* Donationes factæ inter virum, & uxorem non valent, nisi certis ex causis, veluti si fiant manumissionis, aut sepulturæ

Digitized by Google

turæ gratia, aut divortii, aut exilii, aut mortis causa: quæ non valent, revocantur per rei vindicationem, si res donatæ existent, vel si consumptæ sint, per condictionem sine causa, vel ex injusta causa, *l. 5. §. ult. & l. 6. hoc tit. de donat. inter vir. & uxor.* quæ valent si repetantur, obstat exceptio doli mali, ut in specie hujus legis 14. Si vir uxori, cujus ædes incendio consumptæ erant, pecuniam donaverit, qua eas reficeret, donatio valet. Quia ea tantum donatio non valet, ex qua is, cui donatur, locupletior fit, quod multæ admodum leges ostendunt in hoc titulo. At mulier ex ea pecunia non videtur facta locupletior, quæ tantum amiserat, quantum accepit. Pecunia scilicet, quæ illi donata est à viro in refectionem diruti consumptive ædificii, non auget patrimonium mulieris, sed supplet tantum, vel explet lacunam, quæ patrimonio mulieris contigerat. Itaque repetenti marito eam pecuniam merito opponetur exceptio doli mali: *quod dolo malo faciat, qui rite perfectam donationem revocat.*

Ad L.II. Jud. solvi. *Cum lite mortua nulla res sit: ideo constat, fidejussores ex stipulatu judicatum solvi non teneri.*

ALiam speciem suppeditat *l. 2. judicatum solvi*, quæ est etiam ex hoc libro. Si pro lite reus satisdet judicatum solvi, cui stipulationi inest etiam clausula de re defendenda, & de dolo malo, *Lite mortua*, ut ait, *quia jam nulla res est*, quæ defendi possit, fidejussores ex stipulatu non tenentur, cum effectu scilicet, quia stipulatori obstat exceptio doli mali. Et *mori* dicitur lis, ut *l.3. quæ in fraud. cred.* generaliter quidem, quæ finita est solutione, transactione, vel acceptilatione, *l.13. inf. hoc tit.* vel lege concessis novis tabulis, ut vocabant, vel absolutione, *l. pen. de dolo*, vel adrogatione ejus, quo cum agebatur, *l. 11. de judic.* Sed specialiter, & proprie mori dicitur lis lapsu temporis, constitutione præfinito ad finiendas lites, *l. properandum, §. hujusmodi, C. de judic.* Atque ita lite mortua, id est, lite non finita intra præfinitum tempus, quod hodie est triennium, intra quod unaquæque lis finiri debet: lite, inquam mortua, transactis legitimis temporibus, finiendis [illegible] præfinitis, quia jam nulla res est, quæ defendi possit, [illegible] fidejussores, qui judicatum solvi spoponderant, liberantur per exceptionem doli mali. Et hæ sunt duæ species, [illegible] olim addi *d.l.5.* Restat *d.l.5. §.ult.*

AD *§. ultimum leg. 5. modo explicatæ*. In quo Paulus ostendit, quod & se hoc libro explicaturum pollicitus erat in *l. 1. hoc tit. de dol. except.* exceptionem doli finitam, & circumscriptam non esse tempore certo, sicut & actionem de dolo, quæ finiebatur olim anno utili, hodie finitur biennio: sed exceptionem doli perpetuo competere, allata etiam elegantissima ratione diversitatis inter actionem, & exceptionem: quia *actor quidem in sua potestate habet, quando utatur jure suo*, quando agat, & merito culpatur, si non agat intra legitimum tempus movendæ actioni præscriptum, *is autem, quo cum agitur, non habet potestatem, quando conveniatur*. Et ei igitur defensiones dandæ sunt, quibus uti perpetuo possit, nisi si quæ specialiter circumscriptæ sint certis temporibus, ut exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ circumscribitur hodie biennio. Exceptio igitur doli mali est perpetua. Adjectio etiam de dolo, quod notandum, puta, doli clausula, quæ adjicitur actioni de peculio: *Et si quis dolo malo captus fraudatusve fiet, l. in bonæ fid. de pecul. perpetua est*, nisi forte prætor ex causa eam non patiatur egredi tempus actionis de dolo, *l. quæsitum, §. ult. eod. tit. de pecul.* quem §. male Accursius accepit de replicatione doli, cum sit de adjectione de dolo alii actioni adplicita. Idem Accursius hoc loco docet, aliquando non expectato actore, reum provocare posse ad judicium, ultro contestando exceptionem, quam habet. Quo genere, exceptio si temporalis fuerit, perpetua fit: sicut & actionem temporalem contestatione perpetuari constat, ut exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ finitur quinquennio jure veteri, & biennio jure novo. Et hoc satis probat aperte *l. si intra, C. de non numer. pecun. & l. ult. C. de cond. ex lege*. Item notat recte Accursius, aliquando à reo creditorem interpellari, ut agat, si quid sibi deberi putet (quod studiosi urbe, in qua aliquandiu morati sunt studiorum causa, discessuri, recte facturi sunt) ne intempestive (ut glossæ referunt) multis in locis, dum conscendunt equum, dum pedem habent in stapia, ut loquitur, sic vocatur in antiquis inscriptionibus, *pes hæsit stapiæ*, atque ita dilaceratus est ab equo, Græci vocant ἀναβολαῖα, ne intempestive, inquam, in jus vocentur. Qua de re tractatur in *l. diffamari, C. de ingen. manum.* Verum hæc nihil officiunt rationi traditæ in hoc §. quod reus non habeat potestatem, quando conveniatur. Quoniam hæc raro contingunt, ut antevertat reus actorem. Et hæc ratio Pauli confirmatur etiam *l. pen. C. de temp. in integr. restitut.* Non est autem novum, ut qua ex causa actio est temporaria, ex eadem sit exceptio perpetua; nam & interdictum unde vi est annuum, exceptio de vi perpetua, *l. 5. C. de exception.* Unde & Doctores generaliter efficiunt, ea, quæ sunt temporalia ad agendum, esse perpetua ad excipiendum. Ac proinde actionem quidem rescissoriam, quæ datur iis, quorum res usucaptæ sunt, cum abessent reipublicæ causa esse annuam, *l. in honorariis, de ob. & act.* actionem autem ejus exemplo comparatam, *l. 28. §. pen. ex quibus causis major.* possessori esse perpetuam, ut ibi Odofredus notat. Nunc restat tantum ex hoc libro *l. 2. quar. rer. actio non datur.*

Ad L.II. Quar. rer. actio non datur. *Si filiofamilias delatum sit jusjurandum, & juraverit, patrem suum dare non oportere: danda est patri exceptio.*

Ad §.Si in alea *rem vendam, & ludam, & evicta re conveniat: exceptione summovebitur emptor.*

Ad §.Si servus *promittat domino pecuniam, ut manumittatur, cum alias non esset manumissurus dominus, eamque liber factus spondeat: dicitur, non obstare exceptionem patrono, si eam petat: non enim onerandæ libertatis causa hæc pecunia promissa est: alioquin iniquum est, dominum & servo carere, & pretio ejus. Totiens ergo onerandæ libertatis causa pecunia videtur promitti, quotiens dominus manumisit, & propterea velit libertum pecuniam promittere, ut non exigat eam, sed ut libentius eum timeat, & obtemperet* ei.

QUæ est de exceptione jurisjurandi, & de exceptione, quod in alea gestum sit, & de exceptione, quod libertatis onerandæ causa factum sit. Si patre litigante cum creditore, filiofamilias ejus delatum sit jusjurandum, & filius juraverit patrem dare non oportere, patri prodest exceptio jurisjurandi, ut *l. ult. de except.* sibique imputabit adversarius, quod filiofamilias jusjurandum detulerit. Et ita etiam exceptio pacti, si filiusfamilias pactus sit æs alienum à patre non peti, prodest, *l. si tibi, §. ult. & seq. de pact.* Jusjurandum pro pacto cedit, *l. tutor, de jurejur.* Et hoc est, quod pertinet ad initium hujus legis.

AD *§.Si in alea*. In §. 1. agitur de exceptione, quod in alea gestum sit, de qua & in *l. in exceptionibus, de probation.* Si in alea rem vendam, ut ludam, & emptori ea res evincatur, emptori agenti, etiam ex empto evictionis nomine, obstat exceptio, quod in alea gestum sit, quia sibi imputare debet, qui in alea, lusu prohibito, vetito legibus, emit rem à lusore, qui pecuniam mox aleæ permissurus erat. Quo argumento etiam recte dices, & in alea creditæ ad ludendum efficacem repetitionem non esse. Obstare enim hanc exceptionem *quod in alea mihi credideris*. Et hujus rei argumentum præbet *l. quod si minor, § restitutio, de minoribus.* Et est summe notanda.

AD *§. ult.* In §. ult. hujus legis 2. agitur de exceptione, quod libertatis onerandæ, vel opprimendæ causa factum sit, de qua & in *l. 1. h. t. & l. 7. de excep.* Cui exceptioni locum esse Paulus docet, non si servus domino pecuniam promiserit pro capite, ut fieret liber, quoniam hæc conventio licita est, & frequentissima: sed si servo ultro manumisso,

postea

postea dominus pecuniam ab eo stipuletur, non tam, ut eam exigat, quam ut libertum sibi devinctum, & obnoxium habeat, quo plus eum libertus revereatur, aut timeat, quove magis ei obtemperet, quæ res maxime onerat libertatem. Atque ideo, & hæc conventio rata non est. Nam si ex ea dominus agere pergat, repelletur exceptione, *quod libertatis onerandæ causa factum sit*, de qua exceptione si plura scire desideras, adi, si placet, Observat. 16. cap. 8. Hic vero est finis libri 71.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXXII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

PARTEM hodie explicaturus sum Libri LXXII. post exceptiones, sive præscriptiones, de quibus scripsit tribus libris superioribus. Sequentibus aliquot libris Paulus exposuit, quæ essent communia omnium obligationum, & quo jure essent verborum obligationes, sive stipulationes, quæ cæterarum obligationum omnium firmandarum causa introductæ sunt auctore eodem Paulo *lib. 5. sentent. t. 7.* Sunt denique stipulationes [Greek] omnium obligationum. Et ut ait *l. 5. §. conventionales, de verb. oblig.* tot sunt genera stipulationum, quot pene dixerim rerum contrahendarum: namque pendent ex negotio ante gesto: nec quidquam valent stipulationes, nisi præcedat negotium aliquod, cui formando subjiciantur. Et hunc vero ordinem etiam servavit Tribonianus in Digestis. Nam post exceptiones dedit titulum de obligationibus, & actionibus, & titulum de verborum obligationibus. Et generaliter quidem de obligationibus ex hoc libro id habemus, quod extat in *l. 43. de ob. & act.*

Ad L. XLIII. de Oblig. & act. *Obligari potest paterfamilias, suæ potestatis pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili. Servus autem ex contractibus non obligatur* (✠)

OBligari posse patremfamil. suæ potestatis. Ubi frustra videtur addere *suæ potestatis*, quoniam nullus videtur esse paterfamilias, quin sit suæ potestatis. Imo paterfamilias nihil aliud est, quam homo sui juris, suæ potestatis, suæ spontis. Ergo, ut dixi, frustra videtur addere suæ potestatis, nisi sit aliquis paterfamilias non suæ potestatis. Et sane non suæ potestatis paterfamilias videtur esse, qui in potestate curatorum est, ut loquitur *l. 1. de cur. fur.* veluti is, cui bonorum suorum administratione ob dissolutos mores interdictum est, de quo etiam in *l. 12. tabul. In eo pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque potestas esto.* Hic non videtur esse suæ potestatis. Quam ob rem etiam constat, eum ex contractibus obligari non posse, *l. 6. tit. seq.* Ergo ut paterfamilias obligetur, necesse est, ut prorsus sit suæ potestatis, ut nec sub tutorum, neque sub curatorum potestate agat. (††) Necesse est etiam, quod Paulus subjicit, ut sit *pubes*: nam impubes, sive sit in potestate patris, sive sub tutoribus agat, non potest obligari ex contractibus. Ille, qui est in potestate patris, ne patre quidem auctore obligari potest, *l. ult. §. pupill. t. seq.* At ille, qui est in potestate tutoris, tutore auctore obligari potest: sine tutoris auctoritate non item, videlicet, jure civili, ut additur hoc loco. Proinde sine tutoris auctoritate civiliter obligari non potest, ita ut cum eo agi possit ex causa obligationis. Naturaliter enim, sive jure naturali etiam sine tutoris auctoritate pupillus obligatur, si ex negotio, quod gessit cum alio locupletior factus sit: nam hoc natura æquum est, ne quis locupletior fiat cum aliena jactura. Et hoc est ex constitutione divi Pii, quæ ex ea obligatione utilem actionem dedit, *l. 13. §. ult. & l. seq. de cond. indeb. l. pupillus, de auct. tut. l. 3. §. pupillus, de negot. gest. l. 3. commod.* Pubes autem, etiamsi curatorem habeat, sine curatoris auctoritate obligari potest, *l. puberes 101. tit. seq. Puberes*, inquit, *sine curatoribus suis*: quia ait, *suis*: ergo sine curatoribus, quos habent, *promittendo stipulatoribus obligantur*. Item necesse est, ut paterfamilias, quod & hic Paulus proponit, sit compos mentis: furiosum enim certum est ex contractibus nullo jure obligari posse, natura manifestum est, *l. 1. §. pen. hoc tit. l. 6. tit. sequenti*, quod & consequentia ipsa qualitatum propositarum initio legis, quæ in patresfamilias desiderantur, ut obligari possit, nempe ut omnino sit suæ potestatis, ut pubes, ut compos mentis, suadet subjecisse Paulum his verbis: *Furiosus autem ex contractibus non obligatur*. Et recte ait *ex contractibus*: nam ex reipsa, vel ex quasi contractibus, quoties actio ex re venit, sine conventione ulla, obligatur etiam sine curatore: ut si patri, ipso jure, furiosus heres extiterit, reipsa æri alieno obligatur: vel etiam si furiosus communem fundum habeat cum alio, qui in eum fundum aliquid impenderit utiliter, judicio communi dividundo obligatur, quia obligatio non ex conventione venit, sed ex reipsa nascitur per se, *l. furiosus, hoc tit. l. 3. §. & si furiosus, de negot. gest.* Itaque consequentia rerum suadet quodammodo, ut in fine legis legamus: non servus, ut vulgo legitur, sed furiosus autem ex contractibus non obligatur. Ut quod dixit, *pupillum* non obligari jure civili sine tutoris auctoritate, respondeat propositioni superiori, patremfamilias puberem obligari: & quod sequitur, & *compotem mentis*, ei respondeat extrema clausula, furiosum autem ex contractibus non obligari. At ut nihil mutes, licet quidem per me, verum hac lege, ut si legas, *servus* repetas [Greek], verba superiora, *jure civili*, pupillus jure civili non obligatur, ut, inquam, & in servo hæc repetas, servus autem jure civili ex contractibus non obligatur: nam jure naturali servus ex contractibus fere omnibus obligatur, l. 14. *hoc tit. l. 19. in princip. de negot. gest. l. 13. in princ. de cond. indeb.* Nihil sane faciebat hæc adnotatio de servo ad propositionem hujus legis, quoniam certissimum est, servum non esse patremfamilias. Verum ad hæc, de filiofamilias quæri potest, quoniam proposito est de patrefamilias, an filiusfamilias obligari possit ex contractibus. Sed hoc jam ante definitum fuit in *l. filiusfamil. hoc tit.* Filiumfamilias ex omnibus causis tanquam patremfamilias obligari solere, & ob id agi in solidum cum eo posse, ut repetit, tanquam cum patrefamilias, *l. 39. sup. hoc tit. l. ult. §. pupillus, tit. seq. l. 6. §. si filiusfamil. de action. emp.* Si tanquam paterfamilias: ergo non nisi pubes, & sanæ mentis. Quod ergo initio constitutum fuit, ut paterfamilias obligari possit, qui modo suæ potestatis esset, quique pubes, & sanæ mentis, tractum est postea etiam ad filiumfamilias. Porro huic legi conjungendam esse opinor *legem 20. de novat.* quæ etiam est ex hoc libro.

Ad L. XX. de Novat. *Novare possumus, aut ipsi, si sui juris sumus: aut per alios, qui voluntate nostra stipulantur.*

Ad §. Pupillus *sine tutoris auctoritate non potest novare. Tutor potest, si hoc pupillo expediat. Item procurator omnium bonorum.*

HÆc lex ait novare nos posse obligationem per nosmetipsos, si sui juris sumus, interposita stipulatione scilicet, in quam veterem obligationem transfundamus a per nosmetipsos, si sui juris sumus, vel per alios, qui voluntate nostra stipulentur novandæ prioris obligationis causa: veluti per filiumfamilias, aut per servum jubendo, vel ratum habendo, ut idem Paulus ait 5. *Sentent. titul.* 8. vel per procuratorem specialem, vel ut ait *in fine hujus l.* per procuratorem omnium bonorum, cui scilicet generaliter sit concessa libera administratio omnium bonorum, quod & superiore libro traditum, *l. 58. de procurat.* quæ & forsan huic libro reddenda est, & connectenda extremo hujus legis, quod est de procuratore omnium bonorum, quem ait novare posse obligationem domini: & quem

d. l. 58.

(✠) *Vide Merill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 21.*
(††) *Vide Merill. lib. 3. variant. ex Cujac. cap. 21.*

Google

d. l. 58. sdjicit, etiam exigere posse æs alienum domini. Et addit aliud pro alio permutare. His autem verbis, *si sui juris sumus*, Paulus hoc loco non excludit filiosfamil. aut filiumfsmilias. Nam filiusfamilias etiamsi sui juris non sit, tametsi patris obligationem sine voluntate pstris novare non possit, suam tamen obligationem novare potest, *l. filius, hoc tit.* Ergo his verbis, *si sui juris sumus*, non excluduntur prorsus, qui sunt alieni juris, neque enim excluditur filiusfamilias. Verum meo quidem judicio his verbis excluduntur ii, qui sub curatoribus agunt, qui sub tutoribus, aut curatoribus agunt, ut in *l. 43.* quam ante exposui, *& l. 2. §. 1. de pollicit.* Unde & mox subjicit recte in hac l. 20. pupillum ad differentism scilicet ejus, qui sui juris est, qui paterfamilias est: sui juris pupillom, inquam, quamvis sit paterfamilias, sine tutoris auctoritate novare obligationem non posse. Tutorem novare posse pupilli obligationem, si hoc pupillo expediat. Quid hoc est? An non etism pupillus ipse sine tutoris auctoritate, si hoc ei expediat, poterit novare obligstionem susm? an non poterit meliorem conditionem suam facere etiam absque tutore? Et ita quidem suadet hic locus, ut dicamus ducto argumento ex contrsrio sensu, cum dicat, tutorem posse novare, si hoc pupillo expediat, pupillum autem dicat absciſe, non posse novare: & sane quamvis aliter Accursius sentist, hoc puto tamen esse verius, ut nec si hoc revera pupillo expediat, possit pupillus novare obligationem suam; sicut nec hereditatem potest adire, quamvis lucrosa sit, *§. neque, Instit. de auctor. tut.* non potest adire hereditatem, quamvis re ipsa sit lucrosa, sub incerto scilicet. Et similiter igitur, nec in dubiam ire aleam amittendæ obligstionis per novstionis causam, etiamsi in veritate hoc ei expedist, cujus rei srbitrium non debet permitti pupillo, cujusve rei periculum tutori, qui judicio vslet, recte permittitur. Unde & recte Doctores hoc loco interpretantur, tutorem posse, si hoc pupillo expedist, id est, si hoc putet pupillo expedire. At pupillus ipse id discernere non potest.

Ad L. LXXXIII. de Verbor. obligst. *Inter stipulantem, & promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens, daturum facturumve eum, non obligatur: nam de se quemque promittere oportet, & qui spondet, dolum malum abesse abfuturumve esse: non simplex abnutivum spondet: sed curaturum se, ut dolus malus absit. Idemque in illis stipulationibus,* hsbere licere: *item neque per te, neque per* heredem tuum fieri, quo minus fiat.

Ad §. Si Stichum *stipulatus, de alio sentiam, tu de alio: nihil actum erit, quod & in judiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit. Nam stipulatio ex utriusque consensu valet: judicium autem etiam in invitum redditur, & ideo actori potius credendum est: alioquia semper negabit reus, se consensisse.*

Ad §. Si stipulsnte me *Stichum, aut Pamphilum, tu unum daturum te spoponderis: constat, non teneri te, nec ad interrogatum esse responsum.*

Ad §. Diversa causa est *summarum: veluti,* decem, aut viginti dare spondes? *Hic enim etsi decem spoponderis, recte responsum est: quia semper in summis quod minus est, sponderi videtur.*

Ad §. Item si ego *plures res stipuler, Stichum puta, & Pamphilum: licet unum spoponderis, teneris. Videris enim ad unam ex duabus stipulationibus respondisse.*

Ad §. Sacrsm, *vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum inutiliter stipulor: quamvis sacra, profana fieri: & usibus publicis relicta, in privatos usus reverti: & ex libero servus fieri potest. Nam & cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit: liberatur si sine facto ejus res sacra esse cœperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit. Nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua, & res sacra profana esse cœperit, & Stichus ex libero servus effectus sit. Quoniam una, atque eadem causa, & liberandi, & obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit. Nam & si navem, quam spopondit, dominus dissolvit, & iisdem tabulis compegerit: quia eadem navis esset: inciperes obligari. Pro quo &*

A *dici posse Pedius scribit: Si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeo, donec nascatur: & si natum, sine culpa promissoris consumptum sit, rursum exspectare debeam, donec iterum nascatur, & dari possit, & per has vices, aut cessaturam, aut valituram stipulationem: sed hæc dissimilia sunt, adeo enim cum liber homo promissus est, servitutis tempus exspectandum non esse, ut ne hæc quidem stipulatio de homine libero probanda sit,* Illum, cum servus esse cœperit, dare spondes? *Item,* cum locus ex sacro religiosove profanus esse cœperit, dari? *Quia nec præsentis temporis obligationem recipere potest: & ea duntaxat, quæ natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem: vini autem non speciem, sed genus stipulari videmur, & tacite in ea tempus continetur: homo liber certa specie continetur, & casum adversamque fortunam spectari hominis liberi, neque* B *civile, neque naturale est. Nam de his rebus negotium recte gerimus, quæ subjici usibus dominioque nostro statim possunt, & navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulæ destinarentur: licet mutato consilio perficiatur: tamen & perempta prior navis, & hæc alia dicenda est. Sed si reficiendæ navis causa omnes tabulæ refixæ sint, nondum intercidisse navis videtur, & compositis rursus, eadem esse incipit: sicuti de ædibus deposita tigna, ea mente, ut reponantur, ædium sunt: sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit. Hic tractatus etiam ad prætorias stipulationes pertinet, quibus de re restituenda cavetur, & an eadem res sit, quæritur.*

Ad §. Si rem, *quam ex causa lucrativa stipulatus sum, nactus fuero ex causa lucrativa: evanescit stipulatio, sed si heres extitero, dominio extinguitur stipulatio. Si vero à me herede* C *defunctus eam legavit, potest agi ex stipulatu. Idemque esse, & si sub conditione legata sit: quia & si ipse debitor rem sub conditione legatam dedisset, non liberaretur. Sed si conditione deficiente remanserit, petitio infirmabitur.*

Ad §. Stichum, *qui decessit si stipuler: si quidem condici etiam mortuus potuit, ut furi: utiliter me stipulatum, Sabinus ait: Si vero ex aliis causis, inutiliter: quia & si debetur morte, promissor liberetur. Idem ergo diceret, & si mora facta defunctum stipularer.*

Ad §. Si quis *ancillam sistere se in aliquo loco promiserit, quæ prægnans erat: etsi sine partu eam sistat, in eadem causa eam sistere intelligitur.*

HÆc lex multa in se continet de stipulationibus. Ego hodie initium tantum legis exponam. Docet initio, D de se quemque stipulsnti promittere debere, non de alio, puts, se daturum, vel facturum: si de alio promiserit: *Promittis L. Titium illud daturum, facturumve? promitto*: inutilem esse stipulationem, & adeo inutilem esse, ut ea sit solummodo utilis, per quam negotium geritur inter stipulantem, & promittentem, inter contrahentes, ita scilicet, ut promissor obligetur stipulatori. At inter stipulantem, & promittentem non geritur negotium, si non se quis, sed alium dsturum facturumve promittat. Itaque stipulatio non valet alieni facti, *l. sicut reus, Instr. de fidejuss. l. 38. in princ. hoc tit.* nisi, sunt addendæ duæ exceptiones, nisi simul, qui promittit alium facturom, pœnam promittat, ni alius fecerit, *l. novissima, jud. solvi, §. versa vice, Inst. de inut. stip.* Qua ratione etiam sustinetur stipulatio interposita à procuratore, vel defensore, ratam E rem dominum habiturum, vel amplius neminem petiturum, quia subjectam pœnam hsbet, quanti ea res erit, *l. 19. rem ratam hab.* Alters exceptio hæc est, nisi quis ita promiserit, hocve sensu & hac mente, cursturum, vel effecturum se, ut slius daret, vel faceret, quis hoc modo suum, non slienum factum in stipulationem deducit, ut *§. si quis alium, Inst. de inut. stip.* Et ut ostenditur *§. 1.* hujus legis, hoc sensu accepta hæc stipulatio, quæ est frequentissima, *dolum malum abesse, absuturumque esse*, sustinetur, quia non simplex quis, ut sit, abnutivum promittit, quod Philoxenus interpretatur *ἀπωμοτικὸν*, id est, non simpliciter promittit, se nihil dolo malo facturum, heredemve suum, sed etiam adnutivum promittit, *καταμοτικὸν*, videlicet cursturum se, ne quis alius quid in ea re dolo malo faciat, dolum ma-

maium abesse, absuturumque esse, non a se tantum, heredeve suo, sed etiam ab omnibus aliis, præstaturum se omnium dolum. Eodemque modo accipitur hæc stipulatio, *habere licere: rem, quam emi de te mihi habere licebit*: qua emptor sibi prospicit de evictione generaliter: nempe daturum operam venditorem, præstaturumque ne quis eam rem evincat emptori, qua de re in *l. ex empto. §. qui autem, de act. empt.* Eandemque interpretationem recipit hæc stipulatio, *neque per te, neque per heredem tuum fiet, quo minus mihi ire agere liceat per tuum fundum*. Cui stipulationi respondet, & hoc respondisse intelligitur, curaturum se, ut per quemcumque alium stipulatori ire agere liceat. Denique promissor non simplex abnutivum promittit, id est, se non facturum, quo minus ire agere liceat, sed etiam se facturum ut per omnes ire agere liceat, ut eunti agenti nemo impedimentum adferat, ut *l. 20. hoc tit.* Et similiter qui promittit, quive constituit certam personam pro se fidejussuram, quæ conventio valet, *l. eum, qui, §. 1. de const. pec.* de se promisisse intelligitur, non de alio, nempe daturum se illum fidejussorem: mandaturum se illi, ut pro se fidejubeat: effecturum se, ut ille pro se fidejubeat. Atque ita hæc stipulatio etiam alieni facti stipulatio non est. Reliqua persequemur proxima recitatione.

AD *§. si Stichum*. Venio ad *§. si Stichum*. In stipulationibus, si contrahentes dissentiant in corpore, quod in stipulationem deducitur, ut si quis stipuletur *Stichum*, & de alio sentiat ipse, de alio promissor, nulla stipulatio est. Idemque in judiciis Aristo existimabat, petito scilicet Sticho, nullum esse judicium, si de alio Sticho sentiat actor, de alio reus. Quam sententiam Aristonis merito hoc loco improbat Paulus, quia non eadem est ratio stipulationum, & judiciorum. Stipulationes ex utriusque partis consensu perficiuntur, *l. continuus, §. 1. inf. hoc tit. l. 1. §. pen. de pact. l. 5. de transact.* Verborum conceptio solemnium est summa pars perficiendæ stipulationis. Judicia autem redduntur in invitum, in non consentientem. Trahimur in judicium, litemque contestamur inviti, *l. summa, §. ult. de pecul.* Unde & actionibus nomen, si Theophilo credimus, quod invitos agant & propellant in judicium. Et ideo licet petito Sticho, de alio Sticho actor sentiat, de alio reus, judicium consistit, & is Stichus censetur in judicium venisse, de quo actor sensit, alioquin reus, cujus proprium est fugere & negotium trahere, quantum potest, semper diceret se non consensisse, *l. solemus, de judic.* Et ex hac varietate etiam fit, ut novatio, quæ fit per stipulationem, dicatur voluntaria: quæ autem fit judicio accepto, dicatur necessaria, *l. aliam, de novat. l. ult. de separat.* Non poterat quidem judex esse inter privatos, nisi is, de quo inter partes convenisset, ut M. Tull. docet in orat. *pro Cluent.* At is, de quo convenisset, iudex dari & esse poterat, judiciumque constitui, etiamsi de re non convenisset, id est, etiamsi in re, quæ in judicium deduceretur, partes dissentirent, & aliud actor se petere, & aliud a se peti reus existimaret. Et ita est explicanda hujus §. sententia. Nunc excutiamus quod & obiicit Accursius. *Nulla*, inquit Paulus, *stipulatio est, si contrahentes dissentiant in corpore*. Atqui (ut obiicit Accursius) nulla emptio venditio est, si contrahentes in corpore dissentiant. In hac scilicet specie, alioquin pugnaret *lex in venditionibus, de cont. empt.* Sed in hac specie, si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum forte villicum, & de alio emptor, de alio venditor senserit, neque enim ideo minus venditio fundi valet, *l. si in emptione, de cont. empt.* Et is Stichus debetur, de quo emptor intellexit, ut jampridem ostendi, probavi, & vici in ea lege esse legendum. Neque vero huic objectioni respondeas, ut priore loco tentat Accursius, in illa specie contrahentes dissensisse in accessione, id est, in Sticho, consensisse tamen in re principali, id est, in fundo. Nam & si dissensus, qui fuit in accessione, non vitiet consensum, qui fuit in re principali, vitiare tamen dissensus debet de accessione conventionem. Quoniam omni ex parte contractum, qui solo consensu consistit, ut emptio, venditio, perfectum, esse oportet. Atquin non est perfectus, qua parte dissentiunt contrahentes: nec minus accessio desiderat consensum utriusque, quam res principalis. Itaque posterior responsio Accursij, quam & olim sequutus sum, verior est, ut in illa lege verbum *senserit, si de alio venditor, si de alio emptor senserit*, ut, inquam, verbum illud sic accipiatur, non ut revera de alio Sticho senserit emptor, de alio venditor, sed ut sensisse dicantur, & dissensisse dicantur in Sticho, id est, ut fuerit ambigua oratio illa, Stichum accedere, quod duo essent Stichi, ut *l. 2. de reb. dub.* & diceretur de alio sensisse emptor, de alio venditor; quod & vicinitas legis cum lege, quæ illam præcedit, quæque aliud proponit exemplum ambiguæ orationis, suadet. Itaque & in specie *d. l. si in emptione*, & in specie *legis si cum in lege*, ubi, quia ambigua est oratio, interpretatio fiet adversus venditorem, qui dixit Stichum accessurum venditioni fundi, nec evidentius expresserit quem Stichum. Et is ergo debebitur, quem emptor elegerit, qua in re contratus etiam & judicia mutant, differuntque inter se. Nam si ambigua fuerit actio, id est, formula, quam quia dictavit, ejus interpretatio relinquitur actori, qui formulam edidit, & dictavit, non reo, qui eam excepit. At si ambigua fuerit lex venditionis vel stipulationis, ejus interpretatio relinquetur, non venditori, vel stipulatori, qui eam dixit obscurius, non sine suspicione fraudis, sed hujus ambiguitatis interpres erit emptor, aut promissor: quæ differentia inter contractus & judicia ita palam scripta est in *l. in contrahenda, de reg. jur.* & confirmatur innumeris legibus.

AD *§. Si stipulante*. Sciendum est, quod pro certo principio certave ratione hujus §. traditur, noluisse prudentes duriore conditione quemquam spondere utiliter, quam quis ab eo stipulatus esset: alioquin interrogato non congrueret bene responsum. Et ideo si stipulanti de te *Stichum, aut Pamphilum* sub distinctione, atque adeo tibi permittenti arbitrium dandi ejus, quem elegeris, tu tibi respondendo hanc electionem ademeris, & pure *Stichum* spoponderis, non teneris, quia in duriorem causam spopondisti: levior fuit stipulatio, quam quod tu spopondisti. At si stipulanti *Stichum & Pamphilum* conjunctim, spoponderis *Stichum* tantum, stipulatio valet, quia in leviorem causam obligaris, nimirum ex una stipulatione tantum, non ex duabus, quæ propositæ erant, quoniam quot sunt res, tot sunt stipulationes, *l. 1. §. pen. l. scire, l. quod dicitur, hoc tit.* Item eadem ratione si stipulanti *decem, aut viginti* disjunctim, spoponderis decem, stipulatio valet, quia sumpsisti quod levius erat, & quia pro eo etiam est, ac si ille, qui te interrogavit, stipulatus tantum fuisset decem. Nam & si stipulanti 10. aut viginti simpliciter, respondisses *spondeo*, non obligaris nisi in 10. Quia in summis, in quantitatibus, ut ait, id quod minus est, semper spondeti videtur: & nihil refert respondeas simpliciter, spondeo: an ita, decem spondeo, *l. 12. hoc tit.*

AD *§. Sacram*. In hoc §. multa & præclara de jure continentur. Certum est, quod proponitur etiam initio hujus §. inutilem esse stipulationem, si quis stipuletur *liberum hominem sibi dari*, quia dari non potest: vel si quis stipuletur rem divini juris, puta rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat, ut si quis stipuletur *liberum hominem*, quem servum esse credebat. Item inutilis est stipulatio, si quis rem usibus populi perpetuo expositam stipulatus sit, veluti theatrum, amphitheatrum, vel quo exemplo utitur, forum, aut Basilicam: Foro, in quo judicia fiunt conjungit Basilicam, in qua negotiationes exercentur, *l. pediculis, §. item, de auro & arg. leg.* Proxima enim foro erat Basilica negotiatorum. Plutarchus in Catone: *Τὴν Βασιλικὴν δι᾽ αὐτοῦ τὸ βουλευτήριον ἡ ἀγορὰ παρέλαβε.* Et Plautus in Captivis: *Sub Basilicam omnes abiget in forum.* Ad summam inutilis est stipulatio, si quis stipuletur rem sacram, vel religiosam, si rem in perpetuum relictam usui publico, si liberum hominem: neque vero convalescit hæc stipulatio, quamvis postea res sacra, aut religiosa profana fiat: vel res, quæ erat in usu publico, convertatur in privatum usum: vel homo liber fiat servus, atque adeo hæc stipulatio in pendenti non est, hoc colore, quod con-

vale-

valescere possit. Nec enim potest convalescere: qui contractus ab initio inutilis est, ex post facto convalescere non potest. Quinimo contractus, qui ab initio utilis est, ex postfacto inutilis fiet, si in eam causam, eumve casum recidat, à quo incipere non potest, ut si quis stipulatus sit rem profanam utiliter, quæ mox in sacrum dedicata sit: vel servum, qui mox ad libertatem pervenit, modo hoc contigerit sine facto promissoris, *l. 51. sup. hoc tit. l. 91. inf. hoc tit.* Et rursus stipulatio ab initio utilis, quæ mox facta est inutilis, rursus utilis fieri, & revalescere non potest: ut si res profana in stipulationem deducta, quæ stipulatio erat utilis, quum evanuerit, eadem re mox Deo consecrata, non utique convalescet, si rursus eadem res fiat profana. Idemque est, si servus, qui erat utiliter in stipulatione deductus, liber fiat sine facto promissoris. Namque stipulatio evanescit, usque adeo, ut nec convalescat, resuscitetur, restituatur, rursus eodem homine in servitutem redacto. Et hæc est sententia Pauli, cui mox Paulus subjicit, ut respondeat, non quod ea moveatur, hanc rationem, quam male quidam accipiunt, quasi sit ratio sententiæ Pauli, quum sit ratio, quæ impugnat sententiam Pauli. Ratio, quam Paulus à se removet, sententiæque suæ ratio hæc est: *Quod una eademque est causa obligandi, & liberandi*, quod contrariorum una eademque sit causa, sed contraria tamen, ut recte glossa supplet, & Aristoteles tradit, ut in hunc locum adnotavit glossa: quod, inquam, una eademque sit causa obligandi, & liberandi, sed contraria. Obligamur enim, quia dare possumus, quod habemus. Liberamur vero, aut non obligamur, quia dare non possumus, *l. 103. inf. l. si unus ex sociis, de servitut. rusticor. præd.* Ulpianus libro regul. tit. de legatis. *Liber homo*, inquit, *aut res populi, aut sacra, aut religiosa legari nullo modo potest, quia dari*, inquit, *non potest*: Ergo si vera est hæc propositio, si cum res est profana, quam promisimus, obligamur, quia dare eam possumus, & si mox sacra fiat, antequam detur, liberamur, quia jam dare eam non possumus. At si rursus eadem res profana fiat, obligamur igitur, quia dare eam possumus. Idemque de libero homine dici potest: si servum promisi, obligor, qui si mox fiat liber, liberor: ac denuo, si fiat servus, denuo obligor, si vera est propositio illa, qua etiam Celsus utebatur, qui erat in hac sententia, ut existimaret, subinde obligari, & liberari nos, & rursus recidere in pristinam obligationem, *l. qui res. §. aream, de solution. l. si chorus*, quæ est Celsi, *§. ult. de leg. 3.* Et utebatur Celsus similitudine navis alienæ, quam si promisero, obligor, mox si dominus eam dissolverit, liberor: ac rursus si eam iisdem tabulis dominus compegerit, rursus obligor, quasi nave revocata in pristinam obligationem, quod & Paul. ipse fatetur. Adjecit & Pedius hanc similitudinem confirmandæ sententiæ Celsi; si promisero ex fundo meo vini amphoras centum, obligor, ut quum natum erit, quum vindemia lecta erit, tot amphoras vini stipulatori præstem. At si natum vinum, lectumque, mox consumptum sit sine culpa mea, liberor, & rursus sequenti anno, si natum sit quod suppeditet, & expleat totidem amphoras, nec consumptum sit, obligor. Quod etiam Paul. non diffitetur, neque tamen iis movetur similitudinibus: has imagines, quæ contra eum ponuntur, ait ostenditque esse dissimiles, quod quomodo ostendat, quomodo eas imagines, vel similitudines discutiat, mox aperiam. Paulus in hac *l. inter, §. sacram*, pro vero, & certo tradit, quod & certissimum est, extingui stipulationem, si servus, qui promissus est, sine facto promissoris, & ante moram promissoris ad libertatem pervenerit: vel si res profana, quæ promissa est, sine facto promissoris in sacrum dedicata fuerit, nec restitui stipulationem, si rursus idem homo in servitutem redigatur, aut si rursus eadem res profanetur; & contra se positas similitudines à Celso, & Pedio, quas exposuimus supra, esse dissimilitudines docet hoc modo, falsasve similitudines, falsas imagines, si liber homo in stipulationem deducatur, prorsus inutilem esse stipulationem, nec suspendi, quoad is homo servus fiat, quinetiam ita conceptam stipulationem illam: *hominem, quum servus esse cœperit, dari spondes?* non valere: quod nefas sit casum servitutis in libero homine spectare, vel expectare: quod nefas sit adversam fortunam expectare liberi hominis. Nulla vero major adversa fortuna libero homini contingere potest, quam quæ illum servum facit, *l. si in emptione, §. liberum, de contr. empt.* non esse fas casum servitutis in homine libero expectare: nefas, sive, ut veteres loquebantur, infas est, quod non tantum civilis sed etiam naturalis ratio abhorret. Et hoc quoque Paulus hoc loco, neque civile, neque naturale esse ait, ut casum, adversamque fortunam expectemus liberi hominis: eodemque sensu, hominem homini insidiari nefas esse, *l. 3. de justit. & jur.* litem ex lite consurgere nefas esse, *l. 3. C. de fruct. & lit. exp.* Et similiter non valere talem stipulationem rei sacræ, vel religiosæ, quum profana esse cœperit: quia natura sui, ut ait, non est stipulatio possibilis, & ea duntaxat, quæ sunt possibilia, & ut ita dixerim, *possessibilia*, id est, quæ statim subjici usibus, dominioque nostro possunt, deducuntur in obligationem, non etiam ea, quæ dari nobis statim non possunt, ut *l. 35. sup. hoc tit. l. 1. §. si id quod, de obligat. & act.* At si stipuler ex vinea illa centum amphoras vini, qua similitudine Pedius utebatur, hæc stipulatio natura sui est possibilis, quia vinum ex vinea nasci potest: ac si jam natum, factumve sit, confestim ex stipulatu agi, sed nondum vino nato, factoque, tacite inest stipulationi tempus, quo vinum ex vinea percipiatur, sive hoc anno, sive sequenti anno vindemia bene cesserit, nec vinum effusum, vel consumptum fuerit sine facto promissoris, *l. 73. supra, hoc tit.* Ac præterea specialiter hoc vinum, aut hujus vini amphoræ tot in stipulationem non veniunt, sed generaliter veniunt in stipulationem tot amphoræ vini, quot quandocunque in vinea illa nascentur. Denique in hanc stipulationem venit non species certa, aut corpus certum, sed quantitas, sive genus. At illum hominem liberum, aut illam rem sacram, qui stipulatur, certum corpus, certam speciem, non genus stipulatur: species perire potest, genus perire non potest. Unde apparet, quam sit dissimilis imago illa, sive similitudo Pedii, quamve parum faciat adversus Pauli sententiam. Quod ad alteram de nave, qua Celsus utitur, ea quoque est dissimilis. Nam si navem alienam promisero, quam dominus dissolverit, refixis omnibus tabulis, ea mente, ut eam reficeret, non perinde extinguitur obligatio, atque si servus alienus, quem quis stipulanti promiserat, à domino manumissus fuerit. Hoc enim casu extinguitur obligatio, servo promisso sine facto promissoris ad libertatem perducto, quia & morte hominis extingueretur, quæ contigisset sine facto promissoris, & ante moram. Atqui manumissio similis est morti, ut eleganter ait *l. si mihi alienum, de solut.* Atque ita igitur extincta obligatio sane non restituitur, si postea idem homo in servitutem redigatur, quia novus homo videtur esse, neque enim redigitur in pristinam servitutem, *l. 27. in fine, de adimend. leg.* At illo casu, si navis à domino refixis tabulis resoluta sit reficiendi causa, nondum tabulæ ejusdem navis esse desiisse, nondum intercidisse ea navis videtur, manente carina eadem. Ac proinde refecta navi iisdem tabulis, eadem prorsus navis esse intelligitur, quia & intercidisse interim non intelligitur. Ergo & interim cessasse potius ab effectu suo, quam extincta videtur obligatio esse, ut idem Paulus in quæstionibus docuit, in quibus & de hac ipsa quæstione tractavit, *l. quæ res, §. aream, de solut.* Eodemque modo domo promissa, licet tigna, ex quibus forte constat, deposita, & exempta sint, si modo ea mente deposita sint, ut reponantur, nondum domus intercidisse, nondum tigna ejusdem domus esse desiisse intelliguntur, nam & deposita ejusdem domus esse intelliguntur, quoniam deposita sunt, ut & in melius reponerentur. Itaque valde dissimilis est imago illa, qua Celsus utebatur: nec igitur ex ea Celsus recte duxit argumentum: similitudines claudicare non oportet, sed omni ex parte congruere rei, cui similiter adsimilantur. Recta esset similitudo, quod & Paulus hoc loco notavit, si navem poneret Celsus ea mente dissolutam refixis omnibus tabulis, ut tabulæ in alium usum converterentur. Et ideo, hoc etiam casu, si postea mutato consilio navis iisdem tabulis compacta sit, non restituitur obliga-

tio, quæ semel dissolutione navis extincta fuisse intelligitur, quia dissoluta est ea mente, ut non reficeretur, ut tabulæ alij rei servirent, vel accomodarentur. Quæ igitur postea, mutata sententia, iisdem tabulis reficitur navis, profecto nova est navis, non eadem navis, quæ fuit ante: similique modo domo destructa & solo æquata ea mente, ut esset area, quæ rursus non inædificaretur, etiamsi postea mutato consilio ex eadem materia domus restituta sit, non restituitur obligatio semel extincta, domo promissa usque ad aream deposita, quia & perempta prior domus, & hæc, quæ rursus exædificata est, alia domus dicenda est. Denique ut hæc in pauca contraham: navis domusve refecta eadem est navis, & eadem domus, si ea mente dissoluta, aut deposita sit, ut reficeretur ex eadem materia. Quod si ea mente, ut non reficeretur, sed ut in alios usus materia converteretur, quæ post mutato consilio reficitur ex eadem materia, nova est navis, novaque domus. Hujus rei disquisitio est elegans & perutilis. Nam sæpe quæritur in jure, quando eadem res esse intelligatur, ut in exceptione rei judicatæ. Et in extremo quoque hujus §. Paulus notat, non tantum hoc quæri in stipulationibus conventionalibus, de quibus actum est *sup. in hoc §.* sed etiam in stipulationibus prætoriis, ubi de re restituenda agitur, & quæritur, an eadem sit res, quod latius exposuimus in commentario ad hunc titulum. Ergo hæc disquisitio, sit ne res eadem an alia, non tantum in conventionalibus stipulationibus usui esse potest, sed etiam in prætoriis, quæ ita concluduntur, eandemque rem recte restitui.

AD *§. Si rem.* In hoc §. docet Paulus, obligationem etiam extingui, quæ ex stipulatione nasci solet: si qua stipulatione stipulatus sim mihi rem dari ex causa lucrativa, veluti ex causa donationis, eadem mihi priusquam agerem ex stipulatu obvenerit: id est, si dominium ejus adquisiero ex alia causa lucrativa, veluti ex testamento, jure legati, aut jure hereditario: dominio, inquit, extingui stipulationem, id est, dominij adquisitione, ex alia causa scilicet lucrativa: non enim extinguitur dominio, quod obvenit ex causa non lucrativa, veluti ex causa emptionis aut permutationis, aut dotis. Et hic est locus regulæ juris, quæ dictat, *duas causas lucrativas in eandem rem, & in eundem hominem concurrere non posse*. Qua ratione, & si prius ex stipulatu rem quasi donatam nactus fuero, legatum ejusdem rei, quæ alia donatio est, inutile constituitur, nec amplius ea res mea fieri potest jure legati, aut jure hereditario, quæ jam mea facta est jure donationis, aut jure stipulationis, quæ subsequuta donationem est, *l. si servus legatus, §. si Stichum, de leg. 1.* Quod usque adeo verum est, ut si rem ipsam nactus sim ex causa donationis, postea non possim ejusdem rei pretium petere ex causa legati, quia & pretium locum ejusdem rei tenet. *§. si res aliena, Inst. de leg.* Addit exceptionem unam Paul. si cum res mihi deberetur ex causa stipulationis interpositæ, donationis gratia dominus ejus rei me heredem instituerit, & a me eandem rem, alij pure vel sub conditione legaverit. Hoc enim casu integra mihi est actio ex stipulatu, quia non intelligitur ad me pervenisse jure hereditario quod alij prestare necesse habeo, vel habebo, *l. non quocunque, de leg. 1.* Vis videre quam hoc sit verum? Debitor certæ rei non videtur mihi eam rem dedisse, aut solvisse, si ab eo legata fuerit pure, vel sub conditione, *l. qui res, in prin. de solut.* Non videtur eam dedisse, ergo neque ego videor eam accepisse: & consequenter integra mihi est actio ex stipulatu. Sed si conditio legati defecerit, stipulatio extinguitur, vel actio ex stipulatu, perinde atque si nunquam ea res legata fuisset, *quia in æquo est, rem non legare, aut conditionem deficere, sub qua res ea legata est*. Recte autem ponit Paulus in hoc §. rem mihi promissam ex causa lucrativa, nactum me esse ex alia causa lucrativa: nam si eam nactus sim ex causa non lucrativa, veluti ex causa emptionis, quamvis stipulatio in eam causam reciderit, a qua incipere non poterat, propterea quod rei meæ stipulatio non valet, tamen valebit stipulatio hoc casu, quum res facta est mea ex causa non lucrativa: quia quanti ea res est, tantum mihi abest, nempe pretium, quod pro ea dedi. Itaque vel pretij petitio, quod mihi abest, mihi superest ex stipulatu.

AD *§. Stichum.* Restat ex lege 83. *de verbor. obligat. §. pen. & ult.* qui nunc explicabuntur, & simul duæ leges, quæ restant ex hoc libro. Exposuit Paulus in hac lege varia stipulationum genera, quæ ab initio inutiles sunt, veluti si quis factum alienum promiserit: vel si dissensum sit in corpore, quod in stipulationem deducebatur: vel si in duriorem causam promiserit quis, quam interrogatus esset: vel si rem sacram aut religiosam, aut rem populi, aut liberum hominem quis stipulanti promiserit. Exposuit etiam varia genera stipulationum, quæ cum essent ab initio utiles, postea factæ sunt inutiles, veluti in stipulationem deducta re profana, aut re privata, aut servo homine, & mox eadem re in sacrum, vel in publicum redacta, eodemve homine perducto ad libertatem: aut nave, vel domo promissa, mox ea mente dissolvat, ut non reficeretur. Itemque ejus rei, quæ in stipulatum deducta est ex causa lucrativa, dominio quæsito ex altera causa lucrativa. Hæc breviter docuit Paulus tota hac lege: qua ex causa ab initio inutiles stipulationes sunt, ex eadem etiam, quæ ab initio sunt utiles, ex post facto inutiles fieri, quod & docet in *§. pen.* in hac specie.

AD *§. Pen.* Si quis Stichum stipulatus sit jam mortuum, quem vivere credebat, hæc enim stipulatio est inutilis ab initio, quia nullius rei nulla debitio est, *l. 69. sup. hoc tit.* Imo etsi Stichus, qui ex stipulatu debebatur, nullus esse cœperit, ante moram debitoris, id est, si vita decesserit, stipulatio inutilis fit, *l. 23. hoc tit. l. si mihi alienum, de solut. l. venditor, de hered. vend. l. 6. de usufr. leg.* Excipitur unus casus in hoc *§. penul.* Si stipuler hominem, quem mihi promissor debebat tanquam fur, & ex causa condictionis furtivæ, qui jam mortuus erat: nec enim mors hominis furtivi furem liberat condictione furtiva, quia & contigisse ea semper intelligitur post moram, *l. ult. de condict. furt. l. 56. de obligat. & act. l. inter, de furt.* Et hoc quod attinet ad causam condictionis furtivæ, mors hominis furtivi ab ea furem non liberat, liberat tamen ab actione ex stipulatu, quamvis interposita fuerit ex causa furtiva, videlicet si priusquam stipulationi mora fieret, mors hominis contigerit, quia stipulatio purgavit priorem moram. Et ita est proditum in *l. 29. §. ult. hoc tit.*

AD *§. Ult.* Ancilla prægnante vendita, certe partus non est venditus, *l. si prægnans 42. de evict.* quia nec partus pars ancillæ esse intelligitur, qui scilicet jam editus est, *l. partum, de verb significat.* Id tamen actum videtur inter contrahentes, ut partus sequatur emptorem ancillæ: & quamvis evicto partu non competat actio ex stipulatione duplæ, de qua est intelligenda *d. l. si prægn.* competit tamen actio ex empto evictionis nomine, quod partus evictus sit in id, quod interest, *l. 8. eod. tit. de evict. l. non quocunque, §. Iulianus, de leg. 1.* Et sic ancilla prægnante precario rogata, licet partus rogatus non sit, id actum videtur, ut partus in eadem causa habeatur, *l. 10. de precar.* Quod obtinet etiam in donata ancilla prægnante, *l. cum pater, §. pater filiæ 17. de legat. 2.* Verum, ut Paul. ostendit in *hoc §. ult.* ancilla prægnante judicio sisti promissa, id actum non videtur, ut & partus sistatur, aut ancilla nondum enixa, quia cum partu nihil actori negotij est: & ideo ancilla partu levata, si sistatur, in eadem causa sisti videtur. Hæc est ratio §. ult.

Ad L. XXIX. de Stipul. serv. *Si communis servus sic stipulatus sit, decem illi domino, decem alteri dare spondes? dicemus, duos reos esse stipulandi.*

HÆc lex docet, duos reos stipulandi constitui, si servus communis duorum, exempli gratia Caij & Seij, sic stipulatus sit: *Decem Cajo domino meo, eadem decem Seio altero domino meo dare spondes?* Sic, inquam, duos reos stipulandi constituit: & ideo singulis dominis solida decem deberi, sed unius petitione totam obligationem dissolvi, *l. 2. de duob. reis*. Ratio autem hujus sententiæ hæc est, quam vulgo

vulgo neque tradunt, neque percipiunt, quia in hac stipulatione Cajus, & Sejus verbis non conjunguntur, alioquin singulis deberentur quinque tantum, id est, viriles partes, *l.37.inf.hoc tit.* sed conjunguntur re tantum, perinde atque si ita servus communis dixisset, *decem illi domino dare sponder? eadem decem alteri domino dare sponder?* Namque in illo sermone, *decem illi domino, eadem decem alteri domino dare sponder?* est ζεῦγμα κατ' ἔλλειψιν, ut in *l. Mævio, de leg.2. Mævio fundi partem dimidiam, Sejo eandem partem dimidiam lego*, est ζεῦγμα. Mævius & Sejus re tantum conjuncti sunt, perinde atque si dixisset, *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo eandem partem dimidiam lego*. Hæc est ratio hujus legis, quæ plurimum facit ad illam *l.Mævio*, & illa ad hanc quoque.

Ad L. XXXIV. de fidejuss. *Hi, qui accessionis loco promittunt: in leviorem causam accipi possunt, in deteriorem non possunt. Ideo si à reo mihi stipulatus sim à fidejussore mihi, aut Titio: meliorem causam esse fidejussoris, Julianus putat, quia potest, vel Titio solvere. Quod si ea reo mihi, aut Titio stipulatus, à fidejussore mihi tantum interrogem: in deteriorem causam acceptum fidejussorem, Julianus ait. Quid ergo si à reo Stichum, aut Pamphilum, à fidejussore Stichum interrogem? utrum in deteriorem causam acceptus est sublata electione, an in meliorem? Quod & verum est: quia mortuo eo liberari potest.*

IN hac lege hæc generalis definitio proponitur, quæ per hunc titulum late diffusa est: eos, qui accessionis loco promittunt, veluti fidejussores, qui ex stipulatu semper obligantur, & reos constitutæ pecuniæ, qui etiam non male promittere dicuntur, nam verbum *promittere* latissime patet, uno verbo accessiones alienarum obligationum in leviorem causam accipi posse, non in deteriorem. Ex qua definitione infert statim Paulus, ab eo, qui promisit se daturum mihi, recte me accipere fidejussorem, qui promittat se daturum mihi, aut Titio, quia melior, & levior est causa fidejussoris, quam rei principalis, qui mihi tantum solvere potest: fidejussor etiam me invito Titio solvere potest, qui est adjectus solutionis gratia, *l.12.§.pen. de solut.§. plane solutio, Inst. de inutil. stip.* At ex diverso, ab eo, qui promiserit se daturum mihi, aut Titio, non recte accipio fidejussorem, qui promittat mihi tantum, quia in deteriorem causam intervenit, districte se obligans, mihi tantum dare, sibique eripiens facultatem solvendi Titio, quam habet reus principalis. Hæc sunt apertissima. Verum quæritur ad ea, an recte interveniat fidejussor pro eo, qui promisit mihi Stichum, aut Pamphilum, si fidejussor promittat Stichum tantum, reus promisit mihi Stichum, aut Pamphilum: fidejussor promittit Stichum tantum, an recte acceptus fidejussor est? Causa dubitandi est, quia in deteriorem causam acceptus videtur, propterea quod non habet electionem, quam reus principalis habet, ut in *l.inter stipulantem, §. si stipulante, de verb. oblig.* Contra vero in meliorem causam acceptus videtur, quia mortuo Sticho, quem solum promisit, ipse liberabitur, reus vero principalis non liberatur, quia Pamphilus, qui supererit, manebit in obligatione, *l.si in emptione, §.pen. de contrah.empt. l.Stichum aut Pamphilum, de solut.* Et hoc esse verius ait, nempe fidejussorem recte acceptum quasi in meliorem causam, qui promisit Stichum tantum pro eo, qui promiserat disjunctim Stichum, aut Pamphilum. Objici potest *d.§. si stipulante legis inter stipulantem.* At dico illum §. loqui de reo principali, qui interrogatus de Sticho, aut Pamphilo, respondit de Sticho tantum: quem non teneri ait, videlicet non tantum, quod in duriorem causam promiserit, sed etiam quod non sic responderit, ut interrogatus est. At in specie proposita fidejussor sic respondit, ut interrogatus est. Interrogatus est de Sticho tantum, & ut docuit, in leviorem causam, facta comparatione ad obligationem rei principalis. Quid autem ex diverso dicendum est, si fidejussor promiserit Stichum, aut Pamphilum, qui interveniebat pro eo, qui Stichum tantum promiserat? id docet *l.8. §. si quis Stichum, hoc tit.* & dicit hoc casu, fidejussorem non obligari, non tantum quod in duriorem causam acceptus sit, quia liberato reo morte Stichi, futurum sit, ut ipse non liberetur: sed etiam, quod in aliam causam, aliamve obligationem intervenerit, quia uterque non fuit in principali obligatione. Duabus rationibus utitur, quarum vel altera sufficeret. Nam & si pro eo, qui decem promiserat fidejussor ita accipiatur, ut decem, aut Stichum promittat, quamvis in duriorem causam non interveniat, quia perempto Sticho, nec ipse, nec reus liberabitur, & quantitas, quæ promissa est perire non possit, tamen non tenetur, quia in aliam obligationem acceptus est, neque enim utrumque fuit in principali obligatione, quæ est sententia *§. si quis Stichum, d.l.octavæ.* In specie autem hujus legis, quia, quum pro eo, qui Stichum, aut Pamphilum promiserat, fidejussor promisit Stichum tantum, fidejussor non videtur acceptus in aliam obligationem, quia uterque homo fuit in principali obligatione, disjunctim tamen, *l.128.de verbor.oblig. l.illud, aut illud, de const. pec.* Et quod hac in re spectat Paulus, fidejussorem scilicet, qui promisit Stichum tantum pro eo, qui promiserat disjunctim Stichum, aut Pamphilum, fidejussorem, inquam, posse liberari morte Stichi ante moram contingente, qua tamen non liberaretur reus principalis, quia Pamphilus superesset in obligatione. Quod, inquam, Paulus spectat mortem Stichi, & frustra objicit Accursius *leg. cum hi, §. ult. de transact.* ubi dicitur, annua quantitate legata ad habitationem, & transactione ita facta inter heredem, & legatarium, ut pro pecunia domus præstetur habitandi causa, etiamsi ejus transactionis prætor auctor non fuerit, valere transactionem, nec spectari casum ruinæ, vel incendii, qui contingere potest, quod ruere domus possit, aut consumi incendio. Neque vero mirum hoc videri debet: hic enim casus longe distat à morte hominis, quam spectat Paulus in hac l. mors hominis est certa, ruina ædium, vel incendium, incertum: mors, naturalis: casus autem illi, fortuiti, ac plane casus. Quam differentiam etiam Bartolus animadvertit hoc loco, explicavit tamen obscurius. Sequitur liber 73.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXXIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

EXPLICABIMUS tres leges, quas solas habemus ex libro 73. Dixit superiore libro de conventionalibus stipulationibus. Ab hoc libro incipit tractare de prætoriis stipulationibus, & hunc tractatum perducit usque ad librum ultimum. Ac primum in *l.2. de prætor. stipulat.*

Ad L. II. de Prætor. stipul. *Prætoriæ stipulationes, aut rei restitutionem continent, aut incertam quantitatem.*

Ad §. Sicuti *stipulatio ex operis novi nuntiatione, qua cavetur, ut opus restituatur. Ideoque sive actor, sive reus decesserit pluribus heredibus relictis, uno vincente, vel victo, totum opus restitui debebit: quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum.*

Ad §. Incertam *quantitatem continet stipulatio judicatum solvi, & rem ratam dominum habiturum, & damni infecti, & his similes, in quibus respondetur, scindi eas in personas heredum, quamvis possit dici, ex persona heredum promissoris non posse descendentem à defuncto stipulationem, diversam conditionem cujusque facere. At in contrarium summa ratione fit, ut uno ex heredibus stipulatoris vincente, in partem ejus committatur stipulatio, hoc enim facere verba stipulationis,* quantiea res est. *Sed si unus ex heredibus promissoris totam rem possideat: in solidum eum damnandum, Julianus scribit. In quantum autem ipse ea stipulatione, vel fidejussores, an omnino teneatur, dubitari potest: & videndum ait, ne non committatur. Sed si lite contestata possessor decesserit: unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est,*

Præ-

PRætorias stipulationes alias continere dicit rei restitutionem, sive de re restituenda cavere, ut ait *l. inter stipulantem, §. sacram, in fin. de verbor. obligat.* Et has esse individuas, quia res pro parte recte restitui non potest, *l. si duo, depos.* Alias vero continere incertam quantitatem, id est, quod stipulatoris interest, vel quod idem est, quanti ea res est, utilitatem stipulatoris: & has esse dividuas, quia in pecuniæ præstationem desinunt, cujus facillima partitio est. Illarum vero, quæ rei restitutionem continent, quæque individuæ sunt, pro exemplo dat stipulationem ex operis novi nuntiatione, qua vicinus, qui molitur opus aliquod novum, vicino nuntianti novum opus repromittit, vel satisdat de opere restituendo, id est, de deponendo eo, quod fecerit, vel reponendo eo, quod deposuerit, si judicatum erit jus ei non fuisse faciendi novum opus, *l. stipulatio, de novi oper. nunt.* Hæc stipulatio individua est, quia opus restitui pro parte non potest, *d. l. stipulatio, §. quæsitum, l. 4. §. ult. de verbor. obligat. l. 15. §. officium, de aqu. & aqu. pluv.* Et ideo si stipulator vita decesserit pluribus relictis heredibus, & unus ex iis agat ex stipulatu, agit in solidum in hoc, ut opus restituatur, nec, si vincat, aliter ei satisfit, quam toto opere restituto, & è contrario si promissor vita decesserit pluribus relictis heredibus, & cum uno eorum agatur ex stipulatu, cum eo agitur in solidum, nec si vincatur, aliter judicato satisfacit, quam si totum opus restituerit, quia, ut eleganter Paulus ait in lege 2. *Quamdiu aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum.* Operis restitutio actus individuus est, sicut & operis institutio, *l. stipulationes non dividuntur, de verbor. obligat.* & generaliter facta omnia sunt individua. Harum vero stipulationum, quæ incertam quantitatem continent, id est, id quod interest actoris, sive stipulatoris, pro exemplo dat stipulationem *judicatum solvi*, & stipulationem *rem ratam dominum habiturum*, & stipulationem *damni infecti*. Et his similes, inquit, veluti stipulationem legatorum, stipulationem Falcidiæ, stipulationem evictionis, sive stipulationem duplæ, quæ omnes prætoriæ stipulationes sunt, & his omnibus promissor stipulatori cavet pecuniæ, sive incertæ quantitatis, id est, de æstimatione ejus, quod interest, de æstimatione litis, sive quanti ea res est, quæ quidem æstimatio ante pronuntiationem, & taxationem judicis plane incerta est, *l. non autem, de recept. qui arb. l. ult. si quis in jus voc.* quia plerunque difficilis est probatio quanti cujusque intersit, ut ait *l. ult. hoc tit.* Et difficilis igitur sententia, quæ definiat, quanti cujusque intersit. Seneca 3. de Benefic. *Difficilem esse sententiam, quæ non rem, sed vim rei quærit.* Et in his quidem stipulationibus, quæ concluduntur in id, quod interest, respondetur, ut ait, scindi eas, dividi eas in personas heredum pro hereditariis portionibus, pro hereditariis partibus: igitur & heredum omnium tam promissoris, quam stipulatoris, hoc est, esse dividuas, nimirum quia in pecuniæ præstatione consistunt, sive in præstatione ejus, quod interest, cujus æstimationem judex fecerit. Ac sane quod ad heredes stipulatoris attinet, si is, qui stipulatus est judicatum solvi, vel de rato, vel damni infecti, vel legatorum nomine, vel quo alio simili genere stipulationis, pluribus relictis heredibus vita decesserit, summa ratione dicitur, uno ex heredibus stipulatoris vincente, stipulationem in partem ejus committi, quia pro parte tantum sua ejus interest, nihil pro parte cæterorum, ut *l. 3. de verbor. obligat. l. si procurator, rem ratam hab.* Et hoc est, quod ait, *Hoc facere verba stipulationis, quanti ea res est*, quæ hunc sensum habet: *Quanti interest*, quam in rem omnes hæ stipulationes concluduntur. Non pluris igitur, quam cujusque heredum interest, committi stipulationem. Ergo non ultra portionem ejus, qui vicit. Et eodem argumento dicitur de stipulatione damni infecti in *l. 18. §. emptor, in fine, dam. infec.* quod illa stipulatio damni infecti ita concludatur, quanti ea res erit. Ait idem Paulus, si nihil intersit, ex ea agi non posse, nisi pœna subjecta sit, quia pœnæ petitio est, etiamsi nihil intersit. Et hæc de heredibus stipulatoris. Hæc omnia attente colligenda sunt, quoniam hæc quæstio, sive tractatio est ex difficilioribus juris totius: Et hæc lex secunda male omnino percepta. Nunc dicamus de heredibus promissoris, promissore defuncto pluribus relictis heredibus. Paulus, qui ante dixerat generaliter, scindi stipulationes has in heredum personas, nunc ait, *dici posse*, hoc est, non improbabiliter dici posse, uno ex heredibus promissoris victo committi stipulationem in solidum, in id omne, quod stipulatoris interest, hac ratione, quod non possit stipulatio, quæ à defuncto descendit, qua & se, & heredem suum obligavit (Hoc enim in his omnibus stipulationibus prætoriis nominatim caveri solet: *me, heredemque meum: per me, heredemque meum*) Quod, inquam, stipulatio, quæ à defuncto descendit, qua & se, & heredem suum obstrinxit, diversam heredis cujusque conditionem facere non possit, quam defuncti fuerit. Nam & unus heres ex pluribus propius accedit ad vicem defuncti. Committi autem stipulationem in solidum, est committi stipulationem, vel uno victo, adversus omnes heredes, non adversus eum solum, qui victus est. Ita tamen, ut singuli teneantur tantum pro portionibus hereditariis, quod etiam ostenditur in *l. 2. §. item si facto, & l. 3. & l. 4. §. ult. de verbor. obligat.* Ubi & hæc differentia proponitur inter heredes promissoris, & heredes stipulatoris. Itaque his verbis Paulus, quæ sunt in hac *l. quamvis possit dici*, omnino voluit, non tentavit, hanc differentiam inter heredes promissoris, & heredes stipulatoris statuere, nec tamen per eam corrigere quod ante proposuit in his stipulationibus, quæ incertam quantitatem continent, scindi eas in personas heredum: nam & inter heredes promissoris scinduntur, & inter heredes stipulatoris. Hoc tantum interest, quod vincente uno ex heredibus stipulatoris, in partem tantum ejus committitur stipulatio: victo autem uno ex heredibus promissoris, stipulatio committitur in omnes pro portionibus hereditariis, stipulatio committitur in partes omnium heredum promissoris. His addit Paulus in hac lege: *sed si unus ex heredibus promissoris totam rem possideat: in solidum eum damnandum Julianus scribit*: Sensus hic est: Si unus ex heredibus possessoris, qui possidebat rem alienam, ejusdemque promissoris, qui scilicet ante acceptum judicium in rem, id est, antequam conveniretur actione in rem, & hoc judicio lis cum eo contestaretur, ut fieri solet, satisdederit judicatum solvi, is, cum quo quis judicio in rem litem contestaturus est, petitori satisdat judicatum solvi ante litem contestatam. Si, inquam, unus ex heredibus possessoris, ejusdemque promissoris judicatum solvi, totam rem, totum fundum, qui petitur possideat, hunc solum damnari judicio in rem in solidum, quia totius rei restituendæ facultatem habet, nec quidquam coheredes ejus judicii exitum contingere, quod Julianum scribere ait. Et vero extat hæc Juliani scriptura in *l. si possessor, de rei vind.* ubi additur de hoc etiam dubitari non oportere, quin is scilicet, qui totam rem possidet, in solidum sit damnandus judicio in rem. At ut hoc loco refert Paulus, mox subjecit Julianus, de illo dubitari non oportere, dubitari tamen posse in *quantum ipse*, ne dicas *ipse*, id est, promissor, sed ut Dinus, in *quantum ipse*, id est, unus ille heres possessoris, ejusdemque promissoris judicatum solvi, cum quo scilicet herede actum est actione in rem, quique eo judicio in solidum damnatus est, quod totam rem possideret, vel fidejussores ejus, qui pro defuncto judicatum solvi spoponderunt, in quantum hoc casu ex stipulatione judicatum solvi, & an omnino teneantur. Et, inquit Paulus, videndum esse ait idem Julianus, scilicet ne non committatur hoc casu stipulatio judicatum solvi. Quibus verbis modeste, ut juris auctorib. moris est, plane confirmat, uno ex heredibus possessoris, ejusdemque promissoris judicatum solvi damnato in solidum judicio in rem, quod totam rem possideret, esse quidem adversus eum actionem judicati, sed nullo modo adversus eum ex hac causa, vel fidejussores, qui judicatum solvi spoponderunt, stipulationem judicatum solvi committi. Recte. Ratio hæc est, quia non ut heres damnatus est, sed ut possessor: non hereditario, sed proprio nomine, *l. 12. §. ult. ad exhib.* alioquin pro parte tantum hereditaria damnatus fuisset, non in solidum. Et stipulatio judicatum solvi heredem solum, cujus & in ea mentio fit, sive judicatum, ut heredem tenet. Qua ratione,

ut

A ut tradit in extremo hujus legis: *Si post præstitam cautionem judicatum solvi*, quæ semper præstatur ante litem contestatam, ante judicium acceptum, *l.8. judic. solvi, l.de die, §. si servus, l. filiusfamilias, l. Julianus, qui satisd. cog.* Et post litem cootestatam cum possessore judicio in rem, si possessor duob. aut pluribus heredib. relictis vita decesserit, non dum finito judicio, unus ex heredibus ejus, licet totam rem possideat, non majore ex parte damnatus est, quam pro qua re heres est. Quia jam non, ut cum possessore, sed ut cum herede, judicium, quod cœpit à defuncto, peragitur, quasi in heredes translatum jure hereditario, & ideo nec stipulatio judicatum solvi in eum committitur ultra portionem hereditariam. Et hoc quoque Juliani verba in *d. l. si possessor*, nimirum verba hæc, *ante judicium acceptum*, innunt satis, nempe aliud esse dicendum, si post judicium B acceptum, id est, post litem contestatam possessor pluribus heredibus relictis vita decesserit, licet unus ex iis totam rem possideat. Et hæc est perspicua hujus legis interpretatio. At dubitari potest, cur stipulationes quæ incertam quantitatem continent, quanti ea res est, in hac lege separentur à stipulatione ex novi operis nunciatione, cum & hæc quanti ea res sit concludatur, *l. stipulatio, §. sive autem, & §. ult. de nov. oper. nuntiat.* At ut respondeam, non quidem pure stipulatio ex operis novi nontiatione concluditur, quanti ea res est, non pure, sed sub conditione, ut ibidem ostenditur, si stipulatori placuerit, si stipulator maluerit persequi quanti ea res est, quam operis restitutionem, & ideo invito stipulatore, non potest promissor oblata æstimatione quanti ea res est, se liberare ab operis restitutione. At in his omnibus stipulationibus, quæ incertam C quantitatem continent, iovito stipulatore promissor oblata æstimatione litis, oblata æstimatione ejus, quod interest, se liberare potest à præstatione facti in stipulationem deducti, *l.13. in fine, de re judic.* Quia vero, ut jam ante dixi, in omnibus stipulationibus prætoriis, adjicitur heredis nomen, vel successoris, ejusque, ad quem ea res pertinet: hæc verba sunt ex formula, qua dicitur, heredis, vel successoris, ejusve, ad quem ea res pertinet, ut *l. fluminum, §. adjicitur, de dam. infec. l. 3. rem ratam hab.* quod ex singularum formulis intelligere licet, quas alibi expressi: Ideo hoc ipso libro Paulus in *l.70. de verb. signif.*

Ad L.LXX. de Verb. signif. *Sciendum est, heredem etiam per multas successiones accipi: nam paucis speciebus heredis appellatio proximum continet. Veluti in substitutione impuberis:* D Quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto: *ubi heredis heres non continetur, quia incertus est. Item in lege Ælia Sentia filius heres proximus potest libertum paternum ut ingratum accusare, non etiam si heredi heres extiterit. Idem dicitur in operarum exactione, ut filius heres exigere possit, non ex successione effectus.*

Ad §. Verba hæc, Is, ad quem ea res pertinet, *sic intelliguntur, ut qui in universum dominium, vel jure civili, vel jure prætorio succedit, contineatur.*

DOcuit, in his omnibus stipulationibus prætoriis, heredis appellatione, non contineri proximum heredem tantum, qui statim à morte stipulatoris promissorisve successit in universum jus, universumve dominium, sed etiam extendi in heredem heredis ulteriorem: & breviter E io heredis heredem in infinitum per longas successiones, ut ait, per longissimam successionem, ut loquitur *l.194. de regul. jur. & l. 2. C. de in lit. jur. Heres*, inquit Horatius, *heredem alterius, velut unda supervenit undam.* Eodemque modo Symmachus in epistol. *Bona instar undarum, ac fluctuum à succedentibus sibi dominis occupari.* Plerasque etiam esse alias species, in quibus heredis nomen latissime patet. Et paucas vero esse species ait, in quibus heredis nomen referatur ad proximum tantum, ut in hac substitutione pupillari: *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto*, qua heres proximus tantum continetur, non heres heredis, qui & incertus testatori fuerit, *l. qui liberis, §. ult. de vulg. subst.* Et io lege Ælia sentia, qua filius heres potest à liberto paterno operas exigere, vel liber-

A tum paternum ingrati accusare: In hac, inquam, l. continetur filius heres proximus patris, non filius exheredatus, qui heres extiterit heredi patris, *l. cum patronus 22. §. cum libertus, de oper. libert.* Addit in fine hujus l. 70. quod etiam respicit ad prætorias stipulationes, in eis hæc verba: *Is, ad quem ea res pertinet*, complecti quoscunque alios juris uoiversi successores, veluti bonorum possessores, vel fideicommissarios Trebellianos, & bonorum emptores, & iis similes, de quibus diximus in *l.53. de oblig. & act.*

Ad L.XVI. de Tutor. & cur. dat. *Nec ille desinit tutor esse. Quod & in omnibus, qui ad tempus excusantur, juris est.*

EST etiam ex hoc libro 73. *lex 16. de tut. & cur.* quæ per-B tinet ad stipulationem prætoriam, rem pupilli salvam fore. Et docet tutorem, qui abesse cœpit reipublicæ causa, quæ absentia necessaria est, non desinere tutorem esse, sed ad tempus excusari à tutela, & in locum ejus etiam ad tempus alium tutorem, vel curatorem dari, nec scil. pro tempore absentiæ eum teneri actione tutelæ, vel ex stipulatione rem pupilli salvam fore. Ex antegesto, quod scil. gessit ante absentiam, teneri, ut *l.3. §. si quis absuturus, de suspect. tut.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXXIV. PAULI AD EDICTUM.

C *RECITATIONES SOLEMNES.*

V*OBIS pene defui, fratres, animo meo Charissimi: sola majestatis providentia lucis adhuc tuendæ copiam dedit: credo non tam mea, quam vestra causa, ne extremus ille casus, qui me corripuerat, meis laboribus, quibus levarem vestros, immaturum finem ageret, ad quem proclivis ferebatur tamen animus meus, qui & se ab illo propius haut abesse quodammodo præsentit, neque dolet: tempus est enim de illa perpetua, non de hac exigua vita cogitare, atque ita se comparare, ut nos deprehendat suprema dies abire paratos. Quare deinceps non tam vasto, sive profundo me committere decrevi, quam id fuit, cujus speciem prætulit opus Pauli ad Edictum: in quo tamen bene est, jam non diu jactabimur: est enim terra in manibus,* D *cum ex eo supersint residui tantum libri quinque, & hi quidem admodum leves, adeo ut & brevi ad exitum adduci possint, quod ut præstem, hoc solum hodie curo: neque enim quod per me affectum jam est, id imperfectum reddere volo: neque vero debeo, vel novis plerisque morem gerere, qui id a me imperfectum relinqui mallent, quod ejusdem laboris participes & socii non fuerint, vel ignavis quibusdam, & languentibus, qui & jam defecerunt in medio cursu potius, quam studiosis, diligentibus, eruditis, & probis, qui & non injuria conquererentur, si cœpto desisterem, cujus ipsi tandiu fastigium expetivissent. Itaque ex lib. 74. qui primus est ex libris quinque residuis, sumam l. 44. de obligat. & act. qua nulla in hoc libro utilior, aut rerum ubertate plenior.*

E MEmini me ab hinc triennio, cum totius hujus tituli interpretationem suscepissem, & eam interpretari: verum idem nunc iterare juvabit: nam & quæ tunc copiose, nunc dabuntur arctius & strictius: & contra quæ tunc fuot coarctata veluti in aggerem, nunc explicabuotor fusius, & omnino eadem erit res, eadem sententia, ratio tradendi diversa, & idcirco fortasse melior locupletiorque: non est una eademque interpretandi ratio, nec uni etiam assuescere, vel uni penitus addicere se est hominis strenui, & diligentis.

Ad L.XLIV. de Oblig. & act. *Obligationum fere quatuor causæ sunt: aut enim dies in his est, aut conditio, aut modus, aut accessio.*

Ad

A Ad §. *Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem. Ex die, veluti,* Calendis Martiis dare spondes? *cujus natura hæc est, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem*, usque ad Calendas dare spondes? *Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse: non magis, quam legatum. Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi: plane post tempus stipulator, vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summoveri poterit. Sic & in tradendo, si quis dixerit, se solum sine superficie tradere: nihil proficit, quo minus & superficies transeat, quæ natura solo cohæret.*

Ad §. Conditio *vero efficax est, quæ in constituenda obligatione inseritur, non quæ post perfectam eam ponitur, veluti,* centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit? *Sed hoc casu existente conditione locus erit exceptioni pacti conventi, vel doli mali.*

B Ad §. Modus obligationis est, *cum stipulamur decem, aut hominem: nam alterius solutio totam obligationem interimit: nec aliter peti potest, utique quamdiu utrumque est.*

Ad §. Accessio vero *in obligatione, aut personæ, aut rei fit. Personæ, cum mihi, aut Titio stipulor. Rei, cum mihi decem, aut Titio hominem stipulor: ubi quæritur, an ipso jure fiat liberatio homine soluto Titio.*

Ad §. Si ita *stipulatus sim.* Si fundum non dederis, centum dare spondes? *sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.*

Ad §. Sed si navem *fieri stipulatus sum, & si non feceris, centū: videndum, utrum duæ stipulationes sint: pura, & conditionalis, & existens sequentis conditio non tollat priorem, an vero transferat in se, & quasi novatio prioris fiat: quod magis verum est.*

C INitio hujus legis proponit Paulus obligationum, quæ scilicet verbis contrahuntur, sive stipulationum, fere quatuor esse causas, diem, conditionem, modum, accessionem: quæ tamen obligationum causæ non sunt per se, sed per accidens, quia & sine iis constitui & perfici obligationes possunt, ut puta si pure contrahantur: pura obligatio ab omnibus iis causis pura est, quia neque dies illi inseritur, neque conditio, neque modus, neque accessio. Fere autem, ut ait, sunt quatuor: *fere*, quia, ut Accursius notat recte, his etiam addi potest locus, quo promissor stipulanti se pecuniam daturum promittit, quæ obligatio etiam non est pura, quia & tacite dies inest, quo in eum locum perveniri possit, l.41. *§. pen. l.73. tit. seq. l.6. §. ult. ad SCtum Trebell.* Et quia ex ea stipulatione stipulator agere non potest pure, id est, sine adjectione ejus loci, de quo convenit, quin periculum plus petitionis incurrat, *§. loco, Inst. de act.* licet etiam loco D adjungere satisdationem, id est, obligationem contractam sub satisdatione, quæ etiam dici potest quodammodo non esse pura, atque ita etiam Jurisconsultus eam obligationem, quæ fit sub satisdatione, separat à pura obligatione, *l.5. in prin. de solut.* Idem vero Accursius, quod ait, propter locum, cui addidit satisdationem, additum esse hunc articulum *fere*, idque esse philosophicum temperamentum, placet satis. Nam & Macrobius in somnium Scipionis: *Verbum*, inquit, *quo hanc definitionem temperaret, adjecit, fere.* Et ordine tractemus de singulis hisce causis, ac primum de die, sive tempore. Dies inseritur obligationi, vel à quo incipiat, vel in quem desinat, & finiatur obligatio. Dies, à quo incipiat, inseritur hoc modo: *Calendis Martiis tot nummos dare spondes?* Nam etsi incipiat hæc quidem obligatio statim ipso jure ante Calendas Mart. tamen non incipit cum effectu, E quia nulla ejus executio est, antequam Calendæ Martiæ veniant: neque enim ex ea agi potest ante eum diem, quod comprobat legum ingens numerus, & quasi series, & est certissimum, *l.14. l.73. l.124. tit. seq. l. certi 9. §. 1. de rebus cred. l. qui res 98. §. ult. de solut. l.7. de compensat.* l.186. *de reg. jur. l. cedere diem 213. de verb. sig. §. omnis, Instit. de verbor. obligat.* Neque enim incipiente obligatione, semper incipit agendi facultas: non semper cœpta obligatione, & ex ea agendi facultas est. Idem hoc loco Paulus scribit aperte, dum ait: *Naturam obligationis incipientis ex die hanc esse, ut ante diem non exigatur: obligatio igitur nascitur statim, actio non nascitur ante diem.* Dies autem, in quem desinit, aut confertur obligatio, obligationi adjicitur hoc modo: *Decem annua usque ad annum 25. ætatis meæ mihi dari spondes?* vel hoc modo: *Usque in Calendas Martias mihi dare spondes? l. 56. §. qui ita, tit. seq. l. Firmo 26. §. ult. quando dies leg. l. pen. de fidejuss.* Neque vero existimandum est, idem esse ad diem, & in diem contrahi obligationem: nam in diem contrahi dicitur, sive ad diem, sive ex die contrahatur: ad diem vero, quæ contrahitur usque ad diem certum, ita ut eo die concludatur, consistat, finiatur: quæ autem contrahitur ex die, nunquam dicitur contrahi ad diem, quod prope notius est, quam ut pluribus inculcandum sit. Ad hæc etiam notandum est, ex die quidem obligationem jure contrahi, ad diem vero, quod scilicet semel contracta & enata obligatio perimatur, jure non contrahi, proinde ipso jure ad diem ex stipulatu obligationem constitui non posse, sicut nec legati nomine ex testamento, *decem annua illi dato usque in annum decimum*, legatum non valet, *l. 56. nemo potest, de leg. 1.* Et similiter adsignatio liberti non recte confertur ad tempus, licet ex tempore fiat rectissime, *l. ult. de assign. libert.* Libertas etiam non datur ad tempus, *l.33. de manum. test.* Verum hac in re stipulatio, vel legatum collatum ad diem, eo maxime distat à libertate, & assignatione liberti, quod in his diei adjectio supervacua est, *l.34. de manu. test.*

Ad L.XXXIV. de Manum. test. *Ideoque si ita scripta sit,* Stichus usque ad anoos decem liber esto: *temporis adjectio supervacua est.*

QUæ est ex hoc ipso libro Pauli, & huic loco coaptanda est. In illis vero, id est, in stipulatione, & legato temporis adjectio, ad quod obligatio collata est, non est supervacua, quia tametsi ipso jure non valeat stipulatio collata ad diem, sicut nec legatum collatum ad diem, perducitur tamen ad effectum, uti contrahenti, aut testatori placuit, apposita exceptione pacti conventi, vel doli mali stipulatori, vel legatario petenti post diem. Cur autem ipso jure constitui obligatio ex stipulatu, vel ex testamento ad diem non possit, ita ut post eum diem expiret, & evanescat ipso jure, Paulus explicat hac ratione, quia, inquit, quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi desinit, non temere deberi desinit, sed certis tantum legitimisque modis. Denique certi sunt, & legitimi modi, quibus tollitur obligatio, solutio, acceptilatio, novatio, nudus consensus: in his modis non est tempus, non pactum, non sententia judicis. Ergo & iis modis ipso jure non tollitur obligatio. Et quod legimus sæpe in jure: Obligationem tolli vicennio, vel tricennio, vel alio tempore legibus statuto, debitorem liberari vicennio, aut tricennio, hoc fit per exceptionem, quæ & præscriptio dicitur, non ipso jure. Tempore legitimo liberatur debitor, non ipso jure, sed beneficio exceptionis, siquidem ea uti velit, & liberatur à civili obligatione, nam à naturali obligatione debitori nullo modo liberatur, neque ipso jure, neque per exceptionem, quod omnium optime probat *lex 30. §. 1. ad leg. Aquil.* Et perperam Bart. in contrarium adducit *leg. ult. §.1. rem ratam haberi*, quia loquitur ille §. de debitore, qui tempore liberari poterat, qui tamen nondum erat tempore liberatus, qui solvit procuratori creditoris, antequam esset liberatus, exacta ab eo cautione de rato. Ad hæc pertinet etiam *lex 7. C. de sent. & interloc. omn. jud.* quæ idem proponit, quod & hoc loco Paulus, hæc sunt verba l. 7. *verborum obligationem certo tantum jure tolli*, non quolibet jure, non quolibet modo. Certis modis constituitur, & tollitur obligatio, non quibuscunque. Ideoque ita ratiocinari licet, ut Mar. Tull. pro Cæcinna: *Si certis modis majores nostri obligationes tolli voluerunt, intelligimus*, inquit, *alio modo noluisse.* Verum, ut dixi, datis exceptionibus prætor tuetur voluntatem contrahentium, adversus rigorem juris civilis, si contrahentes tempore certo obligationem finiti voluerunt, iisdemque tuetur voluntatem testatorum, si legatum, vel fideicommissum reliquerint ad tempus. Quin & constitutiones, ut Justinianus refert in *l. ult. C. de legat.* permiserunt ad tempus donationes fieri, puta rebus donatis ea lege, ut post quinquennium donatori restituantur,

l.3.

Digitized by Google

l. 2. C. de donat. quæ sub modo. Eædem etiam permiserunt contractum fieri ad tempus, & cogitasse eum opinor de *l. 2. C. de pact. inter. empt.* quæ probat hanc legem venditionis, & traditionis, ut res vendita post certum tempus reddito pretio ad venditorem redeat. Et ad hæc ipse Justinianus constituit, ut similiter legata, & fideicommissa ad tempus relinqui possint: an ut tempore ipso jure perimerentur? sic omnino statuendum, alioqui nihil novi constitueret.

Ad L. LIX. Mand. §. Ille illi salutem: mando tibi, ut Blæsio Severo affini meo octoginta credas, sub pignore illo, & illo. In quam pecuniam, & quidquid usurarum nomine accesserit, indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blæsius Severus, præstaturum. *Postea sæpe conventus mandator, non respondit. Quæro, an morte debitoris liberatus sit. Paulus respondit, mandati obligationem perpetuam esse: licet in mandato adjectum videatur, indemnem rationem tuam esse ex causa mandati, in eum diem, quoad vixeris Blæsius Severus, præstaturum.*

Ad §. Paulus *respondit, non videri mandati conditione paritum, cum in mandato adjectum sit, ut idonea cautio à debitore exigeretur, si neque fidejussor, neque pignora accepta sint.*

NOn discedam ab hac inspectione, sive tractatione, quin prius explicaverim *l. si mandatu 59. §. ille illi, mand.* in quo §. proponitur casus singularis, & summe notandus, in quo, neque ipso jure, neque remedio exceptionis, obligatio mandati collata ad tempus, tempore perimitur. qui casus diligenter excutiendus est, quoniam idem Accursium valde perplexum habet, qui in eum attulit quatuor interpretationes, nec in qua consisteret exposuit. Ego speciem, & rationem veriorem adseram. Species hæc est: Mandavi tibi, ut Blæsio Severo certam pecuniam crederes, indemnem te omni damno per me præstitum iri, in eum diem quoad vixerit Blæsius. Ego contuli obligationem ad diem vitæ, seu mortis Blæsii: tu fidem meam mandatumque secutus, Blæsio pecuniam credidisti, mox Blæsio redacto ad inopiam, convenisti me, ut te indemnem servarem, non respondi ad conventionem, moram feci, an & mortuo Blæsio debitore principali, me convenire potes? Sic omnino videtur rectissime, quia etsi ad diem, quoad viveret Blæsius, collata sit obligatio, quæ conventio jure prætorio, id est, beneficio prætoris, beneficio exceptionis servatur, hoc tamen casu non servatur, quia mora mea vivo adhuc Blæsio perpetuavit obligationem. Et hoc exemplo commodissime utemur ad *l. si servum 91. §. sequitur, tit. seq.* ubi definitur moram debitoris perpetuare obligationem. Non est omittenda similitudo, qua hoc loco Paulus utitur, ut doceat non esse novum, ut quod non fit ipso jure, fiat remedio exceptionis: obligatio ipso jure non constituitur ad tempus, constituitur tamen remedio exceptionis. Sic etiam, inquit, hæc est similitudo: si quis in vendenda, & tradenda domo, quæ ex duabus partibus constat, videlicet solo, & superficie, *l. eum, qui 23. de usurp. & usucap.* dixerit venditor, se solum tradere emptori sine superficie, ea lex traditionis nihil valet ipso jure, & superficies sequitur emptorem, quia hoc naturalis ratio exigit, nempe, ut superficies solo cohæreat, nec ab eo divelli possit, utque jus soli sequatur, *l. domo 21. de pigner. act. l. Paulus 29. §. domus, de pignor. l. ult. de superfic.* Galli, qui scripserunt de jure, dixere, *le pied saisit le chef*. Verum emptori vindicanti totam domum, obstat exceptio pacti in traditione conventi, quod à prætore tuendum est, *l. in traditionibus 48. de pact.* Exceptio, inquam, pacti, vel doli mali, quæ semper concurrit cum exceptione pacti: per eam venditor consequetur, ut sibi in superficie habitare liceat, & ut emptori non liceat, *l. si fundum 81. §. qui fundum, de leg. 1.* Atque ita hoc casu, quod non fit ipso jure, fit per exceptionem.

AD *§. Conditio l. 44. de obligat.* Quæ diximus heri de causa temporis, quæ adjicitur quandoque stipulationi, sive de die certo, qui quandoque stipulationi adjicitur, eadem dicamus hodie ex *§. conditio*, de conditione, quæ est altera causa stipulationis, proposita initio hujus legis. Conditio appponitur stipulationi, si, vel stipulatio fiat ex conditione, vel ad conditionem. Utroque modo dicitur contrahi stipulatio sub conditione, sive fiat ex conditione, sive ad conditionem, id est, sive inseratur conditio obligationi, ut ab ea incipiat obligatio, veluti, decem dare spondes, si navis ex Asia venerit? sive inseratur conditio obligationi, ut in eam desinat obligatio, *veluti decem dare spondes, nisi navis ex Asia veniris?* Ex illo quidem modo, id est, ex conditione, recte contrahitur obligatio, & suspendit obligationem. Hoc vero modo, id est, ad conditionem, non contrahitur recte, sicut neque ad diem, si jus summum spectes; si jus prætorium, quod hujusmodi conventiones tuetur, interposito exceptionum remedio, etiam ad conditionem recte contrahitur obligatio, etiam ad conditionem recte consertur obligatio. Et ut ait, existente conditione, locus erit exceptioni pacti, vel doli mali, qua repelletur actor, vel stipulator, si pergat agere post conditionem impletam. Denique perficiundæ, & constituendæ obligationi ipso jure addi conditio potest, perfectæ non item. Conditio si existat, constituit, non etiam extinguit obligationem ipso jure, quia conditio non est legitimus modus extinguendæ obligationis. Quæ igitur conditio obligationem constituit, efficax est, ut Paulus ait hic, quæ vero conditio eo respicit, ut perimat obligationem, non est efficax, id est, effectu caret, sive auxilio prætoris, sive prætoriæ exceptionis. Quid est igitur quod lego multis in locis juris nostri, conditionem resolvere obligationem? quid est perimere, & extinguere? Non certe conditiones resolvere obligationem ipso jure, sed beneficio exceptionis datæ à prætore, vel quæ potestate judicii bonæ fidei tacite inest. Nam in judiciis bonæ fidei nullam exceptionem peti, & opponi necesse est, quia omnes insunt tacite, & omissæ ab adversario, supplentur officio judicis. Et ita vi exceptionis, vel expressæ, vel tacitæ, non ipso jure conditio resolvit obligationem, quando id actum est inter contrahentes, *l. 2. de in diem addict. l. 1. de lege commiss. l. 3. de contrab. empt.* Quid item est (& hæc erit altera objectio) quod ait *l. quibus 40. §. quidam Titio, de condit. & demonst.* Paulus hoc loco ait, stipulatione ita concepta, *centum dare spondes, nisi navis ex Asia veneris?* stipulationem esse puram, & præsentem, sed resolvi sub conditione. Aliud suadere videtur *d. §. quidam Titio*. Cujus species hæc est: *Heres meus nisi mater mea moritur, Titio centum ne dato:* testator nihil dixit, nihil adjecit præterea, nihilque proposuit, aut præmisit. Ait hoc genere sub conditione, vel datum, vel ademptum legatum videri, nempe hoc sensu, *si mater mea moritur, dato centum illi, si non moritur ne dato*. Et tamen ex sententia hujus *§. conditio*, ita concepta stipulatio, *centum dare spondes, nisi navis ex Asia veneris?* non ex conditione concepta videtur, nisi navis non venerit, sed initio pure, & mox ad conditionem collata, si navis ex Asia venerit, ut scilicet tum promissor liberetur. Non est cur legata, quod Accursius tentat hac in re separemus à stipulationibus: separari debent non negotia ipsa, sed formulæ eorum. Si dixero statim ab initio contrahendæ stipulationis, *nisi navis ex Asia venerit, centum non dato*, ex eventu, vel sub conditione, *si navis venerit*: vel ad conditionem, *si navis non venerit*, stipulatio facta videtur. Denique conditionalis stipulatio est, quæ sub contraria conditione resolvitur, sicut in illo *§. quidam Titio*, conditionale legatum est, quod sub contraria conditione resolvitur, sive adimitur; si vero dixero in stipulando, *centum dabis, nisi navis ex Asia venerit?* pura stipulatio est, quæ tamen sub conditione resolvitur, ut in hoc *§. conditio*.

AD *§. Modus.* Nunc sequitur, ut tractemus de modo, qui adjicitur stipulat. *Modus* specialiter dicitur apponi stipulationi, cum apponitur disjunctio, quæ ponat in arbitrio promissoris, hanc, vel illam rem dare, utram maluerit. Namque injicitur ita modus petitioni stipulatoris, ut non possit alteram rem petere abscise, & pure, prærepta electione promissori, non potest etiam utramque rem petere, sed ut

stipulatio concepta est, debeat disjunctim alterutrum, hanc, A vel illam petere, nisi velit incidere in periculum plus petitionis. Denique hæc disjunctio imponit modum petitioni stipulatoris. Finge stipulatus sum *Stichum, aut Pamphilum: alterius*, inquit Paulus, *solutio totam obligationem interimit*, neque tamen alterum petere stipulator potest pure, id est, sine disjunctione, quia plus petit, quamdiu uterque est, inquit, id est, quamdiu ambo vivunt, ut *l. 2. §. Scævola, de eo, quod certo loco*; nam si alter interierit, is solus, qui superest peti potest, perinde atque si solus deductus esset in stipulationem, *l. 95. Stichum, §. 1. de solut. l. si in emptione 34. §. pen. de contrab. emp.* Licebit tamen dibitori, qui moram non fecerit, offerendo æstimationem mortui, quæ forte vilior est, se liberare à præstatione hominis superstitis, *l. cum rei 47. §. sed si Stichus, de leg. 1.* alterius enim solutio, id est, alterius rei, vel æstimationis ejus (æstima- B tio est vice rei) totam obligationem interimit, ponitur quidem ab initio utrumque in obligatione, si ita stipulor Stichum, aut Pamphilum dari, quod ostendit *l. si duo rei 128. tit. seq. l. illud 25. de constit. pecun. l. miles 6. §. 1. de re judic. l. 5. §. ult. qui, & à quibus manum.* Utrumque, inquam, ponitur in obligatione, non solvitur tamen, neque etiam petitur utrumque, utique si utrumque sit in rerum natura, quia modalis, id est, disjunctiva obligatio est. Et de modo hæc sufficiunt.

AD *§. Accessio.* Sequitur de accessione in *§. accessio*. Ea duplex est, accessio personæ, vel accessio mixta ex persona, & re. Accessio solius rei non est causa obligationum, nisi sit modus. Quod sic declaro: si stipuler illud, & illud, pura est obligatio, cui nulla annectitur causa: si sti- C puler illud, aut illud, modalis stipulatio est. Itaque quam facit tertiam causam obligationum, accessionem non possis dicere esse accessionem rei solius, sed vel accessionem personæ, vel accessionem personæ, & rei. Accessio personæ est, si stipuler *mihi, aut Titio dari*, quo genere quidem obligatio Titio non quæritur, quia alteri per liberam personam adquiri obligatio non potest. Titio tamen solvere invito stipulatore promissor potest, *l. 12. §. pen. de solut.* videlicet antequam stipulator egerit, & litem contestatus fuerit, ut *l. 57. de solut. l. fidejussor obligari 16. in princip. de fidejuss.* Denique Titius accedit solutionis, non obligationis gratia: & ideo passim in jure appellatur adjectus solutionis gratia, ut ei solvatur, si malit debitor ei solvere, non ut debitor ei obligetur, quod fieri nequit per liberam personam. Et quod maxime notandum est, hic, qui dicitur ad- D jectus solutionis gratia, semper adjicitur posteriore loco, veluti *mihi, aut Titio*, non priore loco: nam si ita stipularer, *Titio, aut mihi*, nihil ago, *l. qui res 98. §. si servus, de solut. l. 45. Gajus, sol. matr.* præcedere debet obligatio solutionem, aut solutionis mentionem tacitam præcedere debet creditor, sequi adjectus, alioqui præpostere res agitur, & nullum est, quod agitur. Unde & in *l. 1. §. pen. de stipul. servor.* præpostere scriptum est, servum ex re proprietarii stipulatum fructuario, aut proprietario, quia cum ita obligatio conferatur in fructuarium, quod fit inutiliter ex re proprietarii, consequens est, & inutiliter conferri solutionem in proprietarium, qui extremo loco nominatus est. Scribendum igitur proprietario, aut fructuario, ut in eum consisteret obligatio, ex *l. 21. eod. tit. §. si servus*. Et hæc de accessione personæ. Alia est accessio non per- E sonæ, sed etiam rei, accessio mixta ex persona & re, ex personis, & rebus, quæ fit hoc modo: *mihi decem, aut Titio Stichum*, alia re designata in personam meam, & alia in personam Titii, ut *l. 34. qui hominem, §. stipulatus, de solut. l. ult. §. cum mihi, tit. seq.* Et hoc casu Sticho Titio soluto, Paulus ait in hoc *§. accessio*, quæstionis esse, utrum promissor liberetur ipso jure, an per exceptionem, id est, an ipso jure valeat accessio rei. Non respondet aperte Paulus. Sed *d. §. cum mihi* ostendit, non valere solutionem rei, nempe quia aliud ponitur in solutione, quam fuit in obligatione, in obligatione sunt decem, in solutione Stichus. Et absurdum videtur, ut aliud sit in solutione, quam quod est in obligatione, si eadem res ponatur in solutione, quæ posita est in obligatione, id est, si accessio personæ tantum fiat, non etiam rei: qui solvit adjecto, proculdubio ipso jure liberatur, *§. plane solutio, Inst. de inutil. stipul.* Non idem est si fiat accessio personæ, & rei, nam re soluta adjecto, quæ designata est in ejus persona, promissor ipso jure non liberatur, sed per exceptionem. Et ita etiam hoc loco respondisse Paulum conjecturam facit *§. pen.* qui sequitur, cum quo conjungenda est *l. 46. mand.* quæ est ex eodem libro: Si stipuler *mihi decem, aut Titio Stichum*, decem sunt in obligatione, Stichus in solutione, quæ modo fiat Titio, solutio tamen Stichi ipso jure non liberat reum, quia Stichus non fuit in obligatione, sed liberat reum per exceptionem pacti, vel doli ex conventione contrahentium. Sic in specie *§. pen.* stipulatione ita concepta (nullo alio modo præcedente, nullave alia conventione) si fundum non dederis, centum dare spondes? Centum sola sunt in obligatione, fundus in solutione tantum, solutio tamen fundi ipso jure non liberat reum, quia fundus debitus non fuit, solutio pecuniæ liberat ipso jure, non solutio fundi, qui non debebatur, sed liberat per exceptionem, quia ita voluit stipulator, ut dando fundum se debitor liberare posset à præstatione pecuniæ. Sed ut ante diximus, hoc exigimus, ut solvat fundum re integra, antequam lis de pecunia contestata sit.

Ad L.XLVI. Mandati. *Si quis pro eo spoponderit, qui ita promisit, si Stichum non dederis, centum millia dabis? & Stichum redemerit vilius, & solverit, ne centum millium stipulatio committatur: constat posse eum mandati agere. Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est: ut quotiens certum mandatum sit, recedi à forma non debeat. At quotiens incertum, vel plurium causarum: tunc licet aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, quam quæ ipso mandato inerunt: si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio.*

SEntentia autem *d. l. 46.* hujusmodi est: Fidejussi pro eo, qui ita promiserat, *Si fundum non dederis, centum dare spondes?* & fidejussi, ac cavi non me daturum fundum, quia cavissem alia de re, quam quæ posita est in obligatione: quæ cautio esset inutilis, sed cavi me daturum centum pro reo principali, si ipse moram faceret, aut non responderet. Mandavit mihi ut fidejuberem, cum eo, qui fidejubet pro nobis, mandatum contrahitur, quoniam mandamus ei, ut fidejubeat: cum eo vero, apud quem fidejubemus, stipulationem contrahimus: in mandati igitur obligatione fuerunt centum tantum, ut fidejuberem in centum, non etiam in fundum, & ego solvi fundum stipulatori, forte redemptum viliori pretio, an actione mandati pretium ejus repetam à reo principali? Sic videtur, & ita Paulus tradit in *d. l. 46.* quia eum liberavi saltem per exceptionem. Et inde ita concludit eleganter Paulus in illa l. si certum sit mandatum, ab ejus forma stricta mandatarium recedere non posse, ut puta, si certus homo debeatur, & pro debitore fidejussero, alterius rei præstatione defungi non possum: quinimo si alteram rem solvero stipulatori, apud quem fidejussi, non habebo mandati actionem adversus reum principalem, pro quo solvi, quia neque me, neque illum liberavi aliud præstando, quam quod erat in obligatione. At si mandatum sit incertum, aut causis pluribus implicitum, præstationibusve duabus, aut pluribus, ut in hac specie, *Si fundum non dederis, centum dare spondes?* videntur in mandato duæ esse præstationes, præstatio fundi, & præstatio pecuniæ. Et generaliter, ubi hoc, vel alio modo mandatum est incertum, fidejussor non obstringitur, ita ut id tantum solvendo, quod est in obligatione, se & debitorem liberare possit, sed solvere etiam potest, quod reo magis expedit, ac deinde quasi re illius bene gesta cum illo agere mandati: licet, inquit, aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, id est, absoluta mandati fides solutione aliarum rerum, quam quæ mandato, id est, obligationi insunt: si tamen hoc mandatori expedierit, puta ut fundus redimeretur, vel solveretur, qui non erat in obligatione, non pecunia, quæ erat in obligatione longe major, mandati erit actio.

Ad

AD *§. ult. l. 44. de oblig. &c.* Conferenda nobis est species hujus §. cum specie §. superioris. In specie superioris stipulatio incipit à conditione: *Si fundum non dederis, centum dare spondes?* & pecuniæ tantum contrahitur obligatio, non fundi, quia fundus non ponitur ad obligationem, sed ad solutionem tantum. Unde & fundo soluto, pecuniæ obligatio dissolvitur, qui utique & solvi invito potest: quia non potest stipulator immutare legem, sive conditionem initio appositam stipulationi, *l. 12. §. 1. de sol.* Denique in hac specie centum sunt in obligatione, fundus in præstatione, sive exsolutione tantum. In specie autem hujus *§. ult.* stipulatio non cœpit à conditione, verum ita concepta est, *fundum dare spondes? si fundus non dederis, centum dare spondes?* vel ita, ut ibi ponitur: *navem fieri spondes? si navem non feceris, centum dare spondes?* nihil refert in dando, an in faciendo concipiatur stipulatio. Et hoc genere videtur utrumque esse in obligatione, fundus & pecunia: fundus pure, pecunia sub conditione; videntur, & vero sunt duæ stipulationes, una pura, altera conditionalis, quia quot sunt res, tot sunt stipulationes, tot item formulæ. Unde quæritur, an si existat conditio posterioris stipulationis, ut puta, si promissor moram fecerit in dando fundo, an sit in arbitrio stipulatoris, vel pecuniam petere ex posteriore stipulatione, vel fundum ex priore, quasi manente utraque obligatione, nec priore translata in posteriorem. Et Paulus in hoc *§. ult.* verius esse statuit, duas quidem esse ab initio stipulationes ante moram promissoris, verum existente conditione posterioris, id est, post moram promissoris, nempe postquam potuit dare fundum, nec dedit cum interpellaretur, & priorem stipulationem novari, & transferri, sive transfundi in posteriorem, ita ut jam non ex priore agere stipulator possit, de fundo scilicet, sed ex posteriore tantum, ac proinde jam fundum non esse in obligatione, sed in solutione tantum, ut & in specie *§. pen.* Et ita etiam hunc *§. ult.* Græci interpretes sunt interpretati, ut in utraque specie fundus sit in solutione tantum, pecunia in obligatione, quod etiam confirmat *l. 1. §. item si ita legatum, ad leg. Falcid.* quæ hac in re nullam fecit differentiam inter hanc, & superiorem speciem. Sic igitur statuamus in utraque specie, pecuniam esse in obligatione, fundum in exsolutione. Verum addamus, hoc ita procedere, nisi id actum sit inter contrahentes, ut mora facta in dando fundo, utrumque sit in obligatione, pecunia & fundus: nam absque dubio stabitur voluntati contrahentium, de qua non ambigitur, *l. ita stipulatus 115. in fi. tit. seq.* alioqui sola pecunia est in obligatione, quoniam id plerumque actum videtur, ut post moram obligatio fundi transfundatur tota in obligationem quantitatis, & fundus sit in solutione tantum: debitori tamen, quod tenendum, est semper integrum est, etiam post moram fundum solvere, & se absolvere pecuniaria obligatione tamdiu, quamdiu stipulator ex ea obligatione de pecunia litem non contestatur, nisi aliud tempus ex conventione præscriptum sit solutioni fundi, quoniam qui non respondet ad tempus illud, ei non est integrum postea fundum offerre contra placita, *l. 57. de solut. l. 84. tit. seq.* quæ est ex hoc libro, & in fine hujus quæstionis illius species explicabitur. His etiam adde *leg. 1. de penu leg.* quæ ostendit idem etiam observari in legatis. Finge: testator ita cavit: Heres meus penum uxori meæ dato, si penum non dederit centum dato. In hac etiam specie penus est in solutione, quantitas in obligatione, quasi penoris legato translato, ut ait, & transfuso in quantitatem legati, videlicet si moram fecerit heres in præstando penore, ut *l. si penum 24. quando dies leg. ced.* Ab initio, sive ante moram heredis duo sunt legata, post moram heredis unum tantum legatum, videlicet pecuniæ legatum, in illud priore legato transfuso, *l. cum fine 19. quan. dies leg. ced.* Heredi autem semper est facultas quandoque penum solvere, & se liberare re integra, id est, antequam uxor quantitatem petierit apud judicem lite contestata, nisi aliud tempus solvendo penori testator præfinierit, quod ostendit *d. l. 1. de penu leg.* Potest autem uxor statim quantitatem petere, atque dari potuit penus, & debuit, nec data est, id est, statim post moram heredis. Et hac quidem in re, ut dixi, satisque satis ostendi, nulla est differentia inter speciem *§. ult. hujus l. & speciem §. pen.* Notandum tamen alia in re ex sent. Papiniani in *d. l. ita stipulatus*, esse differentiam inter hanc, & illam speciem. Nam si stipulatio incipiat à conditione, hoc modo: *si Stichum, vel si fundum non dederis, centum dare spondes?* stipulatio in centum non committitur, quamdiu Stichus, aut fundus est in rerum natura, & dari potest, licet sæpius conventus promissor non responderit, licet etiam moram fecerit, quoniam omne tempus vitæ promissori liberum est ad solvendum Stichum, vel fundum, si & in rerum natura sit Stichus, vel fundus. At si ita concepta sit stipulatio, *fundum dare spondes? si fundum non dederis, centum?* ex priore mora promissoris, id est, si cum primum potuit fundum dare, cum non dederit, non fuerit ei commodum fundum dare, statim committitur posterior stipulatio, *d. l. ita stipulatus*: est alia differentia satis aperta, quia cum res incipit à conditione, una tantum stipulatio est, cum incipit à præstatione fundi, & adjicitur, ut fundo non dato centum dentur, ab initio duæ stipulationes sunt, *d. l. si penum 24.* post moram debitoris una stipulatio, *d. l. cum fine 19.* unumve legatum. Et hæc est sententia hujus quæstionis, & legum ad eam pertinentium distinctio, quæ tamen non omnes prima specie invicem consentire videntur, videlicet *l. ita stipulatus 115. tit. seq. l. 1. de penu leg. l. cum fine 19. l. si penum 24. quando dies leg. ced. l. 1. §. item si ita legatum, ad leg. Falcid.* Hæc, inquam, est earum omnium legum distinctio certissima, & clarissima. At præterea videamus, quomodo explicandum sit, quod vulgo objicitur huic *§. ult.* nimirum stipulationem pœnalem, quæ subjicitur priori stipulationi de re, vel pecunia, vel facto aliquo, non novare priorem stipulationem, quod est verissimum. Et hic tamen dicitur, nave non fabricata, atque ita existente conditione posterioris stipulationis, transferri priorem in posteriorem, id est, quasi novationem prioris fieri. Obstat quod dixi stipulationem pœnalem non novare priorem stipulationem, *l. prædia 28. de act. emp. l. duo 71. l. si quis à socio 41. & l. seq. pro soc. l. qui Romæ 122. §. Flavius, tit. seq.* Quæ sententia etiam summa ratione nititur, quia si pœnalis stipulatio novat priorem, jam nulla erit pena promissoris, quia pœna tantum debetur, non res initio deducta in stipulationem, & pœna forte minor est reipsa, aut certe non multo major. Denique si novatio fit, nihil fit in pœnam debitoris, pœna est quæ extra rem infligitur. Ergo commissa stipulatione pœnali, jure recto non tantum pœna peti potest, sed etiam res. At ut respondeam denuo, quæ subjicitur stipulatio in specie hujus *§. ult.* si navem non feceris, centum dari, non subjicitur pœnæ causa, sed est quasi conditio, sub qua prior obligatio resolvitur, non ulla pœna irrogatur, ut *d. l. si penum*, alioqui si pœnæ causa posterior stipulatio subjecta sit, tunc profecto nulla novatio fiet, & ex utraque stipulatione erit actio, quoniam id actum intelligitur, ut utrumque debeatur, res & pœna cessationis, aut contumaciæ, quod & agi nominatim potest, *d. l. ita stipulatus in fine.* Et tamen sive id actum sit, ut utrumque, sive ut alterutrum præstetur, quod ait illo loco *d. l. ita stipulatus*, idem esse defendendum, in quo laborat Accursius, hoc idem esse defendendum ex sententia Sabini, ut ex posteriori stipulatione statim agi possit, atque moram promissor fecerit in dando homine comprehenso priori stipulatione, cum dandi ejus bonam copiam haberet. Adjiciamus huic *§. ult.* legem tituli sequentis, quæ, ut dixi paulo ante, etiam est ex hoc libro.

Ad L. LXXXIV. de Verb. oblig. *si insulam fieri stipulatus sim: & transierit tempus, quo potuerit facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari, placet: quod si jam litem contestatus sim: nihil tibi prodesse si ædifices.*

HIC *§. ult.* est de stipulatione *navem fieri*, l. 84. de stipulatione *insulam fieri*. Idem vero juris est in utraque, nempe ut si promissor navem, vel insulam fecerit antequam ex stipulatu ageret stipulator, & litem contestaretur, omnimodo liberetur, ut si ante litem contestatam fecerit

cerit navem, vel insulam, omnimodo liberetur, & à posteriori stipulatione, quam si non faceret, promisit centum, & à præstatione ejus, quod interest, etiamsi fecerit post moram, aut facere paratus sit, id est, tempore illo elapso, quo facere potuit, & debuit, nec fecit. Denique integrum ei est facere, antequam litem contestetur stipulator, post litem contestatam si fecerit, nihil ei prodest. Hæc est sententia *l. 84.* quam confirmat etiam *l. 1. de penu leg. & l. 57. de solut.* Post litem contestatam res non est integra: fabrica insulæ, vel navis, non est in arbitrio promissoris, ut eam præstando, se judicio jam contestato absolvere possit. Huic sententiæ non obstat *l. hoc edicto, sup. in princ. de publican.* quæ ait post litem contestatam actione pœnali in duplum adversus publicanum, qui rem actori eripuit, vel abstulit dolo malo à publicano restituta re actori ablata, publicanum evitare pœnam dupli. Ergo etiam post litem contestatam licet purgare moram: Respondeo hoc juris esse in hac specie ex edicti verbis (ut & ea lex significat) quo in publicanum, quæ datur actio dupli, est arbitraria, & omnibus actionibus arbitrariis inest hæc conditio, ut damnetur reus, si arbitrio judicis res non restituatur. Ergo si neque restituatur ante litem contestatam, neque post litem contestatam arbitrio judicis, qui suscepit cognitionem: in judiciis arbitrariis hoc juris est, ut possit se reus absolvere judicio pœnali, vel quo alio graviore, si quando ante sententiam rem restituat arbitratu judicis.

Ad L.VIII. Judicatum solvi. *Si petitor post satisdationem ante judicium acceptum heres possessori extiterit, extinguitur stipulatio.*

Ad L.XI. eod. *Si servus, qui in rem actione petebatur, lite contestata decesserit: deinde possessor litem deseruerit: quidam fidejussores ejus pro lite datos non teneri, putant: quia mortuo homine, nulla jam res fit, quod falsum est: quoniam expedit, de evictione actionis conservandæ causæ, item fructuum nomine rem judicari.*

Restant tantum ex hoc libro duæ leges, *l. 8. & l. 11. tit. judicatum solvi*, de stipulatione judicatum solvi, quam in judiciis in rem reus, id est, possessor præstat, ante litem contestatam semper datis fidejussoribus. In leg. 8. hanc stipulationem extingui, si actor reo heres extiterit: extingui, confusione scilicet, quia in eandem personam concurrit jus actoris & rei, quod ut sit, natura non fert. In leg. 11. additur etiam quosdam existimare homine petito, pendente lite, pendente judicio, post litem contestatam mortuo sine culpa rei, mortuo suo fato, quosdam existimare etiam hoc casu extingui stipulationem judicatum solvi, & fidejussores liberari pro lite datos, id est, cui pro reo caverunt judicatum solvi, ut in *leg. 5. §. In possessione 26. ut in possess. leg. l. si eum 33. de fidejuss. leg. si quo temp. 41. de petit. hered.* Et extingui stipulationem hac ratione, quia mortuo homine suo fato, nulla jam res est, de qua litigetur, nulla lis. Consequens igitur est, de lite cautionem extingui, quæ nulla esse cœpit. Denique reum post mortem hominis si litem deserat, si rem non defendat, qua ex causa solet committi stipulatio judicatum solvi, vel fidejussores ejus non teneri. Verum hæc opinio displicet Paulo optima ratione, quia mortuo homine, qui, ut ait, in rem actione petebatur, non continuo etiam mortua lis est: mortua re principali, quæ in judicium venerit, non continuo mortua tota lis est, quia de accessionibus rei lis superesse potest: & expedit, exempli gratia, etiam post mortem hominis, rem judicari fructuum, vel partuum nomine, ut sciatur ad quem pertineant, vel etiam ut actori conservetur actio de evictione, ut sciatur re judicata actor habeat, nec ne adversus auctorem suum actionem de evictione: vel etiam ut sciatur, ad quem pertineat peculium defuncti hominis, *l. utique 16. de rei vindic. l. pen. C. si pend. app. mors interv.* Recte autem posui hominem mortuum post litem contestatam, quod & Paulus ponit: nam si mortuus sit ante litem contestatam, proculdubio nulla est stipulatio, nulla cautio judicatum solvi, quod & Accursius notat recte hic, *& l. si quis tibi 26. de evict.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXXV. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.LXXXV. de Verbor. oblig. *In executione obligationis sciendum est quatuor causas esse: nam interdum est aliquid, quod à singulis heredibus divisum consequi possumus, aliud, quod totum peti necesse est, nec divisum præstari potest, aliud quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest: aliud quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat sectionem.*

Ad §. Prima *species pertinet ad promissorem pecuniæ certæ, nam & petitio, & solutio ad portiones hereditarias spectat.*

Ad §. Secunda *ad opus, quod testator fieri jusserit. Nam singuli heredes in solidum tenentur: quia operis effectus in partes scindi non potest.*

Ad §. Quod *si stipulatus fuero,* Per te, heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam: si adversus ea factum sit, tantum dari? *& unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat? Verior est sententia existimantium, unius facto omnes teneri, quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibuero. Sed cæteri familiæ erciscundæ judicio sarcient damnum.*

Ad §. Pro parte *autem peti, solvi autem nisi totum non potest: veluti cum stipulatus sum hominem incertum. Nam petitio ejus scinditur, solvi vero nisi solidum non potest, alioquin in diversis hominibus recte partes solventur, quod non potuit defunctus facere, ne quod stipulatus sum, consequar. Idem juris est, & si quis decem millia, aut hominem promiserit.*

Ad §. In solidum *vero agi oportet, & partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus. Nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt: omnesque debent subsistere: & quolibet defugiente tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria præstatio injungitur.*

Ad §. Item *si ita stipulatio facta sit,* Si fundus Titianus datus non erit, centum dari? *nisi totus detur, pœna committitur centum: nec prodest partes fundi tradere, cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum, partem creditori solvere.*

Ad §. Quicunque *sub conditione obligatus, curavit, ne conditio existeret: nihilominus obligetur.*

Ad L. LXXXVII. eod. *Nemo rem suam futuram in eum casum, quo sua sit utiliter stipulatur.*

In Libro LXXIV. exposui quatuor causas constituendarum, & contrahendarum obligationum: in hoc libro exponam alias quatuor causas sive species, non quidem contrahendarum, sed exequendarum obligationum, quæ jam contractæ sunt, *l. 85. de verbor. obligat.* à qua initium faciam. Exequimur obligationem, sive stipulationem, quam contraximus, & nobis adquisivimus, ex ea actionem instituendo, & extorquendo solutionem à debitore. Actio, & quæ eam sequitur, exactio, est exequutio obligationis: at pluribus à promissore heredibus relictis executio obligationis fieri quadrifariam potest, ut in hac lege ostenditur, vel singulis heredibus divisim conventis pro parte hereditaria, & æque solventibus pro parte hereditaria, puta quoties obligatio est dividua, quæ scindi possit in personas heredum: vel quoties obligatio est individua, executio obligationis fit uno ex heredibus convento in solidum, & exolvente solidum: vel executio obligationis fit, quæ est tertia causa, vel tertium genus executionis, uno ex heredibus convento pro parte, & solvente solidum, nec recte solvente partem, quamvis pars tantum hereditaria ab eo petita sit: vel, quæ est quarta species, uno ex heredibus convento in solidum, & solvente partem tantum, ex qua heres est. De singulis causis singulatim dicemus. Prima causa, sive ratio exequendæ obligationis locum habet, si quis promiserit certam pecuniam, nam hæc obligatio

gatio divisionem, aut ut hæc lex loquitus uno loco, secutionem recipit ex duodecim tabulis inter heredes promissoris, pro portionibus hereditariis ipso jure, & ideo non potest a singulis heredibus peti ultra portionem hereditariam, ut ab eo, qui heres est ex triente, non potest peti, nisi triens pecuniæ creditæ, ab eo, qui ex uncia non nisi duodecima pars pecuniæ creditæ. Et vice versa non tenentur etiam heredes creditoribus hereditariis solvere singuli quidquam ultra portionem hereditariam. Denique nomina tam activa, quam passiva ex duodecim tabulis inter coheredes dividuntur pro portionibus hereditariis, *l. heredes 25. §. idem juris, famil. ercisc. l. 6. C. eod. l. pacto 26. C. de pact. l. 1. C. si unus ex plur. hered.* Marc. Tullius pro Roscio Comœdo: *Heres*, inquit, *pro sua parte petit, qua hereditatem adiit, & pro sua parte dissolvit.* Quintilianus declamatione 336. *Patri tuo*, inquit, *credidi, cujus ex parte dimidia heres es: assem non possum à te petere, semissem petere possum.* Secunda species exequendæ obligationis pertinet ad eum, qui promisit se opus aliquod facturum, qui si plures heredes reliquerit, singuli tenentur in solidum, nec si unus ex eis conventus sit, & victus, aliter liberatur, quam si solidum exsolverit, id est, quam si opus consummaverit, quia obligatio operis faciendi est individua, operis scilicet effectus in partes scindi non potest, quia quamdiu ex opere aliquid superest, quod perfectum nondum sit, tamdiu non potest videri aliquid factum, *l. 2. de præt. stip.* Idemque servari legata, vel promissa servitute prædiorum, veluti itinere, aut via, procuidubio hoc loco Paulus adjecit, quia ut facta, ita & servitutes prædiorum dividuitatem non recipiunt, *l. 72. hoc tit.* Et conjunxerat idem Paulus quod sequitur in *§. quod si stipulatus*, stipulatione ita concepta, *per te, heredemve tuum non fieri, quo minus mihi per tuum fundum ire agere liceat*, subdita stipulatione pœnali, vel quanti ea res sit, si quid adversus ea fieret, id est, si tu, vel heres tuus me prohiberet ire agere, aut vehiculum ducere, & unus tantum ex heredibus tuis me prohibuerit, omnes ex stipulatu teneri pœnæ nomine, pœnam committi in solidum, vel uno prohibente cæteris permittentibus, quia pœnæ causa est individua; verum singulis non injungi præstationem pœnæ, nisi pro portionibus hereditariis: injungi pœnam omnibus, etiam iis, qui non prohibuerunt, sed non omnibus in solidum, proinde unicuique tantum incumbere præstationem pœnæ pro parte hereditaria, cæterum omnes teneri conferre ad pœnam. Nam & si unus tantum prohibuerit, non omnes, non potest ille videri me prohibuisse in partem tantum, prohibitio divisionem non recipit: qui prohibetur, prohibetur in totum, non in partem. Itaque omnes tenentur perinde atque si omnes me prohibuissent, imo & quodammodo omnes me prohibuisse videntur, quasi facto unius pertingente etiam cæteros, propter individuitatis causam. Verum quod is, qui non prohibuit, qui extra culpam est, mihi præstiterit, id judicio familiæ erciscundæ, cum dividetur hereditas, ei reputabit, qui prohibuit. Cæteri, inquit, familiæ erciscundæ judicio sarcient damnum, quod non est, sarcient damnum ei, qui prohibuit, quod nec facient, sed sibi ipsi damnum sarcient, id quod damni fecerunt, solvendo pœnam pro partibus suis reputantes ei, qui prohibuit in judicio familiæ erciscundæ, quia facto ejus in eam fraudem inciderunt, quod etiam traditur in *l. 2. §. item si in facto, hoc tit. l. inter 44. §. quod ex facto, famil. ercisc.* Nec alia mens est *l. heredes 25. §. in illa, famil. ercisc.* dum ait, in hac specie uno ex coheredibus prohibente stipulatorem, quo minus itinere, aut via utatur, in solidum committi stipulationem pœnalem, vel quanti ea res est: nec enim hoc vult, in solidum eam committi in singulos heredes, sed committi in omnes totam pœnam sine deminutione, ita ut singuli tamen pro partibus tantum hereditariis conveniantur, *l. 4. §. Cato, hoc tit.* De hac specie satis. Tertia species exequendæ obligationis est, cum peti pars duntaxat potest, solvi autem nisi totum non potest. Finge, promisi hominem indistincte & generaliter, non designato certo homine, & vita decessi pluribus relictis heredibus; stipulator in singulos heredes habet actionem pro parte hereditaria tantum, id est, omnes ei tenentur unum hominem redimere pro partibus hereditariis, & solvere, nec potest unus solvere partem Stichi, alter partem Pamphili, quia non id actum est inter contrahentes, neque vero pluribus heredibus institutis id etiam testator egit, ut in diversis hominibus partes solverentur, sed ut in uno eodemque homine. Stare vero ei, quod sit actum oportet: si in diversis nominibus partes solverentur recte, aliud solveretur, quam quod actum est ut solveretur, quam quod in stipulationem deductum est. Itaque ab uno ex heredibus Stichi dominio quæsito, & cesso stipulatori pro parte, nondum ei in ulla parte liberatio contingit, verum coherede postea solvente ejusdem Stichi partem alteram, tum uterque liberatur, non ante, quia anterior solutio nulla est, *l. 2. §. 1. hoc tit.* Et hæc quidem locum habent, ne fallamur, homine incerto generaliter promisso, quod & ita proponitur in *§. pro parte*, nempe ut pars Stichi non solvatur recte. Aliud enim dicendum est, si homo certus promissus sit, veluti Stichus: nam Stichus recte solvi pro parte potest, quidni? volenti creditori, & ita pro parte liberatio contingit, *l. 9. §. 1. de solut.* Cur vero tam varie? cur aliud homine incerto, aliud homine certo promisso? nempe quia Sticho promisso, si pars Stichi solvatur, solvitur pars rei debitæ, & recte igitur. Homine autem incerto promisso generaliter; si pars Stichi solvatur, non solvitur pars rei debitæ, quia non Stichus, sed homo generaliter promissus est, quem eligeret promissor, si nihil de electione actum sit, vel quem eligeret stipulator, si id dictum sit. Ejusdem conditionis hoc loco Paulus ait esse hanc stipulationem, *decem, aut hominem dari*, scindi hæc stipulatio facto promissoris non potest. Itaque partem pecuniæ, & partem hominis recte non solvi. Et in *d. l. 2. §. 1. hoc tit.* idem Paulus ejusdem etiam conditionis esse hanc stipulationem, *Stichum, aut Pamphilum dari.* Nam & hoc casu non recte solvitur, aut Stichi, aut Pamphili pars, quia neque hujus, neque illius pars, pars est rei debitæ, neque enim pure debetur Stichus, nec etiam pure Pamphilus, sed sub alternatione, vel Stichus totus, vel Pamphilus totus. Et ut ait eleganter in hoc §. pro parte non potest debitor facere divisa obligatione, ne creditor id ipsum, quod stipulatus est, consequatur. Et hæc sufficiant de tertio genere exequendæ obligationis. Quartum genus exequendæ obligationis proponitur in *§. in solidum*, quod tertio ex adverso respondet, eo enim genere fit, ut unus ex pluribus heredibus promissoris conveniatur in solidum, & se liberet solvendo partem tantum, ex qua heres est, quod evenit in hac specie, cui & mox adjicitur altera ex *§. pen.* Venditor fundi duplum promisit emptori, si fundus emptori evinceretur, & vita excessit pluribus relictis heredibus: post mortem ejus, si quis emtori faciat dominii controversiam, dicens se esse ejus fundi dominum, singuli heredes in solidum conveniendi & denuntiandi sunt, ut de re agenda adsint, ut emptori assistant in ea lite, & causam instruant, atque defendant quasi auctores venditionis, & quasi obligati auctoritatis nomine, sive evictionis. Hæc denuntiatio veluti actio quædam est: actio dicitur in auctorem præsentem, qui est præsens in jure, id est, ad sellam prætoris, in *Orat. pro Cæcinna.* Unde & Accursius rectissime in hoc §. in solidum agi hic interpretatur, in solidum denuntiari: denuntiatio illa veluti actio quædam est, & alibi conventio, *l. cum ex causa 139. hoc tit.* Conveniendi sunt omnes heredes, id est, denuntiandi ut causam defendant, & in *l. si plus 74. §. pen. de evict.* conveniri auctorem, sive venditorem ad rem defendendam, & ita agi quodammodo cum eo, id etiam multis in locis juris nostri, est laudare auctorem suum. Et ex jure nostro absque dubio *M. Tull. in Bruto*, quem ego auctorem laudare possum rerum Romanarum religiosissimum, in idiotismo, *sommer le garand.* Et hujus quidem actionis, sive conventionis extat formula, *quando te in jure conspicio*, id est, ad tribunal prætoris, *postulo an auctor fias venditionis a te factæ?* Unde & in *l. 75. qui absentem, de procurat.* de eo, qui laudabat auctorem, *postulabat*, inquit, *à venditore, ut a se defenderetur*, hoc postulare, est laudare auctorem. Laudandus est autem auctor ab emptore, cui sit controversia, omnimodo, ut sit emptori adversus eum

salvus

salvus regressus evictionis nomine, quia illaudatus auctor non tenetur de evictione, etiamsi caverit de evictione, etiamsi caverit duplam. Cæterum laudandus est tantum auctor primus, id est, venditor, heresve ejus, non auctor secundus, id est, fidejussor à venditore datus ob evictionem, hic est auctor secundus, *l.4. de evict. l. 7. C. eod.* Hic & in glossa Philoxeni dicitur *προπαγητωρ*, & *βεβαιωτής*. Et quod non est omittendum, laudatus quidem auctor primus, vel totam litem in se recipere, & exsequi suo nomine, & sua impensa debet, si ita convenerit, qui vulgo vocatur *garand formel*: vel debet liti tantum subsistere, sive emptori litiganti adesse. Subsistere dixit Paulus io hoc §. & alii in *d. l. cum ex causa 139. hoc tit. & l. si rem 62. de evict.* Quod Græcis est *παρισταμένω*. Et hic, qui adsistit tantum emptori litiganti cum alio de dominio rei emptæ, vulgo dicitur *garand simple, non pas garand formel*. Hinc intelligemus statim hanc esse sententiam hujus §. mota emptori quæstione dominii, post mortem venditoris, in solidum conveniri omnes ejus heredes, ut liti subsistant, remque defendant, & omnes debere subsistere, & vel uno eorum defugiente auctoritatem, id est, nolente rem defendere, & in judicium venire, quia defensionis causa est individua, defensio pro parte res ridicula est: aut nihil agit, qui defendit, aut defendit in solidum, *l. ex clausula 17. judic. sol.* Et ob id uno defugiente auctoritatem, omnes defugisse videntur, ideoque omnes tenentur, etiam qui adfuerunt, nec ejerarunt auctoritatem, sed singulis pro partibus tantum hereditariis præstatio incumbit evictionis nomine, atque ita licet actio fuerit in solidum, solutio partis admittitur, & adfert liberationem. Defugere dixit simpliciter in hoc §. ut & *l. cum ex causa, hoc tit. & l. minor in fine, de evict.* Quod integriori sermone alii auctores *defugere auctoritatem*, quam venditor quisque præstare debet, suscepta defensione emptoris, cui movetur quæstio dominii. Idem vero mox in *§. pen.* ostendit Paulus evenire in hac specie: Stipulatus sum fundum dari, & si fundum non dederis, tot dari pœnæ nomine, non novandi animo, & promissori plures heredes extiterunt: uno non dante fundum in tempore, in solidum committitur pœnalis stipulatio, etiamsi cæteri coheredes partes suas solverint, *l.5. §.ult. hoc tit.* quia pœnæ causa individua est, aut tota committitur, aut nulla ex parte: vel si minimum superfit ex fundo, quod datum non sit. Verum unicuique heredi pro parte tantum hereditaria pœnæ solutio injungitur, *l. heredes 25. §. idem juris, famil. ercisc.* Omnes tenentur in pœnam conferre, quamvis unus tantum sit in culpa, cæteri sint innoxii, qui partes suas præstiterunt, & priori obligatione obtemperaverunt: cæterum non plus portione hereditaria pœnæ nomine à singulis exigitur, eadem ratione, quod & hi. notavit Paulus: quia individua est pignoris causa, quia pignus non solvitur, non luitur, si vel unus nummus, vel teruncius tantum superfit in obligatione, vel pro modico ære totum pignus retinetur, etiamsi æris reliquum jam persolutum sit: & hoc est, quod dicitur, causam pignoris esse individuam, *l. rem 65. de eviction. l.31. quod si nolit, §. idem Marcell. de ædil. edic. l.heredes 25. §. idem observatur, famil. ercisc.* Hac ratione uno ex heredibus debitoris non solvente sortem, cæteris solventibus pro partibus suis, nulla ex parte pignus liberatur. Denique cessatio unius heredis pœnam in solidum committit: cessatio etiam unius heredis, pignus integrum & imminutum conservat: & hæc sufficiant ad has quatuor causas.

AD *§.ult.* Hodierno die explicabimus tantum *§. ult.* qui restat ex *l.85. de verb.obl. & l.87. ejusd. tit.* quoniam satis non fuit temporis ad excutienda, quæ sunt in hoc lib. In hoc *§. ult.* ostenditur, aliquando eum, qui sub conditione debet, etiam defecta conditione obligari, ut puta si ipse curaverit, ut conditio deficeret: quod accipiendum videtur de conditione potestativa, ut loquuntur Imperatores, quæ scilicet fuit in potestate stipulatoris, vel alterius cujuslibet, vel quæ fuit collata in casum, eventumque fortunæ, ut si eam conditionem promissor impedierit, pro impleta habeatur: & hoc est, quod ait *lex 161. de reg. jur. quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur: perinde haberi, ac si conditio impleta fuerit*: ex qua regula juris intelligimus, & in *l. 24. de condit. & demonstr.* in qua eadem regula repetitur, Digesta Florentina, & Basilica perperam habere detracta negatione, *quoties per eum, cujus interest conditionem impleri, fiat quo minus impleatur &c.* nam hæc eadem ipsa lex 24. ostendit, legendum esse, *per eum, cujus interest non impleri*, cum ponat exemplum in promissore, per quem factum est, quo minus stipulator conditioni pareret, quæ erat in ejus arbitrio. Promissoris autem interfuit non conditionem impleri, sed conditionem non impleri, ne committeretur stipulatio adversus eum. Stipulatoris autem interfuit conditionem impleri, qui quidem stipulator, si conditionem tamen impedierit, vel si quam potuit implere, non impleverit, conditio non habetur pro impleta, sed pro defecta, quæ & defecit etiam, nec semel defecta resumi, aut respectari potest, *l.1. §. utrum, in fi. si quid in fraud. patr. fact. sit.* Hoc igitur casu cum stipulator conditioni impedimentum attulit, promissor liberatur: nam & ita si is, qui sub pœna stipulatus est judicio sisti, impediverit judicio sisti, promissor liberatur, *l.1. §. si reus, de eo, per quem fact. erit quo min. in jud. sist.* damnum quod quis ex culpa, vel stultitia sua sentit, damnum esse non videtur, *l.quod quis 203. de reg. jur.* Porro de conditione, quæ fuit in potestate promissoris, hæc Pauli sententia videtur accipi non posse, quia ubi conditio ponitur in arbitrio, potestateve promissoris, sane in ejus arbitrio est eam implere, vel non implere, obligationem efficacem facere, aut inefficacem, idque etiam totum recte ponitur in arbitrio promissoris, non quidem palam & aperte, *dabis si volueris, l.17. & 108. §.ult. hoc tit.* sed tacite dabis, si Capitolium non ascenderis, dabis, si Titiam uxorem non duxeris, argum. *l.si ita legatum, §. 1. de legat. 1. & l. 3. de legat. 2.* Non omittam speciem, quam excipit Accursius hoc loco & in *l. 161. de reg. jur.* Si de te stipuler mihi dari decem, si te luctando, aut pugnando, aut litigando vicero, & totis viribus id effeceris, ut tu me vinceres, & viceris, conditio non habetur pro impleta, imo liberaris tu quasi conditione defecta. Dico hanc speciem non recte poni ab Accursio pro exceptione sententiæ hujus §. nihil hanc speciem ad hunc §. pertinere, in quo agitur de conditione, quæ defecit facto debitoris conditionalis: illa species, quam excipit Accursius est de conditione, quæ defecit non tam facto debitoris, quam eventu fortunæ. Est enim alea quædam certaminum, & judiciorum, quæ rem dirimit inter partes potius, quam cujusque cura, conatus, aut diligentia. Ad hæc non erit alienum paucis definire, quid sit dicendum contracta stipulatione sub conditione, si non promissor, non stipulator, sed alius quidam extraneus impedierit conditionem. Et quidem si is impedierit conditionem, in cujus persona implenda conditio erat, ut si mihi promiseris centum, si Titii negotia administravero, & Titius impedimento mihi sit, quo minus sua negotia attingam, conditio habetur pro impleta, *l. 5. §. 5. quan. dies leg.* Illo loco, *aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere conditioni, l. Mævius 55. de condit. & demonst. l. 39. de reg. jur.* Quæ ait, pro facto accipi id, in quo per alium mora fit, quo minus fiat: quæ regula etiam accommodari potest ad conditionem, quam impedierit alius quidam extraneus, in cujus personam conditio collata non fuit: quamquam *l. inde Neratius 23. §. idem Julianus, ad leg. Aquil.* dicat conditionem non videri impletam, si per alium quendam extraneum, in cujus personam collata conditio non est, conditio impediatur: Species est. Heres institutus sub conditione, si Stichum servum suum manumiserit: Sticho occiso ab extraneo post mortem testatoris antequam manumitteretur, conditio defecisse videtur, quia eo tempore occisus est, quo heres eum manumisisse debuit, verum heres ab occisore actione legis Aquiliæ consequetur hereditatis æstimationem, hereditatem vero non obtinebit; denique heres non erit ex testamento. Verum aliud omnino dicendum in hac ipsa specie: Si Stichus occisus sit vivo testatore, quo tempore nondum poterat ab herede manumitti, quia conditio illa manumittendi servi fuit promiscua,

mifcua, ut loquitur *l. 7. de condit. & demonftr.* quæ fcilicet vivo teftatore impletur fruftra. Hoc igitur cafu cum Stichus occifus eft vivo teftatore ab extraneo, conditio habetur pro impleta, & heres fub ea inftitutus pervenit ad hereditatem, quod oftendit *l. quæ fub conditione 8. §. quoties, de cond. inft. & l. turpia 54. §. pen. de legat.* A

Ad L. LXXXVII. de Verb. oblig. *Nemo rem fuam futuram, in eum cafum, quo fua fit, utiliter ftipulatur.*

NEmo rem fuam fibi dari pure ftipulatur recte, quia dare, eft dominium transferre, & rei, cujus dominus fum, amplius fieri dominus non poffum, l. 29. *§. ult. & l. 82. hoc tit.* Eademque ratione, rem alienam fruftra ftipulor in eum cafum, quando mea fit, ut Paulus docet hoc loco: cui tamen objicitur ftatim l. t. *§. fi quis fub conditione, ut legator. feu fideicommiff. ferv. cauf. caveat.* quæ hoc videtur velle, valere ftipulationem, fi is, cui res quædam legata eft fub conditione, ab herede ftipuletur, eam fibi dari exiftentis conditionis tempore, quo tamen tempore videtur res fua fore: dicendum eft illum §. valde pugnare cum hac l. is loquitur de legato per vindicationem, quod legatario ipfo jure acquiritur, ftatim atque extiterit conditio, at non de eo legato accipienda eft: Congrui fenfus funt adhibendi, five accommodandi legibus, fed loquitur ille §. & intelligendus de alio genere legati, cujus dominium in legatarium non tranfit fine facto domini, ut de legato per damnationem, aut finendi modum, & ita recte ftipulatur legatarius rem eo genere fibi legatam præftari ab herede in cafum exiftentis conditionis, fub qua legata eft, quoniam hujus legati legatarius dominus non efficitur ftatim ipfo jure fine facto heredis. Itaque nec videtur ftipulari rem legatam in cafum, quo fua fit, perperam Accurfius, cujus gloffa eft fatis obfcura, & corrupta etiam aliquantulum, fic accipit hæc verba hujus *l. Nemo utiliter ftipulatur,* fic, inquam, accipit, nemo utiliter ftipulatur rem futuram fuam in eum cafum, quo fua fit, ut fcilicet plus confequatur per ftipulationem, quam per actionem ex teftamento, quia legatarius non plus per illam ftipulationem, quam per actionem ex teftamento confequitur, non eft pinguior, aut plenior illa ftipulatio legato. Itaque nemo in eum cafum rem fuam futuram utiliter ftipulatur, ut fcilicet plus confequatur, quia plus non confequetur actione ex ftipulatu, quam actione ex teftamento. Et fecundum hoc, inquit Accurfius, erit bonum exemplum, ut fi legata res erat fibi fub conditione, & ftipuletur eam fub eadem conditione: fententia Accurfii hæc eft, valere quidem ftipulationem ex *d. §. fi quis fub conditione*, fed effe inutilem, ut ait hæc l. quia non plus confequetur per eam, quam per legati fpeciem. Hæc vero funt pugnantia, effe inutilem, & valere, nec fuftineri ullo modo poffunt: nec fœlicius Bartolus, utilem effe illam ftipulationem legati conditionalis, quod fit fatifdatio, utilem effe propter fidejufforem, cum l. præcidat indiftincte, inutilem effe. Non eft igitur in hac re cavillandum, fed, ut dixi, diftinguenda funt genera legatorum, male etiam Accurfius diftinguit inter caufam lucrativam, & caufam non lucrativam, ut inutiliter rem meam futuram in eum cafum, quo mea fit ex caufa lucrativa, utiliter vero in eum cafum, quo mea fit ex caufa non lucrativa, quia & hac ratione Albericus Accurfium refellit, fi inutiliter ftipulor rem, quæ jam mea eft ex caufa non lucrativa, quod eft certiffimum, & confequenter eam rem, quæ mea futura eft ex pari caufa, in eum cafum ftipulor inutiliter: nihil enim refert rem meam ftipuler, an rem non meam in cafum, quo mea fit, ficut nihil refert uxori donem, an fponfæ, in cafum, quo uxor mea fit, *l. 4. C. de donat. ante nupt.* Nihil refert privatus judicare jubeat, an in eum cafum, quo privatus futurus fit, *l. 13. de jurifd. om. judic.* B C D E

Ad L. X. Qui fatifd. cogantur. *Si ab arbitro probati funt fidejuffores, pro locupletibus habendi funt: cum potuerit querela ad competentem judicem deferri, qui ex caufa improbat ab arbitro probatos, & alios improbatos probat: multo que magis fi fua voluntate accepit fidejuffores: contentus iis effe debet. Quod fi medio tempore calamitas fidejufforibus infignis, vel magna inopia acciderit: caufa cognita, ex integro fatifdandum erit.*

EX libro 75. explicabimus leges octo, ex quibus *l. 10. qui fatifd. cog. & l. 4. de prætor. ftipul.* pertinent generaliter ad ftipulationes prætorias, quæ fatifdationem exigunt, ficut *l. 85. & 87. de verbor. obligat.* quas expofuimus ante, etiam pertinent generaliter ad omnes ftipulationes. In reliquis legibus hujus libri agitur fpecialiter de ftipulationibus prætoriis quatuor. De ftipulatione nihil ex hereditate deminutum iri, quam heres fub conditione inftitutus, qui interim petiit bonorum poffeffionem fecundum tabulas, fubftituto præftare debet, & de ftipulatione fructuaria, & de ftipulatione legatorum, & de ftipulatione Falcid. *Lex 10. qui fatifd. cog.* ut ab ea incipiam, quæ generalis eft, pertinet, ut dixi, ad ftipulationes prætorias, quæ fatifdationem exigunt. Satifdatio eft datio fidejufforum, quoties autem à promiffore ftipulatori offeruntur fidejuffores, plerumque non folet eos nifi probatos ftipulator accipere, & probatos quidem ab arbitro in eam rem à prætore dato, qui veluti quidam in ea re fpecialis judex effe videtur, cum & ab eo, fi iniquum ejus arbitrium effe dicatur, appellari poffit, tanquam à judice, *l. 9. fup. hoc tit. l. 2. inf. à quib. appella. non lic.* vel ut quibufdam videtur, fine appellatione arbitrium ejus Prætor, qui eum dedit corrigere poteft, fi ad eum hujus rei querela deferatur: appellatione, vel querela opus eft. Alioqui ab eo probati fidejuffores, pro idoneis, pro affiduis, & locupletibus habentur, ut Paulus ait initio hujus *l. 10. Cum potuerit*, inquit, *querela ad competentem judicem*, id eft, ad eum, qui arbitrum dedit deferri, ubi interponenda eft fubdiftinctio, five virgula, & deinde inferendum, *qui ex caufa improbat*, qui fcilicet Prætor, vel judex competens *ex caufa improbat ab arbitro probatos, alios improbatos probat.* In Florentinis hæc male puncti s diftincta funt. Prætor ergo, qui arbitrum dedit fidejufforibus probandis, id eft, æftimandis viribus, & moribus eorum, fi arbitrium ejus, quod ea de re tulit, iniquum effe dicatur, alias probatos ab eo improbat, alias improbatos probat ex caufa, fi ad eum appellatum fit, delatave fit ad eum hujufce rei querela. Querelam dicit in hac l. appellationem in *l.* fuperiore: duo funt remedia corrigendi iniqui arbitri, quæ feparanda funt, ut in *l. fi nominatus 12. C. Theod. de appellat.* Si nominatus ad munera civilia, vel honores, de iniquitate queratur, non appellationem, inquit, fed querelam hoc effe, & ideo tempora appellationum non obfervari: omnis quidem appellatio eft querela, *l. præfecti 17. de minorib. l. 3. C. quom. & quan. jud.* Sed non omnis querela, appellatio eft. Sic igitur, vel appellationis, vel querelæ remedio corrigitur iniquitas arbitri dati ad fidejuffores probandos. Quod fi ipfe ftipulator, qui eos accepit, fidejuffores probaverit folus fine arbitro, fana omnimodo his contentus effe debet, nec mutare eos poteft, quos probavit femel, nifi forte, ut ait, divinitus infignis quædam vis, & calamitas medio tempore, vel magna inopia fidejufforibus contigerit: hoc enim cafu, inquit, caufa cognita ex integro fatifdandum eft, datis aliis fidejufforibus, quod congruit cum *l. 4. de prætor. ftipulat.* quæ eft ex eodem libro.

Ad L. IV. de Prætoriis ftipulat. *Prætoriæ ftipulat. fæpius interponuntur, cum fine culpa ftipulatoris cautum effe defiit.*

LEx 4. *de prætor. ftipulat.* generaliter ait, prætorias ftipulationes fæpius interponi, fi fine culpa ftipulatoris cautum effe defierit, veluti priorum fidejufforum everfis facultatibus inopinato fortunæ impetu, *l. 4. ut in poffeff. legator.*

Ad L. XIII. Qui fatifd. cogant. *Sed & fi plures fubftituti fint, finguli cavendum eft.*

ESt etiam ex hoc libro *l. 13. qui fatifd. cogan.* & pertinet fpecialiter ad ftipulationem prætoriam, quam heres inftitu-

ſtitutus ſub conditione; qui interim pendente conditione A agnovit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, ut poteſt, *l. 2. §. ſi ſub conditione, l. 5. & 6. de bonor. poſſeſſ. ſec. tab.* ſubſtituto præſtat de hereditate non diminuenda: & committitur hæc ſtipulatio, ſi heres inſtitutus deficiente conditione inſtitutionis, inveniatur aliquid in ea hereditate feciſſe deterius, & tunc bonorum poſſeſſio ei præmature, ut videtur à Prætore data, ſine re conſtituitur, ſine effectu, ſive ad irritum recidit, *l. 12. hoc tit. l. 8. de prætor. ſtipulat. Paul. 5. Sentent. tit. 8. de ſtipulat.* Subſtitutus heres, inquit, ab inſtituto, qui ſub conditione ſcriptus eſt, utiliter ſibi inſtitutum hac ſtipulatione cavere compellit, ne petita bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, res hereditarias diminuat: quod ibi ſatis, ut arbitror diligenter expoſui, nec repetam modo. Idem Paulus de hac ſtipulatione ſcribens, in hac *l. 13.* ait, ſi plures ſint ſubſtituti vulgari modo, heredi B inſtituto ſub conditione, qui amplexus eſt interim bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, qui quidem ſubſtituti ſimul ad hereditatem venturi ſunt deficiente conditione inſtitutionis, ſingulis hanc cautionem eſſe præſtandam, videlicet pro partibus ſuis, ut *l. 9. §. ult. uſufructuar. quemadm. caveat*, ſecundum quam eſt accipienda *l. ſi cujus 13. §. 1. de uſufr.*

Ad L. II. Uſufruct. quemad. caveat. *Nam fructuarius cuſtodiam præſtare debet.*

SEquitur de ſtipulatione fructuaria *l. 1. 6. & 8. uſufructuar. quemadm. caveat* ex hoc ipſo libro. Stipulatio fructuaria dicitur in *l. 4. §. ult. de verbor. oblig.* quoniam per eam is, cui uſusfructus legatus eſt certæ rei, certorum C bonorum, heredi, vel heredibus ſingulis pro ſua parte ſatiſdat, aut cavet ſe boni viri arbitratu uſurum fruiturum, ſe tanquam virum bonum, & diligentem patremfamilias uſurum, & finito uſufructu reſtituturum: hæc eſt cautio prætoria. Hac vero cautione aliquando continetur etiam proprietatis æſtimatio, ut puta, ſi cum ab alio poſſideretur fundus, in quo uſumfructum habui, negligens uſufructuarius fuerit in interrumpenda uſucapione, & per negligentiam ejus, fundus uſucaptus fuerit, præſtabit enim fundi æſtimationem, qui bonis proprietarii abceſſit culpa fructuarii, quia, ut ait *l. 2.* quæ eſt ex hoc libro, cuſtodiam & diligentiam omnem fructuarius præſtare debet, forte exactiorem, quam ſuis rebus adhibeat, exemplo commodatarii, & venditoris, *l. 3. de peric. & com. rei vend.* & hoc quidem etiam exigit, quæ ſtipulationi ineſt clauſula boni viri arbi- D tratu, nimirum, ut omnem diligentiam, omnemque curam in ſervanda re fructuaria præſtet.

Ad L. VI. eod. tit. *Idem eſt & in reditu prædii: ſicuti ſi vindemia legata ſit, vel meſſis: quamvis ex fructu ea percipiantur, quæ legata morte legatarii ad heredem redeunt.*

ADditur in *l. 6. eodem tit.* hanc ſtipulationem locum habere non tantum uſufructu, ſed etiam reditu aliquo legato, veluti vindemia, aut meſſe: nam etſi reditus per omnia uſumfructum non imitentur, ſicut nec habitatio, vel operæ ſervi, vel cujuſcunque alterius animalis, ut ait *l. 5. in fi.* Reditus, inquam, per omnia uſumfructum non imitantur, percipiuntur quidem reditus, percipiuntur E vindemiæ, & meſſes ex uſufructu, & ea quoque reditus legata, morte legatarii finiuntur, & ad heredem redeunt, à quo relicta ſunt, ſicut uſusfructus, *l. 22. de uſufr. leg.* Per omnia tamen uſumfructum non imitantur. At non ideo minus in eis hæc ſtipulatio locum habet, ſicut in legato uſusfructus: & reditum per omnia uſumfructum non imitari ſatis conſtat ex differentiis, quæ proponuntur in *l. 38. de uſufr. leg.* Uſusfructus verbo jus alienæ re utendi fruendi ſignificatur, jus incorporale: Reditus verbo, veluti vindemiæ, aut meſſis, ſignificantur corpora ipſa fructuum redactorum. Uſufructu prædii legato, ibi legatarius habitare poteſt invito herede, non legato reditu. Uſufructu fundi legato, heres non poteſt vendere fundum, reditu legato, heres poteſt vendere fundum, & ſe liberare à legatario præſtando reditus æſtimationem. Sunt autem in Pandectis Florentinis trajecta hæc verba hujus legis *6.* manifeſte, *quamvis ex uſufructu ea percipiantur, quæ legata morte legatarii ad heredem redeunt*: & hæc ita ſunt ſuo ordini reſtituenda, *quamvis ex uſufructu ea percipiantur legata*, legatum videlicet vindemiæ, legatum meſſis, *quamvis*, inquam, *ex uſufructu ea percipiantur legata, morteque*, ſine diphtongo, *legatarii ad heredem redeunt*, tamen ut ſuppleatur ſententia, non per omnia uſumfructum imitatur. Idem tamen eſt in eis, quod in legato uſusfructus, quod ad hanc cautionem attinet.

Ad L. VIII. eod. tit. *Si tibi uſusfructus: & mihi proprietas legata ſit, mihi cavendum eſt. Sed ſi mihi ſub conditione proprietas legata ſit: quidam, ut Martianus, & heredi, & mihi cavendum eſſe putant, quæ ſententia vera eſt. Item ſi mihi legata ſit, & cum ad me pertinere deſierit, alii: & hic utrinque cavendum, ut ſupra, placuit. Quod ſi duobus conjunctim uſusfructus legatus ſit: invicem ſibi cavere debebunt, & heredi in caſum illum: Si ad ſocium non pertineat uſusfructus, heredi reddi.*

IN *l. 8. ejuſdem tit.* Paulus oſtendit cui hæc cautio præſtanda ſit. Ac primum quidem, qua ratione heredi plerunque præſtatur, quod finitus uſusfructus ad eum rediturus ſit, & recurrat ad eum tamquam proprietarium: eidem ſi uni uſusfructus, alteri proprietas ejuſdem rei ſit legata pure, tunc non heredi, ſed ei, cui proprietas legata eſt cautio præſtanda ſit, quia ad eum, non ad heredem uſusfructus rediturus eſt. Sed ſi uni uſusfructus, alteri proprietas ſit legata ejuſdem rei ſub conditione, interim, & alteri, & heredi cavendum eſt, quia uterque ſperat proprietatem: Gloſſa recte hoc fieri propter ſpem, idque confirmatur *l. 8. in fi. de prætor. ſtipulat.* Eademque ratione, ſi mihi legata ſit proprietas certæ rei, & cum ad me pertinere deſierit, alii, vel utrique à fructuario cavendum eſt, mihi pure, alii in hunc caſum, ſi ad me proprietas pertinere deſierit, ut puta (Accurſius neſcivit exemplum apponere) ſi mihi cum eſſem cœlebs, vel Latinus Junianus, libertus Latinus, proprietas legata fuerit, nec intra dies centum legi Juliæ paruero, contracto matrimonio, vel jus Quiritum conſecutus fuero: exemplum eſt juris veteris ex Ulpiani *lib. ſingul. regul. tit. 17. & 22.* quo etſi proprietas ad me pertinere cœperit (pertinere eſt deferri, *l. 45. §. 1. de legat. 2. l. 26. & 35. de uſufr. legat. l. ſi diem 21. quand. dies leg. ced. l. 14. de liber. & poſthum.*) tamen ſi legibus intra dies centum non paruero, proprietas ad me pertinere deſinit, & ad ſubſtitutum tranſit, legatariis non minus, quam heredibus ſubſtitui poteſt, *l. ut heredibus 50. de legat. 2.* & in hac ſpecie, mihi cui legata erat proprietas, etiam datus eſt alius ſubſtitutus in hunc caſum, ſi proprietas ad me pertinere deſierit. Item quod etiam proponitur in hac *l. 8.* ſi duobus conjunctim legatus ſit uſusfructus: invicem ſibi cavere debent cautione fructuaria de uſufructu quandoque reſtituendo, quia uterque ſperat jure accreſcendi, quod in uſufructu locum habet, etiam poſt adquiſitionem ſuæ partis, totum uſumfructum ſibi obtingere poſſe, ſocio, id eſt, collegatario deficiente: Itaque ſibi invicem cavere debent cautione hujuſmodi, imo & heredi, quia utroque deficiente, uſusfructus ad heredem redire, & conſolidari poteſt, & hæc de ſtipulatione fructuaria.

Ad L. XV. Ut legat. ſeu fideicommiſſor. ſervand. cauſ. caveat. *Etiam de præſenti legato locum habet hæc ſatiſdatio: quoniam nonnullas moras exceptio judicii habet. Si & ab herede inſtituto legatorum ſatis acceperis legatarius, & à Trebelliano fideicommiſſario: utraque quidem ſtipulatio committetur: ſed exceptione ſe tuebitur heres: quia cavere non debuerit. Sed ſi pars hereditatis reſtituta ſit: ab utroque cavendum eſt. Etiam ſi ab inteſtato debeatur fideicommiſſum, locum habet hæc ſtipulatio.*

Se-

SEquitur de stipulatione legatorum, vel fideicommissorum, quæ etiam prætoria est, *l. 15. ut legat. seu fideicommiss. servandor. caus. caveat. & l.2.de legat.2.* quæ etiam sunt ex hoc libro. Eam stipulationem plerunque ab herede sibi præstari desiderant, cum dies, vel conditio petitionem legati differt: aliquando tamen, ut ostendit *d.l.15.in princ.* etiamsi purum, & præsens sit legatum, de eo hæc cautio interponitur, ut puta si heres litigare, quam id præstare malit, quia litis longa sæpe mora, judicii longa sæpe dilatio est, vel ut ait eleganter, quia nonnullas moras exercitio judicii habet. Præstanda autem hæc est cautio ab herede, vel si rogatus sit restituere totam hereditatem & restituerit ex Senatusconsulto Trebelliano, præstanda ei est à fideicommissario Trebelliano, qui effectu quodammodo heres est, *l. 5. §. 1. quod cum eo, qui in aliena potest. est negot. gest. esse dicet.* Et cui etiam soli præstatio legatorum incumbit, non heredi, *l. 1. §. ult. ad Trebell.* & præstanda igitur legatorum satisdatio est à solo fideicommissario Trebelliano, non ab herede, quinimo si forte heres eam præstiterit ante restitutionem hereditatis, post restitutionem si ex ea conveniatur, potest se tueri exceptione doli mali, quia legatorum onere solutus est, verum, ut jam indicavi, id ita procedit, si totam hereditatem restituerit deducta Falcidia: nam si partem tantum hereditatis restituerit ex jussu testatoris, puta dimidiam, aut tertiam, utrique pro rata præstatio legatorum incumbit, & consequenter etiam præstatio cautionis, *l. 2. C. ad Trebell.* quæ est sententia §. 1. hujus l. 15. In extremo docet etiam ab herede legitimo, qui venit ab intestato, hanc cautionem præstari oportere, puta si ab eo codicillis fideicommissum relictum sit: recte fideicommissum, ut *l. 1. §. pen. & ult. de legat.3.* Nam hoc jure legatum ab intestato relinqui non potest.

A B C

Ad L. II. de Legat.2. *Quoties nominatim plures res in legato exprimuntur: plura legata sunt. Si autem supellex, aut argentum, aut peculium, aut instrumentum legatum sit: unum legatum est.*

REspicit etiam ad hanc satisdationem *l. 2. de leg. 2.* quæ est ex hoc libro. Aut plura sunt legata uni relicta, aut unum: plura sunt, si plures res legatæ sint nominatim & discretim, veluti & Stichus, & Pamphilus, & fundus, & domus: unum autem est legatum, quod nec pro parte agnosci, nec pro parte sperni potest, quia est unum: Si sunt plura, unum licet spernere, & alterum complecti: si unum, id non scindere licet, & unum est legatum si legetur supellex, quamvis sub eo plures res contineantur, si legetur instrumentum fundi, si peculium, si argentum omne, quod fuit defuncti, vasa argentea, si grex, si armentum, si chorus, si quadriga, vel si octophorum, quod significatur in *l.8.§.ult.de leg.1.* ubi ponitur, testatorem legasse lecticarios octo, i. octophoron. Martial. *octo viris suffulta lectica puellæ*: hæc nomina sunt systematica, vel περιληπτικά, contrahunt legatum: Illa vero, quæ sunt singularia scindunt legatum, multiplicant legatum: ubi vero unum est legatum, & una stipulatio, & de eo una tantum stipulatio interponitur: ubi plura, tot sunt necessariæ stipulationes, quot sunt legata, *l. scire debemus 29. de verb. oblig.* Restant de stipulatione Falcidiæ duæ tantum leges ex hoc libro, *l.2. & 4. si cui plus, quam per leg. Falcid. licuer. legat. esse dic.*

D E

Ad L. II. Si cui plus, quam per leg. Falcid. licuer. legat. esse dic. *Etiamsi quanti ea res sit, promiserit.*

LEx 2. est de stipulatione Falcidiæ, quam heredi præstat legatarius, cui heres cum dubitaretur, an lex Falcidia quæ diminuit legata locum haberet, legatum solvit integrum, videlicet de restituendo eo quod amplius, quam per legem Falcidiam liceret acceperit, vel quanti ea res est, si postea apparuerit legi Falcidiæ locum esse, quæ stipulatio Falcidiæ dicitur in *l.70.sup. tit. prox.* & absque dubio prætoria stipulatio, & satisdatio est, *l. pœnales 32. §. Julianus, sup. eod. tit.* unde & in *l.3.§. quamvis, hoc tit.* ubi ita scriptum est: *propterea cautionis onus*, videtur legendum, *prætoriæ cautionis onus*: Nam & illud, *propterea*, ibi importunum est. Porro hæc stipulatio committitur adversus legatarium, qui solidum legatum accepit sine deductione Falcidiæ, statim atque certum esse cœperit legem Falcidiam locum habere, ut scilicet suppleat heredi, perficiatve Falcidiam pro sua parte, quam nunc locum habere constat, uno tamen casu, ad quem pertinet lex 2. ne tunc quidem cum certum esse cœpit legem Falcidiam intervenire, legem Falcidiam minuere legata, hæc stipulatio cum effectu committitur, ut puta si res legata, & soluta legatario, cum nondum liqueret de Falcidia, cum dubitaretur lex Falcidia locum haberet, necne, si, inquam ea res apud legatarium medio tempore sine culpa ejus interierit: hoc enim casu, postea emergente Falcidia, heredi agenti ex stipulatu obstat exceptio doli mali, etiamsi non rem restituit, partemve rei legatæ pro modo Falcidiæ, sed quanti ea res est, id est, pecuniam pro re sibi dari stipulatus fuerit, quæ est sententia legis 2. *Etiamsi*, inquit, *quanti ea res sit, promisit*, legatarius, id est, etiamsi pecuniam promisit, non rem, quamvis pecunia non intereat, nec possit interire, quantitas interire non potest, sed quod hæc lex 2. satis exprimit, ubi stipulamur quantitatem, id est, quanti ea res est in vicem rei debitæ, ea re perempta sine dolo, & culpa promissoris, etiam stipulatio quantitatis perimitur: quod belle confirmat *lex Titiæ textores 76. §. ult. de legat. 1.* cujus species ex jure antiquo ita explicanda est. Si duobus separatim eadem res sit legata per damnationem, ut ibi proponitur, uni debetur res, alteri æstimatio, auctore Gajo 2. *Institut. & Vlp. in fragmentis tit. de legat.* Imo & Justiniano, *l. un. §. sin autem disjunctim, C. de cad. tollend.* Illo loco, *in uno tantum genere legatorum*, qui accipiendus est de legatis per damnationem: Sed si cum duobus separatim legatus esset Stichus per damnationem, heres Stichum dederit uni, ita ut nunc alteri tantum debeatur æstimatio, cum Stichus sit alii datus, & antequam heres interpellaretur ab altero, id est, ante moram heredis, mortuus sit Stichus: alteri nec Stichus debetur, nec æstimatio: re debita perempta sine culpa debitoris, debitor liberatur non tantum à præstatione ejus rei, sed etiam ab æstimatione, si debitor in vicem rei æstimationem promiserit, quod maxime notandum est: Nunc veniamus ad l.4. hoc tit.

Ad L. IV. eod. tit. *Hæc autem satisdatio locum habet, si justa causa esse videbitur: nam iniquum erat omnimodo caveri, nondum illata controversia litis: cum possint ei lusoriæ minæ fieri. Ideoque eam rem prætor ad cognitionem suam revocat.*

Ad §. *Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod ejusdem nominis sint: tam in possessorem, quam in petitorem competunt actiones, & creditoribus, & legatariis.*

Ad §. Hæc cautio *utique necessaria est, si quis pecuniam suam solvat, vel rem tradat. Si vero pecuniam hereditariam solvat, vel rem tradat: quidam non putant cavendum: quia nec teneri potest eo nomine victus: cum non possideat, vel dolo fecerit, quo minus possideat. Hoc si ante motam controversiam solvat: quod si postea, tenebitur culpæ nomine. Sed cum de nomine inter duos quæstio est: nunquid non sit cavendum ei, qui hereditariam rem tradat: quia omnimodo unus liberatur: quemadmodum si æs alienum hereditarium solvatur: Sed si petitor suam pecuniam solvat, aut tradat rem suam: non habet unde retineat: & ideo necessaria est ei cautio.*

LEx quarta non est quidem de stipulatione Falcidiæ, quæ propter Falcidiam interponitur, ne pereat heredi: sed de stipulatione evicta hereditate, legata soluta heredi, qui solvit, cuique mox evicta hereditas est, reddi: quam quidem cautionem heredi, cui controversia hereditatis sit legatarii præstant, quibus heres interim solvit legatum in *l. 3. §. si legatarius, hoc tit. l. Licinius 48. §. ult. de legat. 2. l. 1. §. non quærimus, si quis omis. caus. test. l.9.* C.de

C. de legat. Attamen hæc stipulatio stipulationi Falcidiæ, A de qua ante dictum est, proxima & affinis est. Illa est de parte legati restituenda, hæc de toto: utraque cautio præstatur justa ex causa, cognoscente Prætore: Illa præstatur, si justa dubitari possit, utrum lex Falcidia locum habeat, necne, *l. 1. in princ. hoc tit.* Et hæc etiam ut Paulus ait initio hujus leg. 4. ita demum præstatur, si justa causa esse videbitur: nam si nondum heredi illata sit lis de hereditate, sed intervenerit tantum movendæ litis inanis & lusoria minatio quædam, iniquum est legatarium onerari hujusmodi cautione, cautione supervacua, *l. 14. ut legat. nom. caveat.* cautione non necessaria, *§. ult.* hujus leg. Itaque non nisi causa cognita jussu Prætoris hæc satisdatio interponenda est, lusorias minas dicit hoc loco, quod ludi hominum liberorum irrisoriæ minæ esse soleant, ut Marc. Tull. in *Epist.* ait, *nullam esse auctoritatem minantis apud liberos*, B unde & Basilica hoc loco: *ἐὰν τις καταγέλαστος ἀπειλῇ. si quis ridicule comminetur*, videlicet se de hereditate facturum controversiam, hoc nihil est, hoc deridiculum est, nihil mioæ heredem aut Prætorem movent, nec justa est causa petendæ satisdationis ejus. At si lis movetur heredi de hereditate, si per judicem ab eo petatur hereditas, sane justissima causa hæc est: quam ob causam a legatariis, quibus solvit legata, heres hujusmodi satisdationem petat, illata, inquit, controversia litis: controversia litis, ut Marc. Tull. 2. *de Oratore*, controversia causæ, pro lite illata de hereditate, quæ & alias sæpe numero in se controversias habet. Lis est res, quæ in judicium principaliter deducitur, puta hereditas. Controversiæ autem sunt, quæ circa eam litem versantur & concurrunt, veluti de testamento falso, de testamento injusto, & aliquando quidem C majorem cumulum habent potioresque sunt controversiæ, quam lis ipsa, ut in Quintiliani declamatione 272. qua de causa omnis lis etiam controversia dicitur recte, *l. 2. C. de petit. hered.* & alibi passim: Verum e contrario non omnis controversia est lis, lis non est antequam in judicio contestata sit, sicut nec res, de qua agitur litigiosa est ante litem contestatam, *l. 1. §. 1. de litigiosis.* Controversia esse potest ante litem contestatam, & fieri ex congressu, & contentione partium, nonnumquam constituto die quo ad judicium veniant, & edito genere actionis: Controversia est præparatio litis. Quintil. lib. 4. aliud discrimen ponit: controversiam esse facti, litem juris: *Sed*, inquit, *circa facti controversiam argumentum præstat, circa juris, lites materiam quæstionis*. At dicitur etiam controversia in libris nostris de utroque, controversia de jure, & controversia de facto, D *l. ult. de jurejur.* sicut & de lite dicitur, & de contentione, ut dixi ante, & est generale nomen: est item speciale: & cum specialiter accipitur, tum separatur a lite, ut *l. 5. & l. 25. §. si ante, de petit. hered.* M. Tull. 1. de Oratore: *Nullæ lites*, inquit, *neque controversiæ sunt, quæ cogant homines sicut in foro bonos oratores, & in theatro malos*. Verum ut illata lite de hereditate juste desiderat heres legatarios, quibus solvit legatum, hanc cautionem sibi dare. Item dices, controversia mora ante litem contestatam id heredem juste desiderare ex *l. 3. §. si legatarius, hoc tit.* Qui, inquit, controversiam, id est, litem hereditatis patitur, jam vel sperat, ut *l. ult. C. de petit. hered.* Si petitionem, inquit, hereditatis susceperit, vel suscipere sperat, quod etiam significat *l. 9. in fi. C. de legat.* Et ita transigimus recte non tantum de lite jam cœpta, sed etiam de ea quam speramus, & vere- E mur, *l. 2. C. de transact.*

AD *§. Si duo ex testamento.* In *§. 1. h. l. 4.* proponit speciem, qua de hereditate litigantibus inter se petitore & possessore, in arbitrio est creditoris hereditarii, vel legatarii, aut fideicommissarii cum quo agat de legato, vel de pecunia credita, quod etiam Iustinianus probat in *l. ult. C. de petit. heredit.* & est certissimum: nisi lis sit de bonis inter fiscum & privatos, quia favore fisci ne causæ fiscali præjudicetur sustinendæ sunt interim actiones creditorum ex Senatusconsultis factis hac de re, *l. apud 35. de jur. fisc.* Species autem hujus *§.* hæc est: Quidam testamento Titium heredem scripsit: duo sunt Titij amici testatoris, singuli contendunt de nomine, & dicunt de se hereditatem pertinere ex testamento, & de se sensisse testatorem, & assem vindicant, hereditatem, inquit, in solidum sibi vindicant, unus scilicet petit hereditatem, id est, directo vindicat hereditatem, alter possidet hereditatem: nam & qui possidet, contra vindicat, *§. 1. Institut. de action.* Et Paulus ait, tam in hunc, quam in illum creditoribus hereditariis, & legatariis competere actionem, prout elegerint. Ad eam speciem pertinet *§. ult. hujus leg.* ut ibi aperte ostenditur, maxime illo loco, *sed cum de nomine inter duos quæstio est*: qua de causa Jacobus, & Dinus conjuncta scriptura sic legebant initio *§. ult. & hæc cautio utique necessaria est*, quod etiam Basilica sequuntur, in quibus scriptum, ϗ ἡ ἀσφάλεια χρησίμης ἐστί. Queritur autem, an si petitor, vel possessor hereditatis solvat æs alienum creditori hereditario, vel legatum legatario, ei sit hæc cautio necessaria, evicta hereditate, quod solutum erit boni viri arbitratu reddi. Et si quidem in specie proposita cum de nomine inter duos quæstio est, petitor hereditatis solvat æs alienum hereditarium, vel legatum, sive de suo, sive de hereditate solverit, & vincat in judicio, non est ei necessaria cautio, quia seipsum liberavit. At si petitor vincatur & solverit de suo, necessaria est ei cautio, quia non habet unde retineat quod solvit: nihil enim possidet ex hereditate. Sin vero solverit de hereditate, non est necessaria, quia possessorem liberavit, secundum quem pronuntiatum est, judicatum est, quia possessoris ejusdemque victoris negotium gessit, adeo ut non possit possessor factum ejus incusare, vel improbare. Itaque sive petitor, sive possessor vincat, non est petitori qui solvit de hereditate, hæc cautio necessaria, quia ut Paulus ait, unus omnimodo liberatur, vel petitor scilicet, vel possessor qui judicatus erit heres esse ex testamento, & hæc de petitore qui solvit. Nunc dicamus de possessore: Si possessor solvat creditori hereditario vel legatario & vincat, necesaria ei cautio non est, sive de suo, sive de hereditate solvat, quia se liberavit, sed si vincatur æque necesaria non est ei cautio, sive a se, sive ab hereditate solverit, quia si ab hereditate petitorem liberavit, quem ex testamento heredem esse pronunciatum est: si a se, id est, si pecuniam remve suam ex retentione rerum hereditariarum, sibi satisfacere potest. Itaque superflua est hæc cautio. Et hæc ita procedunt in hac specie, cum duo ejusdem nominis de hereditate ex testamento delata certant: at si ponatur de hereditate controversia esse inter heredem scriptum, & legitimum, uno vindicante hereditatem ex testamento, altero ab intestato, non utroque ex testamento, ut in superiori specie, de qua quidem postrema specie est prior pars, *§. ult.* In hac, in quam, posteriori specie non idem omnino dicendum, quod in priore: quæstio hæc est satis perplexa, sed qua via procedo, quibusve distinctionibus utor, facile explicabitur. Non idem igitur omnino in posesrore, quod in petitore: nam legitimus, qui ad se ab intestato hereditatem redire dicit, si vicit, creditotibus quidem hereditariis obligatur, hoc est certum, sed non obligatur etiam legatariis, nisi etiam legata, aut fideicommissa ab intestato relicta sunt in testamento adjecta clausula codicillari. Ideoque ea non adiecta si posessor hereditatis cum esset heres scriptus ex testamento solverit & vicerit, undecumque solverit, non est ei hæc cautio necesaria, quia se liberavit, quia rem suam gessit, & quod necesse habuit facere, fecit, ut ex eventu judicij apparuit. Sed si vicerit pollesor ut legitimus heres ab intestato, de legatis, quæ non debentur ab intestato, cautio ei necesaria est, ut ea possit a legatario repetere. Quod si (hæc est altera pars distinctionis) posessor victus fuerit, rursus ita distinguendum est: aut de hereditate solvit, aut de suo: si de hereditate, iterum distinguendum est hoc modo: Aut solvit bona fide, puta ante motam controversiam hereditatis, & necesaria ei cautio non est, quia eo nomine, puta quod solverit victori, non tenetur, cum non possideat, nec dolo desierit possidere: aut solvit mala fide post motam controversiam, & tunc cautio necesaria est, quia victori tenetur doli vel culpæ nomine, *l. 41. sup. tit. prox. l. Iul. §. Marcell. ad exhib.* Victori, inquam, tenetur doli vel

culpæ

culpæ nomine; si legata solverit, quæ ab intestato non debentur: si & ab intestato debebantur propter clausulam codicillarem, ut dixi, non est necessaria cautio: & hoc si de hereditate solverit: quod si possessor, qui victus est de suo solverit bona fide, etiam videtur hæc cautio esse supervacua, quia vel per condictionem indebiti, vel per retentionem rerum hereditariarum suæ indemnitati consulere potest, cessa petitori condictione indibiti periculo ejus: quæ est sententia *l. si quid poss. 35. de petit. her.* quæ est elegantissima in hanc rem: si mala fide solvit, est necessaria, & hoc de possess. qui solvit in hac posteriori specie. Petitore autem solvente, & vincente, de legatis, quæ solvit, necessaria ei cautio est, si fuerit heres legitimus, id est, non obnoxius legatis præstandis, si non fuerit testamentarius heres. Victo autem eo, si de suo solverit cautio necessaria est, quia non habet unde retineat quod solvit, si de hereditate solverit non est necessaria, quia possessionem liberavit. Observanda est in hoc *§. ult.* differentia inter solvere, & tradere: nam quod iteratur in eo sæpe, pecunia solvitur, res traditur: quæ tamen proprietas verborum non semper in jure nostro observatur.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXXVI. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. V. Rem pupil. vel adolescent. sal. fore. *Si filius, qui in potestate furiosi erit, rem salvam fore stipuletur, acquirit patri obligationem.*

IN Libro LXXVI. agitur de stipulatione rem salvam fore, qua iis cavetur, qui sub tutoribus, vel curatoribus agunt, & de stipulatione ratam rem dominum habiturum, qua procurator, vel defensor cavet dominum ratum habiturum, quod cum stipulatore gesserit, egerit, contraxerit, & de stipulatione duplæ, qua evictionis nomine de venditore emptor stipulatur, quæ omnes prætoriæ stipulationes sunt. De stipulatione rem salvam fore est *l. 5. rem pupilli, vel adolescentis salvam fore. Furiosus, sive stipuletur, sive promittat, nihil agit, l. 5. §. pen. de oblig.* quia ut est in Regulis juris, absentis loco est, & soli præsentes recte contrahunt stipulationem. At servus furiosi à curatore ejus legitimo, vel dativo recte stipulatur rem ejus salvam & incolumem fore, eique adquirit obligationem. Itemque filius, qui in ejus potestate est, ut ait in hac *l. 5.* furor patris non impedit, quo minus in ejus potestate filius nascatur, vel remaneat, *l. patre furioso 8. de his, qui sunt sui, vel alie. jur.* & ait in hac *l. 5.* plurativo numero adquiri patri obligationes, quia hæc stipulatio in se resolvitur, ut ait *l. 4. §. pen. hujus tit.* Sæpius committitur uti quæque res salva furioso esse desinit.

Ad L. LXXII. de Verbor. significat. *Appellatione rei pars etiam continetur.*

AD hanc quoque stipulationem respicit, quod ait *lex 72. de verbor. signif.* quæ est ex hoc libro. Appellatione rei etiam partem contineri, quia etsi pars tantum rei cujusdam perierit culpa curatoris, hæc stipulatio committitur. In hac igitur stipulatione rem salvam fore, pars rei continetur.

Ad L. XIII. Rem ratam haberi, & de ratihabit. *Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum: in tantum competit, in quantum mea interfuit: id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. Si sine judice procuratori legatum solvatur: de rato cavere eum debere Pomponius ait.*

DE stipulatione ratihabitionis, sive ratam rem dominum habiturum, ex hoc libro est *l. 13. rem rat. haberi, & de ratihab.* Quæ docet initio commissa stipulatione de rato, id est, domino non habente ratum, domino non probante quod procurator gessit, in tantum competere actionem, in quantum stipulatoris interest, ut *l. 19. hoc tit.* quod quidem Paulus in hac *l. 13.* æstimat ex damno dato, vel lucro intercepto stipulatori, ut & Justinianus in *l. 7. C. de sentent. quæ pro eo, quod inter. profer.* In quantum mea interfuit, inquit Paulus, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui: ergo in æstimationem ejus, quod interest, venit non tantum damnum datum, id est, diminutio patrimonii nostri, quodve patrimonio abest, sed etiam quod patrimonio nostro non accessit, id est, lucrum interceptum: nam & lucrum interceptum damni species quædam est, *l. 2. §. merito, ne quid in loco publico, vel itin. fi. l. 2. in princ. ad exhibend.* Quamobrem id, quod interest rectissime definies esse commodum, quod haberet actor, si ei dolo, vel culpa adversarii damnum datum, vel lucrum interceptum non fuisset: lucrum, inquam, quod facturus erat ex reipsa, vel ex negotio, quo de agebatur, quod fusius exposui in *l. si fundus, loc.* Nam compendium, quod extra rem facturus erat, non computatur, *l. 2. hoc tit. l. si sterilis 21. §. cum per venditorem, de actionib. empt. l. ult. de peric. & comm. rei vend.* Sequitur in hac l. aliquando etiam extra judicium ex conventione hanc cautionem interponi, ut si sine judice procuratori legatarii legatum solvatur, vel ut est in *l. 50.* si quid procurator vendat, aut locet, vel paciscatur, vel quid aliud gerat nomine absentis, de cujus voluntate non liquet.

Ad L. ult. de Fidejussor. & mandator. *Cum procurator in rem agebat, cautionem dederas ratam rem dominum habiturum, postea victo eo, reversus dominus iterum de eadem re agebat: & cum reus haberet possessionem, noluit eam restituere: & ideo magno condemnatus est. In amplius fidejussores non tenentur. Hoc enim non debet imputari fidejussoribus, quod ille propter suam pœnam præstitit.*

EST etiam de hac stipulatione ex hoc libro *l. ult. de fidejussor.* Procurator absentis nomine egit in rem, & datis fidejussoribus cavit de rato habendo: victo procuratore, dominus ratum non habet, imo de eadem re iterum experitur, & agit, & vincit. Hæc est species. Possessor autem, qui victus est à domino, quod nollet rem restituere domino arbitrio judicis, quam habebat in sua potestate, magno condemnatus est, puta quanti dominus juravit in litem, quanti dominus juratus litem æstimavit: nam etsi potuerit manu militari possessori res auferri, quam habuit in sua potestate, fructuum duntaxat, & omnis causæ facta condemnatione, *l. qui restituere 68. de rei vendicat.* tamen potuit, si hoc malit actor, etiam damnari quanti actor in litem, sine ulla taxatione in infinitum juraverit, contumaciæ ejus puniendæ causa, qui arbitrio judicis non paruit, qui noluit jussu judicis rem restituere, cujus possessionem habebat: neque vero hoc casu possessori, qui ex contumacia sua pœnam præstitit, datur regressus adversus procuratorem, vel fidejussores ejus ex stipulatione de rato, quia hæc stipulatio continet tantum id, quod interest, id est, quod stipulatori abest facto, vel culpa promissoris, in qua non continetur pœna, quam stipulator ex suo delicto præstitit: quæ est sententia *l. ult.* sane elegantissima: ponit autem procuratorem egisse in rem, non quod non possit dare etiam cautionem de rato in judicio in personam: nam & in judicio in personam necessaria hæc satisdatio est, sed quod in judiciis in personam non soleat in litem jurari, *l. 6. de in lit. jur.* Item species hujus l. est de stipulatione de rato, sed idem recte sentit Accursius in *l. 5. de in lit. jurando*, sine distinctione: nam & distinctio Bartoli hoc loco rejicienda est. Idem, inquam, indistincte esse dicendum in stipulatione judicatum solvi, quia hæc concipitur, concluditurque in id quod interest, *l. 2. §. 1. in fi. de prætor. stipulat.* Nec igitur extendi potest ad id, quod pœnæ causa accrevit propter contumaciam stipulatoris, & quod ait *l. 9. judicat. sol.* Judicatum solvi stipulationem in tantum committi, quantum judex pronuntiaverit, sic debet intelligi, quantum de

lite pronuntiaverit, nam & hæc stipulatio dicitur de lite sive pro lite interponi, *l.* 1. *eod.tit.* non etiam quaotum liti accesserit per contumaciam rei.

Ad L.IX. de Eviction. & duplæ stipulat. *Si vendideris mihi servum Titii, deinde Titius heredem me reliquerit: Sabinus ait admissam actionem pro evictione: quoniam servus non potest evinci, sed ad ex empto actionem decurrendum est.*

DE stipulatione duplæ est *l.* 9. de *eviction.* Vendidisti mihi Stichum, cujus dominus erat Titius, & Titius me heredem reliquit ex asse, si caveris mihi duplam ob evictionem, si promiseris duplam, extincta cautio, extincta stipulatio est adquisitione dominii, quia Stichum ego adquisivi adita hereditate domini: extincta, inquam, est stipulatio, quia Stichus, qui jam meus factus est jure hereditario, mihi ab alio evinci non potest, nisi per injuriam judicis: Quo casu hæc stipulatio duplæ non committitur, *l.5. & l.51. eod. tit.* Nec ipse etiam mihi judicio eum hominem evincere possum, ipse mecum litigare, & eum hominem mihi evincere non possum, *l.41. §.1. eod. tit.* atque quodammodo eum mihi evicisse videor adita hereditate Titii, ut *l.3. §. si legatarius, si cui plus, quam per leg. Falcid.* qui in hanc rem est singularis, quia quem possidebam pro emptore, nunc cœpi possidere pro herede, eo nomine mihi in venditorem competit actio ex empto in id, quod interest: puta, ut pretium, quod numeravi, recipiam, & usuras, & si quid præterea emptionis causa erogavi, & quod alienum hominem mihi vendiderit, ut *l.hujusmodi* 84. *§. qui servum, de legat.* 1. Hoc igitur casu competit quidem actio ex empto quasi evictionis nomine, sed non actio ex stipulatione duplæ: stipulatio duplæ non committitur nisi re evicta jure judicioque, nisi re evicta per judicem, *l.16. l.21. §.1. l.24. l.57. hoc tit.* vel re evicta ipso jure, ut tentari potest ex *l.3. de doli except.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXXVII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.LIII. de Evict. & duplæ stipulation. *Si fundo vendita pars evincatur: si singula venierint certo pretio: tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quæ evicta fuerunt, præstandum, etiamsi ea, quæ meliora fuerunt evicta sint.*

Ad §. Si cum posset *emptor auctori denunciare, non denunciasset: idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset: hoc ipso videtur dolo fecisse: & ex stipulatu agere non potest.*

SCRIPSIT etiam Paulus de hac stipulatione duplæ hoc Lib.LXXVII. ut patet ex *l.53.de evict.*quæ initio docet, fundo vendito, & tradito præstita cautione duplæ, si pars evincatur certa, aliquando pro bonitate, sive qualitate loci evicti, & regionis æstimationem non fieri: ut, quæ est species illius *l.* 53. si singula fundi jugera vendita sint certo pretio, & unum jugerum evincatur, non pro bonitate ejus, quamvis longe antistet jugeribus cæteris, sed pro modo pretii, quo venit, æstimatio fit, & præstatur ex stipulatione duplæ: alias vero si fundus totus venierit aversione, id est, si confuse venierit uno pretio, pro bonitate partis evictæ, quæ fuit venditionis tempore æstimatio fit, *l.1. & 13. l.64. §.pen. hoc tit. l.pen. de ædil. edic. l.4. in fin. de act. emp.* Et hoc si agatur ex stipulatione duplæ: nam si agatur ex empto, æstimatio fit pro bonitate, quæ fuit evictionis tempore, non venditionis, *l.64. inf. hoc tit.* Et ita recte Accursius sentit, qui & priore casu, qui proponitur in hac l. recte ait, veram esse sententiam Pauli, si agatur ex stipulatione duplæ, nempe ut quanti jugerum, quod evictum est, venierit, præstetur in duplum: actione autem ex empto id solum, quod vere emptoris interest. Et hæc quidem omnia locum habent evicta fundi parte certa, ut proposuit initio, id est, parte pro diviso. Nam evicta fundi parte incerta, id est, pro indiviso, quæ fusa est ubique per fundum totum, æstimatio fit, non pro bonitate ejus partis, quæ nulla extat, *l.4. §. ult. de act. emp.* Cum & ejus partis nullum subsit corpus, si nullum corpus, & bonitas, sive qualitas nulla, non potest esse qualitas sine subjecto: pars pro indiviso non est, sed intelligitur: ergo neque qualitas ejus ulla est: eorum, quæ intellectu percipiuntur nullæ sunt qualitates, sed eorum tantum, quæ sub sensus cadunt. At evicta parte pro indiviso, æstimatio fit pro quantitate, non pro qualitate evictæ partis, ut ait *l.1. hoc tit,* ut si fundi venditi evicta sit quinta pars pretii pro indiviso, quinta pars pretii duplicabitur, & veniet in stipulationem. Sequitur in hac ipsa l. non committi stipulationem duplæ re evicta emptori, si cum emptori moveretur quæstio dominii, ipse non laudaverit auctorem, quem laudare, & denunciare poterat, præsentem puta. Non fit hæc denuntiatio recte nisi præsenti, vel procuratori præsentis, *l.55. in fin. l.56. §. si præsente, hoc tit.* qua de causa hæc actio, sive denunciatio à Marco Tullio dicitur actio in auctorem præsentem. Si igitur præsenti auctori suo emptor non denunciaverit, ut de ea re agenda adesset, & causam instrueret, non committi stipulationem evictionis nomine: imo illaudatus auctor, neque ex stipulatu, neque ex empto de evictione tenetur, *l. 8. C. eod. tit. l.1. C. de peric. & comm. rei vend.* quia ut hoc loco Paulus ait, dolo malo fecisse videtur emptor, qui auctorem non laudavit, quique ideo victus videtur, quod parum instructus esset, quodve instrui ab auctore suo noluisset, cujus auxilium sibi non adjunxit, cum posset adjungere.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. LXXVIII. PAULI AD EDICTUM.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XXV. de Damno infecto. *Trebatius ait, eum etiam accipere damnum, cujus ædium luminibus officiatur.*

EX Libro LXXVIII. & ultimo Pauli ad edictum, habemus tantum *leges* 25. 27. *&* 31. *de damn. infec.* quæ sunt de stipulatione damni infecti, quæ etiam prætoria stipulatio est: per hanc vicinus vicino stipulanti promittit, quod ædium suarum, vel loci, vel operis vitio, aut labe damnum datum sit, sive quid ruat, sive quid scindatur, fodiatur, ædificetur ejus rei nomine, quanti ea res erit tantam pecuniam dare, & committitur hæc stipulatio damno dato, quod quidem datur variis modis, & ut ex Trebatio proponitur in *l.* 25. dari etiam videtur, si tam alte promissor extollat ædes suas, ut luminibus stipulatoris officiat, videlicet cum id suo jure facere non potest: ut puta, cum vicino cessit servitutem, jus sibi non esse ædes suas altius tollere, & officere luminibus vicini: nam ut in *l.seq.* ostenditur, si id jure suo facere potest, ut puta, si eam servitutem vicino non cessit, vel si cum eam vicino cessisset, postea vicinus eam ille servitutem remiserit, permiseritque altius ædificare, & obstruere luminibus, officere luminibus suis, hoc, inquam, casu qui altius ædes suas tollit, & officit luminibus vicini damnum dare. & ex hac stipulatione teneri non videtur: si Trebatio objicias, quod Accursius, inutilem, & supervacuam esse stipulationem damni infecti, quo casu damnum alia actione sarciri potest, quod est certissimum, *l.13. §. de illo, l.18. §.ei, cujus, l.32. & 33.hoc tit.* Et in casu proposito, damnum sarciri posse actione confessoria, id est, vindicatione servitutis, contra quam is, qui ædificavit fecit: quo in judicio venit etiam utilitas, quam ex usu servitutis tulisset actor, si servi-

Digitized by Google

servitute uti prohibitus non fuisset, *l. loci 4. §. in confessoria, si serv. vindic.* Ergo & damnum venire luminis amissi, vel imminuti respondebo, & dicam ex *l. 13. §. si quis opus, hoc tit.* Ei, qui egit confessoria, quamvis præteritum damnum farciatur hoc judicio, tamen non esse ei cautum in futurum de vitio ædium, vel damno operis futuro. Et ideo præter actionem confessoriam, quæ ad damna futura non spectat, recte eum desiderare caveri sibi damni infecti. quod obtinet etiam in eo, qui egit interdicto, quod vi, aut clam, quod ostenditur in *d. §. si quis opus,* & in *l. Antæus, §. ult. tit. seq.* & nihil est præterea, quod pertineat ad *l. 25.*

Ad L. XXVII. eod. tit. *Plures earundem ædium nomine domini singuli stipulari debent sine adjectione partis: quia de suo quisque damno stipulatur: quinimo pars adjecta partis partem faciet. Contra si plures domini sunt vitiosarum ædium: pro sua quisque parte promittere debet, ne singuli in solidum obligentur.*

HUjus l. sententia hæc est: Si plures sint earundem ædium domini, quibus ædes vicini vitiosæ immineant, singuli de vicino stipulari debent damni infecti sine adjectione partis, ut suadet Paulus, ex qua ædium domini sunt, quia & non adjecta parte dominica, satis de suo quisque damno stipulari intelligitur, non de damno universo, quod imminet omnibus. Et ideo etiam si partis non fecerit mentionem, in partem tantum quisque suam ex stipulatu actionem habet, *l. ex damni 40. §. quotiens, hoc tit.* quia nec pluris ejus interest, & actiones non dantur ultra, quam actoris intersit. Ac præterea inventæ sunt stipulationes ad hoc solum, ut quisque consequatur quod sua interest, *l. stipulatio ista 38. §. alteri, de verb. oblig.* & præterea si pars adjiceretur in stipulatione damni infecti, quia singuli stipulantur ædium communium nomine, veluti si adjiceretur pars tertia, partis partem faceret, hoc est, stipulator partem suam scinderet in partes, & de tertia parte suæ partis stipulari videretur, non de tertia parte totarum ædium. Et ita hunc locum Basilica accipiunt recte, his verbis: *οἱ μηδὲ μέρος μνημονεύσαντες, δοκοῦσιν ἐκ τοῦ ἁρμόζοντος μέρους αὐτοῦ ἐπερωτᾶν:* id est, *Si partis mentionem non fecerint singuli in stipulando, videbuntur ex parte sibi competente partem deducere in stipulationem.* Itaque ut omnis tollatur ambiguitas, melius est non facere mentionem partis. At ex diverso si plures sint domini ædium vitiosarum, necesse est, ut singuli promittant nominatim pro sua parte, ne in solidum obligentur, si partis mentionem non faciant, quod fit eadem ratione, qua etiam id, quod dixi paulo prius, ut scilicet omnis removeatur ambiguitas: nam & qui simpliciter promittit sine adjectione partis, alias possit videri pro parte sua duntaxat promisisse, ut *d. l. ex damni, §. quotiens.* Alias in solidum pro omnibus, quod & sciens prudensque jure facere potest, maxime, si separatim singuli promiserint: nam si conjunctim simpliciter promiserint, singuli pro portione sua promisisse intelliguntur, *l. reos 2. §. cum tabulis, de duob. reis constit.* nisi aliud actum sit, *l. si fundus 16. §. si duo, de pign.* & ita hæc l. perspicue explicanda est, omissis, & rejectis Glossis. Paulus Castrensis recte, & hoc quidem solum in ea Paulum nostrum consilium dare, quo utantur ii, qui stipulationem contrahunt, quoque utentes effugiant sermonem ambiguum, qui sæpe lites, & discordias parit.

Ad L. XXXI. eod. tit. *Qui vias publicas muniunt: sine damno vicinorum id facere debent.*

Ad §. Si controversia sit, *dominus sit nec ne is, à quo cautio exigitur, sub exceptione satisdare jubetur.*

ULtima est *l. 31.* viæ publicæ muniuntur per Curatores viarum electos à Republica, vel ut Varro loquitur, *per Viocurios:* vel muniuntur per redemptores, qui à Republica muniendas vias condoxerunt certo pretio, vel extra ordinem per tempora possessores prædiorum proximorum eas munire, aut certam summam ad eas muniendas conferre debent, *l. cui muneris 12. de muner. & honorib.* Certe qui viam publicam exaravit, aratro proscidit, omnimodo ad munitionem, & refectionem compellitur solus, *l. ult. de via publ. & itin. publ.* & possessores quidem, qui viam publicam muniunt opere manufacto, ut ait initio hujus l. sine damno vicinorum id facere debent, ex quo sequitur necessario, & de operis vitio vicinis satisdandum esse damni infecti, *l. si finita 15. §. si quid in via, l. fluminum 24. hoc tit.* & ita recte Aggenus Urbicus *lib. 6. de limitib. agrorum.* Iis, qui prope ripam prædia possident, ripæ muniendæ necessitatem incumbere, ita tamen ut sine alterius damno faciat quisquis ripam suam munit: quod & Boetius scribit *lib. 2. de Geometria:* Idemque Urbicus eod. lib. alio loco ex Cassio Longino Jurisconsulto, possessorem, ripam suam sine alterius damno tueri debere. Idem ergo juris est in ripa, & in via.

AD §. *Si controversia.* Sequitur in hac l. *Si controversia sit, dominus sit necne is, à quo cautio exigitur.* Ex hoc edicto extraneus, qui in alieno ædificat, aliquid, unde damnum timetur, satisdare debet damni infecti, dominum autem ædificantem in suo repromittere satis est: repromittere secundum nostrum idioma, est nudam cautionem præstare sine fidejussoribus, est promittere pure nullo dato adpromissore: satisdare autem, est dare adpromissores, sive fidejussores. At si dubitetur dominus sit necne is, qui ædificat, à quo exigitur cautio damni infecti, satisdare jubetur, edicto Prætoris scilicet, *l. 7. §. 1. hoc tit.* non pure, sed sub hac exceptione si dominus non sit, ut *l. 22. §. ult. hoc tit.* & hic quidem est finis hujus operis de auctorum nostrorum operibus longe utilissimi, quem Deus dedit, cui sit honor, & gloria.

Librorum autem meorum nondum ullum prospicio finem, nascuntur subinde novi, & more fluentis aquæ, ut unda undam, ita laborem labor supervenit, & vel nunc maxime moventibus, & urgentibus vobis, quibus fidem dedi hoc opere perfecto, me explicaturum titulum de actionibus empti. Et instantibus quoque iis, qui Synodo in hac urbe habita nuper interfuerunt: quibus pollicitus sum, me brevi juri pontificio operam daturum, quod in hac schola silere conqueerebantur: & interpretaturum Libro IV. Decretalium, utrisque ut paream, & fidem meam liberem; mihi mens est, ita partiri tempus quadragesimæ, ut dies Lunæ, Martis, & Mercurii impendam juri Civili. dies Veneris, & Saturni, juri Pontificio. Interim dies fere quinque, qui adhuc restant, & publicis prælectionibus debentur ante quadragesimam, sumpto mihi biduo ad requiescendum, consumam in jure Pontificio, & incipiam die Veneris *lib. 4. Decr. tit. 1. de Sponsalibus, & Matrimoniis.*

Absolutum est opus XI. Kal. Mart. Anno Domini 1585. 19. Feb.

Finis Libr. Pauli ad Edictum.

JACOBI

JACOBI CUJACIJ J.C.
OPERUM POSTUMORUM
AD JULIJ PAULI JURISCONSULTI
Libros Quæstionum XXV.

Anno 1588.

Ad Librum Primum Quæstionum Pauli, *RECITATIONES SOLEMNES.*
IN NOMINE JESU.

Ad L. LXXXVIII. de Adquir. vel omitt. hered. *Gerit pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium. Unde & si domum pignori datam, sicut hereditariam, retinuit: cujus possessio qualis qualis fuit in hereditate: pro herede gerere videtur. Idemque est, & si alienam rem, ut hereditariam possedisset.*

NON incipiam à pusilla quadam lege, & parvi momenti, quæ prima sese offert in Digestis ex lib. 1. Quæst. Julii Pauli, sed à *lege* 88. *de adq. vel omitt. her.* quæ est celeberrima. Hæc lex est de eo genere adquirendæ hereditatis, quod *pro herede gestio*, sive *pro herede geritio* vocatur. Quo genere extranei, id est, qui non sunt in potestate, & familia morientis, cujus de bonis agitur, sibi delatam hereditatem adquirunt: extranei, inquam: Nam necessarii, vel sui, & necessarii heredes non adquirunt ipsi per se hereditatem, sed per legem eis adquiritur, & obvenit etiam invitis, & ignorantibus, tam ex testamento, quam ab intestato; & ex testamento etiam clausis tabulis testamenti, & non suo facto, non voluntate sua, sed legis potestate heredes existunt, vel ut Græci *ἀναφαίνονται*, illico apparent, *l. ult. §. sin vero*, *C. de cur. fur. dan.* & statim atque è vita excessit parens, vel dominus, in cujus potestate sunt, ipso jure heredes deprehenduntur, *l. pen. §. pen. inf. de bon. libert.* Extranei autem non existunt, sed fiunt heredes, vel adeundo, vel cernendo hereditatem, qui actus sunt solemnes, & legitimi, id est, ex 12. tab. *l. actus, de regul. jur.* vel pro herede gerendo, vel nuda voluntate amplectendæ hereditatis. Qui duo posteriores actus non sunt legitimi, ut duo priores, qui per eminentiam legitimi dicuntur, à quibus hi duo posteriores longe distant: sed legitimi tamen sunt, quia & jure civili proditi sunt: ut prætorium jus, & constitutum jus, jus est legitimum, quod tamen longe distat ab eo, quod per eminentiam jus legitimum dicitur, *l. si in adoptionem, in fi. inf. de bon. poss. cont. tab.* At hoc loco Paulus tractat de eo, qui se pro herede gerendo, pro herede agendo, adquirit hereditatem. Et gerit, inquit, *pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil hereditarium attingat*. An hoc vult Paulus, animo solo agnosci hereditatem, an animo solo quem videri se pro herede gerere, etsi ex hereditate nihil usurpet, vel attingat? At hoc si vult Paulus, duo, quæ fecit genera adquirendæ hereditatis, *§. ult. de hered. qualit. & differen.* nempe pro herede geritionem, & nudam voluntatem suscipiendæ hereditatis: Hoc, inquam, si vult Paulus hoc loco, ea duo genera non sunt duo, & tamen duo esse diversa satis constat. Nam nuda voluntate hereditas adquiritur sine facto ullo, solo animo, qui scilicet quibuscunque verbis declaretur citra formulam ac solemnitatem ullam. Pro herede autem geritio factum aliquod exigit, ut in *l.* 20. *sup. hoc tit.* quum dicitur pro herede gerere, quod ibi Græcis est *ἐγχειρίζειν τὴν κληρονομίαν*, non esse tam facti, quam animi, quoniam adverbium *magis*, quod in ea oratione deficit, exaudiendum, & accipiendum est comparate, non simpliciter sive *θελήσει*, ut satis demonstratur in *l.* 20. in geritione pro herede, duo concurrere debere, factum & animum. Quid est igitur, quod Paulus ait hoc loco, *gerere pro herede eum, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium?* Sciendum est, hanc Pauli definitionem non esse generalem, & adminiculandam esse subintellecto articulo interdum ex *l.* 21. *§.* 1. *hoc tit.* Quæ lex posito eodem exemplo, quo hic Paulus utitur, ut puta, si re non hereditaria quasi heres utatur, ait, *interdum solum animum obstringere hereditati*, id est, se pro herede gessisse videri eum, qui animum habuit se gerendi pro herede, licet nullam rem hereditaria-

ditariam attigerit. Et mihi videtur, hoc loco non inepte posse comparari possessioni geritionem pro herede. Possessio est facti, & animi: hæc sunt verba *l.* 1. *§. Scævola, si quis testam. liber esse juss. fuer.* Et ideo possessio non adquiritur, nisi corpore, & animo, *l. quemadm. de adquir. possess.* Interdum tamen, & solo animo adquiri videtur, nec tamen omnino adquiritur solo animo, ut in specie legis *quarundam, de adquir. possess.* si emerim struem, sive acervum lignorum, quæ me venditor tollere jubeat, ego non tollam, sed ei custodem opponam, ne quis ligna surripiat, aut summutet, videor animo solo adquisiisse possessionem, quoniam mihi ligna tradita non sunt. Et tamen (ut eadem l. ait in fine, sic enim est legendum) corporis quodam genere possessio mihi adquisita videtur, id est, non animo, vel adfectu solo, sed & corporis quodam genere, apposito custode nimirum. Potest enim possessio adquiri non tantum nostro, sed & alieno corpore: & custodi, quem apposui, à venditore traditus acervus videtur. Ad eundem modum pro herede gestio est facti, & animi, *d. l.* 20. *sup.* Et interdum licet videatur solo animo occupari, ut si quis re non hereditaria quasi heres utatur, tamen factum ejus aliquod intervenit, quia re utitur, quam hereditariam esse putat ipsa, solo animo gerit se pro herede, quia rem hereditariam nullam attingit opinione sua, non solo animo, sed & attractu rei, quam putat esse hereditariam. Et observa quibus gradibus processerit ratio adquirendæ hereditatis. Primum non potuit adquiri hereditas, nisi actu solemni, puta per cretionem, aut aditionem hereditatis, verbis solemnibus, & legitimis, & superstitibus multis præsentibus, adhibito etiam symbolo, puta percussione digitorum, & apprehenso corpore aliquo hereditario. Postea cœpit adquiri hereditas herede aliquid faciente heredis animo, citra solemnitatem ullam, hoc est, herede se gerente pro herede, quod quidem facit, si quid faciat quasi heres. Quod & in *l.* 22. *sup. hoc tit.* est pro domino administrare, pro domino facere aliquid, & in *l.* 78. dominationem suam interponere. Aditione, vel pro herede gestione dominium adquiritur omnium rerum hereditariarium, & sine possessione, *l. si ager, de rei vindic.* Et inde Paulus 4. Sentent. *pro herede gerere, est destinatione futuri dominii aliquid ex rebus hereditariis usurpare.* Veteres heredem pro domino appellarunt, & ita jamdiu notavi in *l. hereditate, §. pater, de castr. pec.* heredem accipi pro domino, non pro successore universi juris, illo loco, *non tamen, si ut heres, vivo filio vindictam servo imposuit.* Et quod nondum notavi, etiam in *l. sed etsi quid, §. si operas, de usufr.* illo loco, *profectaque ad heredem, redibit ad fructuarium.* Species est aperta: servus fructuarius locavit suas operas, & certum aliquid stipulatus est: stipulatio adquiritur fructuario, non proprietario, sive domino, & si forte finiatur ususfructus capitis minutione, qui tamen repetitus fuerit, si (inquam) finiatur capitis minutione, & mox restituatur, redintegretur, stipulatio illa ambulabit, & profecta ad heredem, id est, dominum, sive proprietarium statim, ut finitus est ususfructus capitis deminutione, mox redibit ad fructuarium. Ad extremum vero obtinuit etiam hereditatem adquiri posse nuda destinatione animi. Denique & adire, & pro herede gerere, quem posse nuda voluntate patefacta quocunque verbo, *d. §. ult. de hered. qualit. & diff. l. si avia, C. de jure delib.* At olim non videbatur pro herede gerere, vel adire, nisi qui aliquid faceret quasi heres. Neque hoc satis erat: nam & hoc exigebatur, ut id faceret, quod & quasi heres facere posset. Quod declaro ex *l.* 20. *§. si quid tamen, hoc tit.* Species est aperta. Si filius quasi heres operas petat à liberto paterno, non videtur se pro herede gerere, Cur? quia non quasi heres eas operas petere potuit, sed quasi filius. Nam operæ, quæ patrono debentur, non transeunt ad heredem, nisi sint præteritæ, id est, nisi jam patrono deberi cœperint, vel nisi eas jam patronus petierit, priusquam vita decederet: quo casu translatio judicii datur etiam heredi extraneo, ut est legendum in *l. si operarum, de oper. libert.* At futuræ operæ, quas defunctus nondum indixerat, non transeunt in heredes: transeunt quidem in

A liberos patroni, sed ut liberos, non ut heredes, *l. cum patronus, & l. si operarum, de oper. libert.* Liberis etiam non heredibus competit operarum petitio, modo non sint exheredati, sed se abstinuerint ab hereditate: nam non ideo minus potuerunt consequi operas à liberto paterno, sed jure liberorum, quia & hereditatem omiserunt, vel si hereditatem non omiserunt, & eam petierunt quasi heredes, non ideo videntur se heredes gessisse, quoniam heredes eas petere non possunt. Itaque ut videatur heres se pro herede gessisse, necesse est, ut id fecerit quasi heres, quod & heres facere potuerit. Et ita est explicandus *d. §. si quid tamen.* Porro exempli propositi in *d. l.* 21. *§.* 1. ut si re non hereditaria utatur quasi heres, videatur animo solo se gessisse pro herede, hujus, inquam, exempli in hac lege duæ proponuntur species. Prior B hæc est, si heres attingat, & retineat domum defuncto pignori datam, existimans esse hereditariam per errorem, non attingit rem hereditariam, quia pignus non est in bonis creditoris, sed ex bonis creditoris, id est, ex substantia ejus, *l.* 2. *§. in hac actione, de vi bonor. rapt.* Et tamen se pro herede gerere videtur, quia non tam spectandum est quid faciat, quidve attingat, quam quo animo faciat: si rem non hereditariam attingat quasi heres, pro herede gessisse, & consequenter se oneribus hereditariis obligasse videtur. Nam pro herede geritio, sive aditio est quasi contractus, ex quo nascitur obligatio, *l.* 3. *quibus ex caus. in possess.* nimirum quia ea conditione adire intelligitur, vel pro herede gerere, ut subeat onera hereditaria, vel suscipiat actiones creditorum hereditariorum, *l.* 38. *hoc tit.* Igitur pro herede C gerere ait Paulus hoc loco, eum, qui domum pignori datam, sicut hereditariam retinuit, cujus qualis qualis possessio fuit in hereditate. Quæso quid his verbis significatur, *Qualis qualis possessio fuit in hereditate, pignoris possessio qualis qualis, quid hoc est?* An hoc dicit, pignus, vel pignoris possessionem penes creditorem non fuisse quamdiu vixit? Minime. Certum est enim pignoris possessionem penes creditorem esse, *l. per servum, de adqu. rer. dom.* quia debitor ei possessionem suam cessit, & dominium nudum retinuit, non possessionem, *l. cum & sortis, §. pen. de pigner. act.* Pignoris igitur possessio non est penes debitorem, *l. si pignus, eod. tit.* Vacat igitur possessio civilis ejus rei, id est, nemo est penes quem sit possessio civilis: nam quæ penes creditorem est possessio, naturalis est, seu corporalis, non civilis, *l.* 3. *§. ult. ad exhib. l. debi-* D *tor, §. ult. de pignerat. act.* Non est civilis possessio, quia non jure dominii pignus possidet, sed jure constituti pignoris, justa est possessio, sed naturalis, non civilis est. Civilis est, quæ possidetur jure, aut veluti jure dominii, animo, opinione, cogitatione domini, *l. si servus, §.* 1. *de nox. act. l. pen. C. de furt.* Naturalis autem est, quæ alio jure possidetur. Non est igitur verum, quod Accursius scripsit hoc loco, pignus à creditore possideri civiliter, & naturaliter, quia naturaliter possidetur tantum. Quod tamen attinet ad ea verba, *Cujus possessio qualis qualis in hereditate fuerit.* Accursius ea verba percepisse videtur, quia in ea verba adducit *l.* 1. *§. Scævola, si quis testam. lib. esse juss. fuer.* ex qua intelligitur, hæc verba Pauli esse accipienda de hereditate jacente, id est, non adita, vel adquisita ei, cui delata est, quæ nullius in bonis est, *l.* 1. *§.* 1. E *de rer. divis. l. denique, §. quæsitum, quod vi, aut clam.* Hereditas, quæ jacet, possessionem non habet, possessio ejus qualis qualis est, non possessio, *d. §. Scævola.* Possessio enim est facti & animi, & facti, vel animi capax non est res incorporea, qualis est hereditas. Eo enim nomine significatur jus, non corpus. His igitur verbis significat Paulus possessionem in hereditate non fuisse, quia etsi interim habeatur pro domina, *d. §. quæsitum,* non possidet tamen. Et ita in *l.* 6. *§. Aristo, quod vi, aut clam,* qui precario in fundo moratur, qui certe non possidet, *l.* 6. *§.* 1. *ii, cui, de precar.* dicitur qualiter possidere, id est, non possidere. Et eodem sensu hoc loco, qualis qualis possessio esse in hereditate, quia certe hereditas non possidet, nec per naturam possidere potest,

test, quæ abstrahitur intellectu, nec sensu percipitur, quia A corpus non habet. Ergo nec facere quicquam potest, nec animo quicquam apprehendere, quo caret. Et hac ratione receptum, hereditati furtum non fieri, *l. hereditariæ, de furt.* Quid enim est furtum? *Possessionis interversio.* Nulla autem est possessio in hereditate, quæ interverti possit: ergo hereditati furtum fieri non potest. Eademque ratione jus illud singulare esse dicitur, quo comparatum est, ut cœpta usucapio à defuncto, etiam jacente hereditate compleatur, *l. nunquam, §. pen. l. cœptam, l. justa, §. nondum, de usurp. & usucap.* Quo genere fit, ut incipiat quidem usucapio à possessione, & ea quidem civili, compleatur autem etiam sine possessione, quia morte possessoris interrumpitur, sicut evenit in re pignori data, quam debitor cœperat possidere, & usucapere: nam & si eam desinat possidere, ut certe desinit re data pignori, tamen usucapio ejus rei com- B pletur, *l. 1. §. per servum corporaliter, de adquir. poss. l. servi nomine, de usur. & usucap.* Et quod dicimus, hereditatem jacentem non possideri, huic sententiæ nihil obstat *l. qui à servo, de oblig. & act.* cum qua consentit *d. §. nondum.* Nam (ut breve faciam) ex causa peculiari tantum hoc jure singulari receptum est, ut per servum hereditarium possessio hereditati adquiri fingatur, licet reapse non adquiratur: sicut & ex eadem causa peculiari, jure singulari receptum est, ut ignoranti domino possessio adquiratur. Alioquin nonnisi sciens acquirit possessionem, *l. si emptam, de usurp. & usucap. l. peregre, §. quæsitum, de acquir. poss.* Posterior species ea est. *Si rem alienam, quam defunctus bona fide possidebat ut dominus, cujus etiam possessio qualis qualis fuit in hereditate, heres cum existimaret rem hereditariam, attingat ut hereditariam.* Nam & hoc casu solo animo gerit se pro C herede, cum nihil attingat hereditarium. Denique in hac lege duæ proponuntur species, in quibus evenit, ut heres, qui re non hereditaria utitur, se obliget hereditati, & æri alieno, quasi se pro herede gesserit. Prior species est de re à defuncto possessa naturaliter, id est, de pignore: posterior species est de re à defuncto possessa civiliter. Nam bonæ fidei possessor, qui rem nactus est à non domino ex justa causa, civiliter possidet, nempe animo domini, & verus dominus si rem subripuerit, ei tenetur furti actione, quia intervertit possessionem ejus civilem, *l. cum æs, §. ult. & l. qui injuriæ, §. ult. de furt.*

Ad L. XXXVII. de Legibus, & S.C. *Si de interpretatione legis quæratur: in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset. Optima enim legum* D *interpres consuetudo.*

IN hac lege Paulus ait, *si de interpretatione legis quæratur, in primis inspiciendum esse, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset.* De lege municipali loqui videtur. Si vis scire quis sit sensus cujusque legis municipalis, observa, quemadmodum ea lege municipium, sive civitas retro usa fuerit in ejusmodi casibus. Basil. ἐπὶ τῶν ὁμοίων προσώπων, τε καὶ πραγμάτων, id est, *in similibus personis, & rebus,* in similibus controversiis. Usus enim est interpres legum. *Optima,* inquit, *legum interpres est consuetudo.* Cui sententiæ par illa est Appii Claudii apud Dionysium Halicarnassæum libro 7. πάντων ἄριστα ζητουμένοις δικαίως κριτήριον ... κάλλιστον ὁ χρόνος, & κριτήριον κάλλιστον vocat, quod Paulus *optimum interpretem,* & χρόνον, quod Paulus *consuetudinem.* E Nihil enim aliud est consuetudo, quam usus longi temporis, vel ut ait *l. 35. hoc tit.* observatio plurimorum annorum. Idem etiam Callistratus scripsit *lib. 1.* suarum quæstionum, ut subjicitur in *l. prox. quæ in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur* duos constituit interpretes, consuetudinem, & res judicatas, sive auctoritatem rerum judicatarum. Et consuetudinem intellige perpetuam, id est, non interruptam, non intervallatam, ut in *l. 6. §. 1. quod cujusque universit.* consuetudinem semper observatam, ut ait *l. sine herede, §. Lucius, de administ. tutor.* & ita res judicatas perpetuo, ut ait *l. prox.* perpetuo, & similiter dirimere ambiguitates legum, non res aliquando judicatas. Nam ut Cic. ait 1. de Invent. *Nunquam afferre oportet solitarium aliquid, aut rarum judicatum, & l. nemo judex, C. de sent. & interlocut. In pronuntiando judices non debere sequi exempla rerum non rite aliquando judicatarum, nec si à Principibus judicatæ sint, vel à præfectis prætorio, qui dicuntur obtinere apicem dignitatum omnium, quod sit legibus, non exemplis judicandum.* Itaque eas tantum res judicatas vim legum obtinere ait *l. prox.* & optimas esse legum interpretes, quæ perpetuo, & constanter eodem modo judicatæ sunt: ex usu perpetuo, & tritura fori eadem sumi interpretationem legum, vel dirimi ambigua legum. *Perpetuo,* inquit, non raro: &, *similiter,* non varie: nam quod varie judicatum est, vim legis non obtinet, ut in hac quæstione, an fideicommissum hereditatis relictum coheredibus, inter eos dividatur pro virilibus portionibus, an pro hereditariis, quod ait *lex nonnunquam, ad Trebell.* varie judicatum fuisse, nullum momentum adfert, vel jus nullum constituit. Consuetudo in primis spectanda est, ut ait Paulus, deinde vero auctoritas rerum perpetuo, & similiter judicatarum.

Ad L. XV. de In jus voc. *Libertus adversus patronum dedit libellum, non dissimulato se libertum ejus esse: an si ad desiderium ejus rescribatur, etiam remissa edicti pœna esse videatur? Respondi: non puto ad hunc casum edictum prætoris pertinere: Neque enim qui libellum principi, vel præsidi dat, in jus patronum vocare videtur.*

CErtum est, ut parentem à liberis, ita patronum, cui æque debetur reverentia à libertis, non posse in jus vocari sine venia, & permissu prætoris, quia sancta eorum persona his videri debet. Vocanti adversarium in jus, non erat olim necessaria venia prætoris, sed cui erat negotium cum aliquo, is solus per se jubebat se adversarium sequi in jus, aut non sequentem trahebat invitum, & rapiebat in jus, obtorto collo ni satisdaret judicio sisti. Quo genere, debita reverentia patrono non patitur, ut à liberto patronus in jus vocetur sine speciali permissu Prætoris, alioqui in libertum, qui aliter patronum in jus vocaverit, patrono est actio pœnalis in factum in 50. aureos, *l. 12. l. pen. hoc tit.* vel (ut in edicto arbitror fuisse perscriptum) in 50. millia sestertium his fere verbis: *Qui adversus ea fecerit, & quem in jus vocasset, 50. millia sestertium dare damnas esto.* Nam constat Justinianum ubique in edictis, & legibus rationem sestertiariam mutasse in aurariam. Hæc autem actio, quæ ex edicto patrono datur, quem sine venia prætoris libertus traxit in jus, annua est. Patrono enim non datur post annum: non datur etiam heredi patroni, nec in heredem liberti, *d. l. pen. hoc tit.* quia eæ tantum actiones pœnales dantur heredi, quæ ex delicto proficiscuntur, quo factum est, ut aliquid abesset ex patrimonio defuncti, ut furto, & rapina, aut damno injuria dato, actio furti, aut vi bonorum raptorum, actio leg. Aquiliæ, quæ omnes pœnales sunt, in heredem actoris transferuntur. Denique hæ actiones pœnales, sive fuerint privatæ, sive populares, dantur heredi ejus, cujus interest, ad quem eo minor hereditas redit, *l. 1. §. ult. de iis, qui dejec. vel effud. l. 1. tit. prox. l. ult. de popul. act.* Actiones autem privatæ, quæ pœnæ nomine dantur, non ex causa imminuti patrimonii, sed ex causa imminuti honoris, imminutæ dignitatis, vel libertatis heredi non competunt, velut actio injuriarum, quæ vindictam persequitur, non pecuniam ablatam, quæ (ut ait Cicero) dolorem imminutæ libertatis judicio, pœnaque mitigat: Et similiter Valentinianus in *Nov. de libertis, & successoribus eorum,* quæ agit causam doloris, actio injuriarum heredi ejus, cui facta est injuria, non competit. quia nihil hereditati abest. Ejusdem generis est actio de moribus in conjugem, quæ etiam vindictam persequitur, non pecuniam: & ideo heredi non competit, *l. rei judicatæ, §. ult. D. sol. matr.* Et actio ingrati, quæ donatori adversus donatarium ingratum competit, & ideo non transmittitur in heredem donatoris, *l. 7. C. de revoc. don.* Ejusdem generis est actio, qua de agitur in hoc tit. quæ patrono datur ex causa imminuti honoris sibi à liberto debiti, quod invitus tractus sit in judicium sine venia prætoris: Nam hæc actio etiam vindictam persequitur, non pecuniam, & ideo heredi non competit. Quam rationem

nem etiam reddit Theophilus nominatim in *§. non autem, Instit. de perp. & temp. action.* Non est omittendum, libertum, qui patronum in jus vocavit sine venia, si conveniatur hac actione, & solvendo non sit, si non habeat unde inferat 50. aureos, remitti ad præfectum urbi, qui in urbe omnia crimina sibi vindicat, id est, cognitionem omnium criminum, ut scilicet quasi inofficiosus litigator fustibus coerceatur, *l. ult. hoc tit.* secundum id quod generaliter de pœnis proditum est, ei esse indicendam extraordinariam coercitionem, cujus egestas pœnam pecuniariam eludit, *l.1.§. ult. de pœn.l. pen.C. de ædif. privat.* ut quemadmodum ait Cassiodorus 9. variarum, *reddat debitum pœnis, quod non potest compensare pecuniis.* Et lib. 10. *ut corporali supplicio pœnam luat, quæ non potest pecuniariæ satisfactioni sufficere.* Et Ambrosius serm. 78. *ut qui redhibitioni substantiæ satisfacere non potest, satisfaciat punitione corporis.* Et ut ait *d.l. ult.* eo *casu libertus fustibus castigatur, quasi inofficiosus litigator, eo scilicet superdicto à præcone, dum fustibus cæditur: Noli inofficiose litigare*, quod est, noli impie, & irreverenter litigare, ut in *l.7. de jure patronat.* & in ultima declam. Quintilian. *à piratis dimissum*, inquit, *à fortuna, à te, liberte inofficiosum reduxisti? non ad imagines, sed ut propius amissam dignitatem aspiceres.* His cognitis videamus, quid quæratur in hac lege. Hoc quæritur, an pœna hujus edicti teneatur libertus, qui patronum quidem non vocavit in jus, sed adversum patronum libellum supplicem principi obtulit. Libellum hoc loco accipere oportet pro libello supplici, pro libello precum, quod postea desiderium vocat: nam desideria in jure sunt preces, *l.2. C. de err. advocator. l. epistola, §. ult. D. de pact.* Quæritur ergo, an libertus, qui adversus patronum principi porrexit libellum precum, eo non dissimulato, se ejus libertum esse, si ad desiderium ejus rescripserit princeps, an ei remissa videatur pœna edicti? Quæritur primum, an inciderit in pœnam edicti dato libello, & an principe rescribente ad libellum, remissa ei videatur pœna, in quam incidit? Et Paulus ait, hoc postremum, quod dixi, frustra quæri, *an remissa videatur edicti pœna*, quia sive rescribat princeps ad libellum ejus, sive non, certum est, eum, qui libellum principi, vel præsidi dat, in jus vocare patronum non videri. Non remittitur pœna, in quam non incidit, sicut non liberatur obligatione, qui in eam non incidit, *l. decem, de verb. oblig.* Et similiter non remittitur pœna, quæ commissa non est. Et breviter hoc docet Paulus, libelli dationem non haberi pro vocatione in jus, ut in *l. quæsitum, ad Senatusc. Turp.* libelli dationem non haberi pro accusatione: si quis libello principi dato comminatus sit, se aliquem falsi accusaturum, nec postea accusarit, in pœnam Senatusconsulti Turpilliani non incidisse, quia nec accusationem instituisse intelligitur. Denique libelli datio neque pro vocatione in jus, neque pro accusatione, imo nec pro litis contestatione cedit. Et ratio differentiæ inter vocationem in jus, & libelli dationem, cur impune libertus libellum det principi, vel præsidi adversus patronum sine venia prætoris, & non impune tamen vocet eum in jus sine venia, evidentissima est, quia qui libellum porrigit adversus patronum, non trahit patronum, non rapit invitum. At qui in jus vocat patronum, si volentem quidem, hoc impune fecerit, nihil est certius, *l. 11. hoc tit.* At invitum trahere, & rapere in jus obtorta cervice, non potest sine contumelia verecundiæ patronalis. Verum huic responso Pauli obstat *l. 1. C. quan. lib. princ. dat. pro lite contest. hab.* quæ ostendit aperte, libellum datum principi pro litis contestatione haberi. Verum nihil est quod tam facile expediri possit. Non est generalis definitio ejus legis, non hoc generaliter statuit, libelli dationem pro litis contestatione esse, sed generaliter ea sententia falsa est, specialiter vera, videlicet in causis præscriptionum interrumpendarum tantum, videlicet in hoc, ut datione libelli, & rescriptione principis (nam utrumque requiritur) perinde atque litis contestatione actiones perpetuentur, ne adversus eas præscriptio temporalis currat: & non omnes tamen actiones, ut definit *l.2. ejus tit.* sed prætoriæ tantum, quæ sunt annales, non etiam civiles, aut prætoriæ, quæ vivunt longiori tempore, *d. l.2. & l.3. C. de præscr. 30. ann.* & non libello dato præsidi, sed libello tantum dato principi, ad quem etiam rescripserit princeps. Postremo obstat etiam huic responso quodammodo *l. si quis major, C. de transact.* ex qua contra transactionem injuratam, facere intelligitur, qui libellum dat principi, desiderans sibi permitti ab ea transactione discedere: qua ex causa statim incidit in pœnam, de qua convenerit, & rem amittit, & infamia notatur. Hæc est vis juratæ conventionis. Alioquin pœna tantum, de qua conventum est, committeretur, non etiam res amitteretur, non fama læderetur. Hæc est vis jurisjurandi, quod id etiam efficit, & est valde singulare ex Leonis Nov. 72. ut pactio nuda, quæ regulariter non parit actionem, sed exceptionem tantum, ut inquam, pactio nuda, quæ est confirmata jurejurando, pariat actionem.

Ad L. XXXIV. de Neg. gest. *Nesennius Apollinaris Julio Paulo salutem: Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque aviæ, heredes conveniebantur à nepotis heredibus negotiorum gestorum actione. Reputabant heredes aviæ alimenta præstita nepoti. Respondebatur, aviam jure pietatis de suo præstitisse: nec enim, aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essent. Præterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quæ pietate cogente de suo præstitisset, repetere: ex contraria dicebatur, tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur, at in proposito aviam, quæ negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis eum aluisse: tractatum est, numquid de utroque patrimonio erogata videantur: quæro, quid tibi justius videatur? Respondi: Hæc disceptatio in factum constitit. Nam & illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim, si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum, aut tutores ejus conveniret? pone peregre patrem ejus obiisse, & matrem, dum in patriam revertitur, tam filium, quam familiam ejus exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem D. Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo aviam, vel heredes ejus audiendos, si reputare velint alimenta: maxime si etiam in rationem impensarum ea retulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur.*

SPecies & quæstio hujus legis Paulo proposita fuit à judice Nesennio Apollinari quodam, apud quem de ea varie disceptabatur, cujus judicis sunt, & aliquot aliæ consultationes ad Paulum immixtæ in hisce quæstionum libris. Et est species hujusmodi: Avia nepotis negotia gessit: & in negotiis nepotis gerendis, ei alimenta exhibuit. Utrisque defunctis avia, & nepote, heredes nepotis agunt cum heredibus aviæ directa actione negotiorum gestorum, ut actus, quem avia administravit, rationem reddant, reliqua restituant: & si quid dolo, aut culpa avia gesserit, id quoque restituant, *l. 2. hoc tit.* In hoc intenditur actio negotiorum gestorum. Illi non recusant actionem pati, sed desiderant reputari prius alimenta, aut impendia, quæ avia fecit in alimenta nepotis, ut his impendiis deductis eo minus restituant, *ils veulent rabatre cela*. Denique desiderant ante omnia deducere impendia alimentorum, quo facto, dicunt se esse paratos restituere id, quod supererit ex actu gesto ab avia. Quæritur, an ea alimenta heredes aviæ possint reputare heredibus nepotis? Hac de re varie disceptabatur, ut dixi, in auditorio Nesennii Apollinaris. Heredes nepotis iidemque actores dicebant, ea alimenta, quæ avia nepoti præstitisset, neque reputari, neque repeti posse, quia ea præstitisset de suo, pietatis jure, pietatis gratia, sive respectu, ducta avita affectione, & charitate sanguinis, animo donandi, munere pietatis fungens, non hoc animo, quasi ea receptura. Cujus pietatis argumentum est, quod non desiderasset nepoti à prætore alimenta decerni: ut in his causis fieri solet, *l.2. & 3. ubi pup. educ. deb.* Nec vero ulla decreto prætoris alimenta nepoti decreta essent: nam si avia voluisset ea alimenta præstari de re nepotis, quam administrabat, non de re sua, ut in rationibus reddendis justam haberet causam ea repetendi, curasset ea à prætore decerni; quod cum non fece-

fecerit, pietatis munere functa videtur, id est, ea erogasse de suo, & nepoti donasse videtur. Ergo, neque reputari possunt nepoti, vel heredibus nepotis, nec repeti ab eis. Cui non datur reputatio, multo minus datur repetitio: cui non datur exceptio, multo minus actio. Proferebant etiam heredes nepotis constitutionem Divi Marci, & constitutionem D. Severi, quibus constitutum est, non posse matrem repetere, quod urgente pietate de suo impendisset in alimenta filiorum, vel in disciplinas, vel in petendis tutoribus, vel in suspectis tutoribus removendis, *l. 1. C. eod. tit. l. 5. §. si mater, inf. de lib. agnosc.* Denique matrem non posse ea impendia à filiis repetere. Imo & si mater dotem pro filia dederit, ultro pietate ducta, & affectione materna, eam à filia repetere non potest. Imo nec à genero, etiamsi eam dederit ex falsa causa, puta cum putaret, se eo nomine obligatam esse, eam repetere non potest à genero condictione indebiti, quia pietatis causa, etiamsi ei adjuncta sit opinio falsa obligationis, inhibet condictionem indebiti. Quod pietatis causa datur, quod donatur, non potest repeti condictione indebiti, *l. cum is, qui, §. ult. inf. de condict. indeb.* In qua pro *mulier*, videtur legendum, *mater*, Ea igitur mater expensa adfectioni suæ ferre debet, non filiorum bonis alimenta, quæ eis præbuit, ut constitutum est in matre. Idem vero non invenitur constitutum in patre, ut alimenta filiis erogata repetere, vel reputare non possit. Cur idem non invenitur constitutum in patre? quia nimirum in patre hoc erat certissimum, qui ea debet filiis omnimodo præstare jure naturali, etsi filii non sint in ejus potestate, *l. 5. in princ. de liber. agnosc.* Pietas naturalis patrem obligat præstandis alimentis. Imo & præstandæ doti, *l. qui liberos, de jur. dot.* Qua de causa in ponenda ratione l. Falcidiæ dos deducitur æris alieni loco, *l. 9. de leg. 2. l. mul. §. cum proponeretur, ad Treb. Nov.* 39. At mater alimentis præstandis, aut doti præstandæ obnoxia non est, si liberi patrem habeant, *d. l. 5. §. idem in liberis, & §. si mater, l. neque mater, C. de jur. dot.* Patris eæ sunt partes, non matris: liberi sunt onera matrimonii, quæ sustinet pater, non mater, *l. si filia, §. si filiusfam. D. famil. ercisc.* At si mater ultro, pietatis respectu alimenta filiis præstiterit, vel dotem filiæ, non est repetitioni locus, aut reputationi. Quod de matre diximus, idem obtinet in avunculo, qui pietatis causa sororis filiæ alimenta præbuit. In patruo, qui fratris filiæ pietatis causa alimenta præbuit, *l. ex duobus, §. ult. hoc tit.* Imo vero idem obtinet in quolibet extraneo, si alimenta præbuit διαθέσει χαριστικῇ, οὐκ ἀπαιτητικῷ λογισμῷ, ut Græci ajunt ad *l. 1. C. eod. tit.* qui & finem hujus legis de extraneo accipiunt: & confirmatur valde eorum sententia *l. is, qui amicitia, inf. hoc tit.* quam breviter explicemus. Si quis extraneus amicitia paterna ductus, quam scilicet exercuit cum patre pupillorum, aliquid impenderit in petendis tutoribus, vel in tutoribus datis, ut suspectis postulandis: nam & hæc lis non agitur sine sumptibus, & ad hanc litem admittuntur quilibet extranei, qui ducuntur pietatis adfectione, *l. 6. C. de suspect. tut.* & amicitia parentum defunctorum, ut ait *l. 2. inf. qui pet. tut. poss.* An igitur si quis extraneus amicus parentum, ut pupillis de tutela prospiceretur, aliquid impenderit, id ab eis repetet quasi negotio eorum gesto? minime: quia id gessit non repetendi animo, sed amicitiæ, & pietatis gratia. Et ita *d. l. is, qui* ait, declarari constitutione D. Severi, id est, *d. l. 1. eod. tit.* Ex quo apparet in *d. l. 1.* affectionem domesticam accipi etiam pro ea, quam extranei habent erga familiam, vel domum aliquam. Et his quidem rationibus freti heredes nepotis dicebant, sibi reputari non debere impensas, quas avia fecisset in alimenta nepotis, & exemplum matris debere trahi ad aviam, quæ & matris locum obtinet. Ex adversa parte dicebant heredes aviæ, id in matre fuisse constitutum, cum probaretur, aut liqueret matrem de suo filium aluisse. In specie vero proposita verisimilius esse, aviam de re ipsius nepotis eum aluisse, & exhibuisse, non de re sua. Mulieres enim cæteras extra matrem parcas esse donandi, rara esse beneficia mulierum, ut Menander ait, οὐκ ἐν γυναικὶ φύεται πλείστη χάρις: matris affectum superare omnem alium affectum. Superadjiciebant

A heredes aviæ, quod de matre est constitutum, non esse perpetuum: non si mater testibus præsentibus, vel scripto protestata sit, se filium alere, ut aut ipsum, aut tutores ejus postea conveniat, & ab eis recuperet impendia alimentorum: quæ protestatio tollit donandi causam, declarat animum matris, tollit quæstionem omnem, ut in *l. 14. §. sed interdum in fine, de relig. l. 3. §. cum inquilinus, uti possid.* non etiam locum esse supradictis constitutionibus in hac specie: si absente patre mater filium, & familiam omnem mariti aluisset suis sumptibus, interim dum maritus peregre rediret, & is forte non redierit, sed peregre diem suum objerit: Nam hoc casu matri sumptuum repetitio competit, quia clarum est, eam habuisse animum eos sumptus à marito repetendi, cum salvus sospesque peregre domum rediisset. His igitur duobus casibus matri in filium est actio B negotiorum gestorum ad repetendos sumptus factos in alimenta filii. His rationibus ex utraque parte propositis in consilio judicis, adsessores alii dicebant, aviam alimenta præbuisse de suo pietatis causa, nec posse ea reputari nepoti, vel heredibus ejus, ea aviam debere expensa ferre suæ pietati. Alii autem dicebant, aviam alimenta præbuisse de re nepotis, & hoc esse verisimilius: ac proinde ea nepotem, vel heredes ejus patrimonio nepotis expensa ferre debere. Erat & tertia sententia, quam rejicit Paulus, dicentium, ea alimenta erogata videri de patrimonio utriusque, aviæ scilicet, & nepotis: atque ideo partem esse imputandam aviæ pietati, partem bonis nepotis, quæ fuit valde nova sententia. In hac varietate consultus Paulus à judice respondit, hanc disceptationem in facto consistere, id est, quæstionem, rem facti, non juris: in causa, in facto C jus esse positum, ut ait *l. si ex plagis, §. in clivo, inf. ad leg. Aquil.* implicitam facto quæstionem esse, ut *l. cum duobus, pro soc.* Nihil ergo pertinere ad Jurisconsultum, sed esse in æstimatione judicis, *l. mora, de usur. l. 2. C. plus val. quod agit.* Quæstionem juris dirimunt Jurisconsulti, quæstionem facti judices, vel etiam ea remittitur ad Rhetores, qui de ea probabiliter disserunt apud judicem, ut solebat Gallus Aquilius collega, & familiaris Ciceronis, quum de facto consulebatur, eam quæstionem remittere ad Ciceronem. At non tamen ideo minus quandoque Jurisconsulti respondent de quæstione facti, sed veluti in re facti, id est, satis dubie. Jurisconsulti, inquam, respondent de facto, veluti in re facti, id est, in dubio. Et ita de quæstione proposita ait Paulus, in re facti se putare, & præsumere, quod Basilica addunt, κατὰ πρόληψιν, aviam de re nepotis ea impendia D fecisse recipiendi animo, & spe, maxime (nam & hoc proponebatur) quod avia ea impendia retulerat in rationem impensarum pro nepote factarum. Non retulisset in rationem, si ea donare voluisset, non repetere, aut reputare. Et ideo possunt reputari ab heredibus ejus, heredibus nepotis agentibus negotiorum gestorum. Et postremo improbat Paulus sententiam illorum, qui tentabant alimenta erogata fuisse ex patrimonio utriusque, nepotis, & aviæ, eorumque onus esse partiendum inter heredes nepotis, & heredes aviæ, quia dubio procul hæc non fuit mens aviæ, ut partim de suo, partim de re nepotis impendia faceret: unde duxerunt hanc conjecturam? sed mens aviæ fuit, ut vel omnia de suo impenderet, vel omnia de re nepotis, non etiam ut scinderet impensas. Hujus sententiæ nullum argumentum extat. Et ita, quum quis legavit Titio, & duo E sunt Titii amici testatoris, quæ homonymia ambiguitatem facit, quid dicemus? quid fiet? Cui dabitur legatum? neutri: quia deficit probatio, quia non apparet cui testator voluerit dari, *d. l. 3. §. si duobus, de adim. leg. l. duo sunt Titii, de testam. tut.* Et melius est ita constitui, neutri deberi legatum, quam partem dari uni Titio, partem alteri: quia testator scindi legatum noluit, sed uni præstari in solidum, quia cum non appareat cui sit legatum, ad irritum recidit. Et quod dicitur in *l. sed etsi legem, §. adeo, de petit. heredit.* eum, qui cum putaret se ex asse heredem esse, partem dimidiam hereditatis consumpsit, sine dolo malo lautius vivens, residuum integrum non restituere, quod dici posse videtur, sed partem ejus dimidiam: id fit, quia bonæ fidei possessor tenetur in quantum factus est locupletior. Nam

locu-

locupletior factus non censetur, qui re sua se abuti putans, eam perdidit, aut donavit, nisi antidora soluta sint. Non tenebitur ergo ad totum restituendum, quasi id, quod erogavit, ex suo fuerit, & sua pars. Nam & si is, qui heres non erat, totum quidquid apud se fuit, consumpsisset, sine dubio non tenetur, quasi locupletior non factus. Consuluit enim Senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Et similiter is, qui directo substitutus est in secundum casum filio impuberi post decimum quartum annum, quod fit inutiliter post pubertatem, neque filio mortuo post pubertatem ut substitutus admittitur in assem, neque filio vivo admittitur in partem ut coheres, ne quid fiat contra voluntatem testatoris, qui interim filium totum habere voluit, non adjuncto coherede, quod ei dedit testamento, *l. verbis civilibus, de vulg. subst.* Eadem ratione substitutus datus vulgari modo heredi instituto, & datus sub conditione hac, si heres institutus non cerneret hereditatem, herede non cernente, sed se pro herede gerente, cum plerisque videretur dividendam esse hereditatem ex æquo inter substitutum, & institutum. Divus Marcus constituit, substitutum penitus excludi, ut scribit Ulpianus *lib. reg.* & conditionem igitur cernendi impleri, etsi quo alio modo heres institutus hereditatem adquisierit, veluti pro herede gerendo, sicut conditionem, si ille filius illius emancipatus erit, constat impleri, si non emancipatione, sed alio quovis modo sui juris effectus fuerit, *l. 3. C. de inst. & subst.* Ita reperio, si via per plures fundos extendatur, qui debeant mihi servitutem, & per unum fundum iero, per alium non: per tantum tempus, quanto servitus amittitur, aut totam amitti servitutem, aut totam retineri. Ideoque si nullo usus sum, tota amittitur: si vel uno, tota servatur: quia per plures fundos itur ad unum, servitus una est, & dividi non potest, & in parte tota retinetur. Et postremo, quum emptor in fundo sibi vendito, & tradito, atque ita translato dominio fundi in emptorem, in eo fundo invenit thesaurum, totus thesaurus emptori acquiritur, quia invenit eum in loco suo, in solidum: si invenisset in alieno, divideretur inter inventorem, & dominum loci, *§. thesauros, Instit. de rer. divis.* Quia invenit in suo post traditionem fundi, non dividitur inter venditorem & emptorem, sed pertinet ad emptorem in solidum, *l. à tutore, de rei vind.* Et ita apud Philostratum in Apollonio lib. 2. cum eadem quæstio de thesauro invento ab emptore proposita fuisset Indorum regi respondit, *εὐήθης δ' ἂν ἐγὼ φαινοίμην, εἰ κελεύσαιμι ἄμφω μερίσασθαι τὸ χρυσίον, ὅ γε κἂν γραῦς διαιτῴη* *Insipiens*, inquit, *sim, si jusserim thesaurum cos inter se dividere: hoc enim, vel anus judicabit:* Ut non immerito etiam Accursius dicat hoc loco, esse judicium rusticorum, vel ut ille, anile judicium, si lis inter duos ita componatur, ut rem, de qua litigatur, inter se ex æquo partiantur. Et quod objici posset exemplum *legis si à sponso, C. de donat. ante nupt.* ubi si à sponso rebus sponsæ donatis, interveniente osculo, ante nuptias hunc, vel illam mori contigerit, dimidiam partem rei donatæ ad superstitem pertinere, pertinere dimidiam ad defuncti, defunctæve heredes, ut donatio stare pro parte dimidia, & resolvi pro parte dimidia videatur. Respondeo, in illo casu singulari ita dividi propter interventum osculi, quod erat apud Romanos quasi arra concubitus, ut patet, vel ex Ovidio, & castitatem sponsæ attingere videtur. Ideoque addidit in eadem lege, quod quando sponsus donavit sponsæ sine osculo, & unus obiit, repetitur omne datum. Quod si sponsa, interveniente, vel non interveniente osculo donationis titulo (*quod raro accidit*) fuerit aliquid sponso largita, & ante nuptias hunc, vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam, sive ejus successores donatarum rerum dominium transfertur. Displicet enim veterum sententia, quæ donationes in sponsam, nuptiis quoque non secutis, decrevit valere, *l. cum veterum, C. eod. tit.*

Ad L. XVII. Quod metus causa. *Videamus ergo, si heres, ad quem aliquid pervenerit, consumpserit id, quod pervenit, desinat teneri: an vero sufficit semel pervenisse: & si consumpto eo decesserit, utrum adversus heredem ejus omnimodo competit actio, quoniam hereditariam suscepit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil pervenit? Et melius est omnimodo competere in heredem heredis actionem: sufficit enim semel pervenisse ad proximum heredem: & perpetua actio esse cœpit, alioquin dicendum erit nec ipsum, qui consumpsit, quod ad eum pervenit, teneri.*

ILlud in primis repetendum atque constituendum est ex l. superiore, actionem quod metus causa dari heredi, & in heredem: dari heredi, quia rei, non vindictæ persecutionem continet: nec dicas, quia mixta est actio, tametsi verum sit eam mixtam esse actionem, id est, tam rem, quam pœnam tripli intra annum persequi; sed non ideo quod sit mixta, heredi competit, quia & pœnales actiones, quæ non sunt mixtæ, id est, quæ solam pœnam persequuntur, heredi competunt, *§. non autem, instit. de perp. & temp. act.* Idque docui nudiustertius ad legem *15. de in jus voc.* Sed cur hæc actio heredi datur, vera ratio hæc est, quia rem persequitur, non ut actio injuriarum, vel actio ex edicto de in jus vocando, vindictam: quia (inquam) rem persequitur, non vindictam, quia rei, non vindictæ persecutionem habet: Nam si vindictæ, non pecuniæ persecutionem haberet, heredi non daretur. Itaque in *l. 14. §. in causæ, hoc tit.* cum ait *heredibus dari actionem quod metus causa, quia & rei persecutionem habet*, ille articulus *Et*, abundat, & tam in *l. 16. §. hæc actio, h. t.* in quo idem ostenditur, quam in *d. §. in causæ* Basilica sine conjunctione ulla, sine ullo adminiculo scribunt, *actionem quod metus causa dari heredibus, ὡς ἔχουσαν πραγματικὸν πάντῃ τὸν ἐκβιβασμὸν*, *quod omnino rem persequatur*, non vindictam scilic. In heredem autem ejus, qui vim, aut metum intulit, datur duntaxat in id, quod ad eum pervenit, id est, quatenus ex ea re locupletior hereditas ad eum pervenit, quodve dolo malo ejus factum est, quo minus perveniret, ut *l. 2. de vi, & vi arm. l. 27. tit. seq.* Datur, inquam, in heredem in id dumtaxat, quod ad eum pervenit, etsi ea de re actum cum defuncto, vel ob eam rem defunctus condemnatus non fuerit: Nam etsi pœna, vel pœnalis actio reo defuncto ante litem contestatam non transeat in heredem, tamen quod turpiter, vel scelere defuncti quæsitum est ad compendium heredis pertinere non debet: non debet heres ex alieno scelere, ex defuncti scelere pœnam subire, si ea de re lis cum defuncto contestata non fuerit: non debet etiam heres ex scelere defuncti lucrum facere. Idcirco, quod ad eum ex scelere defuncti pervenerit, ei extorquetur. Et ita lex superior in fine, rescriptum esse ait, puta à Divo Pio in *l. 1. C. Hermog. ex delict. defunct. quemadm. success. conven.* Ne, inquit Divus Pius, alieno scelere ditetur. Qua ratione etiam utitur *lex un. C. ex delict. def. in quant. hered. conven.* quæ lex proprie pertinet ad actionem quod metus causa, ut indicant illa verba, *Eo defuncto, qui vim, aut concussionem intulit*. Concussio enim est terror & metus. Vis est, quæ metuitur, cujus metus injicitur. M. Tullius pro Cæcinna: *Quid fugiebant? propter metum: quid metuebant? vim.* Inde vero quæritur, an etiam teneatur heres in id, quod ad eum pervenit, si id consumpserit? Finge, antequam conveniretur ante litem contestatam. Et verius est, ut hoc loco definit Paulus, satis esse, si semel ad eum pervenerit, si vel momento res apud eum fuerit post aditam hereditatem, *l. cum prætor, de regul. jur.* Nimirum, ad exemplum defuncti, qui vim fecit, & tenetur, etiamsi rem, quam extorsit, statim consumpserit in malam rem, *l. 1. C. eod. tit.* Rursus quæritur, an heredis heres, id est, an heres heredis, qui id, quod ad eum pervenerat ex scelere defuncti, consumpserit, etiam eo judicio teneatur, cum ad primum heredem res pervenerit, & ab eodem consumpta est, ad secundum autem nihil pervenit unquam. Et sane verius est, etiam heredem heredis teneri, quia hereditaria obligatio est, qua scilicet primus heres, cui hic secundus heres extitit, obstrictus fuit. Igitur, ut cæteræ obligationes hereditariæ, ita & hæc transfertur in heredem heredis, licet ad eum nihil unquam pervenerit, quia satis est semel pervenisse ad heredem primum, ad cujus

vicem secundus propius accedit: Et addit Paulus hanc actionem, quæ in heredem datur, vel in heredem heredis, in id, quod pervenit ad primum heredem, esse perpetuam, & perpetuam esse cœpisse a persona primi heredis: quæ semel cœpit esse perpetua, non ideo amittitur, quod res apud eum, a quo cœpit, esse desierit: quia non utique semper exigitur, ut res, quæ pervenit semel, apud eum permaneat, ne sit in ejus potestate, eam consumendo se liberare obligationi contracta semel. Et perpetuam actionem esse ait etiam *l. 19. inf.* Cur sit perpetua, ratio est evidens, quia rem solam persequitur, non pœnam, ut in *l. 3. §. 1. de vi, & vi arm. l. itaque, tit. seq.* Actio quod metus causa, quæ rem & pœnam persequitur, intra annum annua actio est, post annum non datur ulla actio mixta: nam post annum rem solam persequitur, ergo est perpetua, *l. 14. §. post annum, hoc tit. & d. l. itaque*. Et hoc est quod voluit Paulus in hac *l. 17.* Cui tamen in eo, quod ait, heredem, ad quem res pervenit, non liberari, si rem consumpserit, refragari videtur lex, *quæ sequitur 18.* quæ ait, *si ipsa res, quæ ad alium pervenit, interijt, non esse locupletiorem factum:* Non loquitur de eo, qui vim, aut metum fecit. Nam hic tenetur omnimodo, etiamsi res interierit, *l. 1. C. eod. tit.* non loquitur etiam (si Accursio credimus) de herede ejus, qui metum fecit. Quod si verum est, Paulo hæc lex non refragatur, quia Paulus de herede loquitur: hæc lex, ut vult Accursius, de herede non loquitur, sed de alio possessore bonæ fidei, ad quem res pervenit, quam alius domino metu extorserat. Heredem teneri putat Accursius, etiamsi res interierit, quæ semel ad eum pervenerat: bonæ fidei possessorem non teneri, si res interierit postea, quia non videtur locupletior factus, id est, non videtur ad eum pervenisse res, quæ interiit, quæ non permansit in possessione ejus, sicut nec videtur versum in rem patris, vel domini, quod non durat versum, *l. 10. §. versum, de in rem verso.* At Accursio longe divortit judicium hac in re, ac mihi, quia ad heredem quoque ejus, qui metum fecit, arbitror pertinere hæc verba legis 18. *Si ipsa res, quæ ad alium pervenit interiit, &c.* ut scilicet in ea ad alium non sit, ad alium, quam heredem, sed ad alium, quam auctorem delicti, qui metum fecit, qui non liberatur, si res intereat. Ad alium igitur, hoc solo excepto, sive heredem, sive bonæ fidei possessorem: proinde heres ejus, vel alius possessor liberatur interitu rei, si modo intereat ante litem contestatam sine dolo malo ejus. Et hæc lex 18. ut accipiatur etiam de herede, suadent proximæ, quæ sunt supra & infra leges de herede nominatim scriptæ. Ac sane melius & verius est hujus controversiæ, quæ ad speciem scilicet est controversia, non ad veritatem, dirimendæ causa, faciendam esse differentiam inter consumere, & interire hoc modo: *si heres abutatur, & consumat rem, quæ ad eum pervenit ex scelere defuncti, non liberatur, quia per eum factum est, ut rem non habeat*, & ita Paul. loquitur, id est, si consumpserit, nec dicit, *si interierit res:* Nam si ipsa res interierit, ut Julianus ait in *l. seq.* Emphasis est in eo quod ait, *ipsa*, id est, si per se naturaliter interierit ante litem contestatam, heres, vel possessor ejus liberatur, quoniam, ut in *l. 20. inf.* quantum ad heredem pervenit litis contestatæ tempore spectatur, & eo tempore rem non habuit, quia interierat, neque fecit, quo minus eam haberet, aut quo magis ea res, interiret. At subjicit Julianus in *l.* sequenti, si ea res, quæ ad eum pervenit ex scelere defuncti ab herede venditionis genere in pecuniam conversa sit, vel permutationis genere ante, vel post litem contestatam, nihil refert, hoc casu eum non liberari, quia omnimodo videtur ex ea re locupletior factus, quoniam ex ea sibi paravit aliam, vel pecuniam sibi paravit: Qui pretium habet, vel aliam rem, & rem principalem habere videtur, *l. qui pretio, de usufr.* Qua ratione subjicit Julianus ex constitutione Divi Antonini, petitione hereditatis teneri non tantum eum, qui rem hereditariam possidet, sed & eum, qui rem hereditariam distraxit, & pretio ejus utitur fruitur, quia pretium existimatur successisse in locum rei hereditariæ: & quodammodo ipsum hereditarium factum esse, *l. si ad rem 25.* inf. *de petit. hered.* Denique non videtur quis rem amisisse, si ejus pretium, vel si ex permutatione ejus aliam rem in suum patrimonium converterit, *l. idem servandum, de leg. 2. l. pater, de adim. leg.* Et notandum est, quod ubi semel res versa est in pecuniam, vel aliam rem, jam non esse amplius spectandum quid illa pecunia, vel alia re fiat, aut ea quorsum evadat. Nam etsi postea heres eam deperdat & consumat, tenetur. Et hoc est, quod ait Julianus, nihil amplius quærendum esse, quis rei exitus sit, quæ scilicet semel res effectum habuit, & exitum aliquem: exitus alium exitum non expectat, nec finis cujusque rei, vel negotii alium finem. Neque ullo modo hac in re probanda est distinctio Accursij inter causam lucrativam, veluti donationem, & non lucrativam, veluti emptionem, ut scil. si ex re a defuncto metu extorta, aliam heres nanciscatur ex causa lucrativa, teneatur, licet postea eam deperdat: si ex causa non lucrativa, non item. Nam hanc distinctionem damnant prorsus hæc verba Juliani, *si in pecuniam, aliamve rem conversa sit*, quæ demonstrant rem pro re, aut rem pro pecunia datam. Ergo obvenisse pecuniam, vel aliam rem ex causa non lucrativa, & tamen teneri dicitur heres, licet postea eam rem deperdat, & consumat: Nihil est apertius. Verum tamen est hac in re, quod attigit Accursius, aliquam esse differentiam inter hanc actionem, quod metus causa, & petitionem hereditatis, tametsi hanc actionem hoc loco Julianus conferat cum petitione hereditatis. Hæc enim inter eas actiones differentia existit, quia in petitione hereditatis, quantum ad bonæ fidei possessorem pervenerit, tempore rei judicatæ spectatur, quantum scil. eo tempore habuerit, *l. si à domino, §. pen. de pet. her.* Itaque si res naturaliter interierit post litem contestatam, possessor liberatur, quia rei judicatæ tempore rem non habuit, nec fecit, ut rem non haberet. In actione autem quod metus causa, quantum ad heredem pervenerit, aut bonæ fidei possessorem tempore litis contestatæ spectatur, non rei judicatæ, *l. 20. hoc tit.* Et ideo, si res naturaliter interierit post litem contestatam, possessor tenetur, quia eam rem habuit tempore litis contestatæ. Cur tam varie? quæ est ratio differentiæ inter petitionem hereditatis, & actionem quod metus causa? Ratio certissima hæc est, quia petitio hereditatis est bonæ fidei, quod non primus introduxit Justinianus in *l. ult. C. de petit. hered.* quoniam ante eum, & plerique juris auctores existimarunt hanc petitionem hereditatis connumerandam esse bonæ fidei judiciis, cujus rei indicium præbet *l. plane, inf. de petit. hered.* Sed quia de eo erat controversia inter auctores, *dicta l. ult.* Justinianus sustulit omnem controversiam, definiens in omnibus petitionem hereditatis esse bonæ fidei, non strictam. Petitio igitur hereditatis est bonæ fidei: actio quod metus causa stricta. Et certa est hæc differentia, ex qua illa, quam proposui, dependet, inter actiones strictas & bonæ fidei, quod in actionibus strictis semper spectetur, quacumque de re agatur, tempus litis contestatæ, in actionibus bonæ fidei tempus rei judicatæ, *l. 3. §. in hac, commod.* quia judicium, quod est bonæ fidei, omne confertur in arbitrium judicis in tempus rei judicatæ, in tempus, quo judex arbitrabitur, quid sui judicij sit: in actione stricta res omnis confertur in formulam, quæ intenditur statim initio litis in id, quod petitur lite contestata. Hæc est ratio differentiæ. Sed apparet hæc ratio non tantum, quum res interiit suo casu, quem jam exposui, sed etiam quum res consumpta est, & deperdita ab ipso bonæ fidei possessore. Nam si pretium ex venditione rei metu extortæ redactum heres consumat, ante vel post litem contestatam, nihil refert, tenetur. At si possessor hereditatis pretium ex venditione redactum consumat ante litem contestatam, non tenetur, si post litem contestatam tenetur, quia dolo, aut culpa consumpsit. Denique hac in re multum interest, utrum res consumatur ab herede, vel possessore bonæ fidei, & deperdatur, quod idem est, an ipsa intereat: multum, inquam, interest, depereat, an deperdatur.

Ad L. XXXII. de Minoribus. *Minor viginti quinque annis, adito præside, ex aspectu corporis falso probavit perfectam ætatem. Curatores cum intellexissent esse minorem, perseverarunt in admi-*

administratione : medio tempore, post probatam ætatem, ante impletum vicesimum quintum annum, solutæ sunt adolescenti pecuniæ debitæ, easque male consumpsit. Quæro, cujus sit periculum : & quid si curatores quoque in eodem errore perseverassent, ut putarent majorem esse, & abstinuissent se ab administratione, curationem etiam restituissent: an periculum temporis, quod post probatam ætatem cessit, ad eos pertineat? Respondi : Hi, qui debita exsolverunt, liberati jure ipso, non debent iterum conveniri. Plane curatores, qui scientes eum minorem esse perseveraverunt in eodem officio, non debuerunt eum pati accipere pecunias debitas : & debebunt hoc nomine conveniri. Quod si & ipsi decreto præsidis crediderunt, & administrare cessaverunt, vel etiam rationem reddiderunt : similes sunt cæteris debitoribus, ideoque non conveniuntur.

IN hac l. 32. hæc proponitue species. Minor 25. annis, ut pecuniam sibi debitam à debitoribus propriis, vel à debitoribus paternis reciperet, non adhibita auctoritate curatoris, eaque abuteretus, ut vellet, insciis curatoribus, ex aspectu corporis, ut lex ait, id est, ratione capta ex oculis. *διὰ τοῦ σώματος, ἀπὸ τοῦ σώματος*, falso præsidi provinciæ probavit, & persuasit, si eam ætatem excessisse. Præses causa cognita, adhibitis nimirum iis, qui contradicebant, & interposito decreto pronuntiavit, eum majorem videri quam 25. annoe. natum. Causæ cognitione opus est, nec de plano, aut per libellum ea res expediri potest, quia per eam probationem præjudicium fit aliis causis restitutionis in integrum. Disceptatio igitue hujusce rei est magni momenti. Ergo non de plano est expedienda, sed de tribunali causa cognita, per peobationem ætatis majoris præjudicatur aliis causis restitutionis in integrum, *l. de ætate, inf. hoc tit. l. cum de ætate, inf. de probat.* Neque enim majores solent in integrum restitui in his, quæ omiserunt, vel amiserunt, ergo nec qui majores pronuntiati sunt, quia res judicata pro veritate habetur. At quid fiet, si is minor imposuerit præsidi, si sciens falso probavit perfectam, & legitimam ætatem, qui tamen erat minor quam 25. annorum natus, & ideo curatores ejus hoc non ignorantes perseveraverunt in eodem officio, in eadem administratione, quia certo sciebant, eum non esse majorem. Debitores autem ei jam majori pronuntiato pecuniam debitam solverunt, quam is mox perdidit, aut consumpsit male. Quæritus, ad quem ejus pecuniæ periculum pertineat, id est, uteum ea pecunia perierit debitoribus, qui eam solverunt : ut denuo quasi non libeeati solvere cogantur, minori adversus solutionem sibi factam data restitutione in integrum? An vero ea pecunia pereat minori, an curatoribus ejus? Hæc est quæstio legis. Ac primum quidem non est æquum, ut ejus pecuniæ periculum pertineat ad debitores, quia recte solverunt majori pronuntiato, & ipso jure liberati sunt. Nec possunt iterum conveniri, nec potest adversus eos minori dari restitutio in integrum, qui sciens falso probavis perfectam ætatem. In hujusmodi casibus recte comparantus fœminæ cujuscumque ætatis, masculis ætate minoribus : Nam & fœminis, & minoribus in iis, quæ omiserunt, vel ignoearunt, succurritur, *l. ult. C. de jur. & fact. ignor. l. pen. C. de in integr. restit.* quæ lex habet locum tantum in minoribus : sed in Cod. Theodosiano hoc plus est, & mulieribus, inquit, & minoribus in iis, quæ ignorarunt, vel omiserunt succurritur data restitutione in integrum. Sed ut mulieribus data restitutione succueritur deceptis, non decipientibus, *l. 2. C. & ff. ad Senatusc. Vellej.* Ita dicitue minoribus succurri deceptis, non decipientibus, *l. 1. C. Gregoriano, si maj. fuer prod. 1. & 2. C. si min se mai. dix.* Ergo fœminarum, & minorum lubricam, sive infirmitatem, non calliditatem auxilium mereri. Et recte *l. 3. C. eod. tit.* non eestitui in integrum minorem, qui alterius circumscribendi gratia probavit ex aspectu, se esse majorem, quia malitia, inquit, supplet ætatem quamcumque. Nam & impuberes, qui quid dolo malo fecerint, coercentur 12. tab. & aliis legibus judiciorum publicorum, & privatorum, adeo ut nonnunquam impuberes in insulam deportentur, *§. item finitur, Instit. quibus mod. tut. finia.* malitia dolus est, Plauto, malitia mala, ut dolus malus. Quod verbum est ex 12. tabul. auctore Donato. Proprie tamen malitia, est habitus: dolus actus, sed aliud pro alio nomen usurpatur sæpe. Verum, ut malitia dicitur supplere ætatem, sic & prudentia, ut quum postulatur venia ætatis eo prætextu, quod prudentia suppleat ætatem, *l. 2. C. de iis, qui ven. æt. impetr.* vel quum matrimonium contrahitur cum minore 12. annis, quod quandoque jure fit si puellæ prudentia suppleat ætatem, *cap. ult. ext. de despon. impub.* Alias vero, si in probanda ætate dolus non intervenerit minoris, qui major pronuntiatus est : si in ea re non ipse deceperit alium, sed ipse deceptus sit, male consumpta pecunia, quæ ei soluta est, non denegabitur ei restitutio in integrum adversus debitores, qui solverunt. Hoc est certissimum, & constat ex *l. 1. §. ult. C. si min. se mai. dix.* Et ita est accipienda *lex de tutela. C. de in integr. restit.* ut si puella decepta, ut ait etiam *d. l. 1.* falso probaverit majorem ætatem, tutore sciente, eam non esse majorem : ac deinde rationibus redditis tutorem, eundemque avunculum puella acceptilatione liberarit ab obligatione tutelæ, liberarit (inquam) eum, quem non fuisse ignarum ætatis puellæ, tum officium tutelæ, quam sanguinis proximitas arguebat, ut ait *d. l. de tutela*, duplex præsumptio concurrebat, quia tutor præsumitur scire ætatem pupilli sui, & quia avunculus præsumitur scire ætatem filiæ sororis: sanguine conjunctus præsumitur scire ætatem ejus, qui eum cognatione contingit, sicut statim capitu ejus scire præsumitur, *l. si filium, C. de lib. cau.* & adversam valetudinem, *l. pen. in fi. unde cogn.* Et ex hac causa *d. l. de tut.* ait, quia fuit decepta puella ab eo, qui non ignorabat eam esse minorem, puellam restituendam esse in integrum adversus avunculum, vel heredes ejus, ut tutelæ obligatio redintegretur, quia inconsulto cum adhuc esset minor, liberavit avunculum. Et ita est explicanda *d. l. de tut.* In specie autem hujus legis dolus minoris intervenit, qui hoc agebat, ut pecuniam à debitoribus exprimeret, & ideo non restituitur in integrum adversus debitores. Sed si curatores, qui non ignorabant, eum esse minorem, qui sciebant eum falso probavisse majorem ætatem, in eadem administratione perseverantes patiantur eum pecuniam solutam accipere, hoc nomine culpantur, & tenentur minori utili actione negotiorum gestorum, quod, ut officii sui ratio exigebat, non absterruerint minorem à probatione falsa ætatis, ab accipiendis pecuniis debitorum, quod non denuntiaverunt debitoribus, ne solverent mox perdituro, quod non hujusce rei commonefecerint præsidem, ne temere pronuntiaret de adolescentis ætate, quem ipsi sciebant adhuc esse minorem. Hoc igitur casu culpæ nomine pecuniæ amissæ periculum respicit curatores. Quod si curatores eodem errore, quo præses, capti fuerint, & crediderint eum esse majorem, atque adeo ab administratione cessarint, quasi finito officio forte, & curationis rationem reddiderint, nihil iis imputari potest. Et ideo neminem habet minor, de quo quæri possit in hoc casu, nisi seipsum : ac proinde totius pecuniæ periculum ad eum redit. Modo igitur (& hæc est summa hujus quæstionis) periculum ad debitores pertinet, minore restituto in integrum adversus solutionem sibi factam sine curatoribus, si non ipsius dolo factum sit, ut major pronuntiaretus : modo pertinet ad curatores, si scientes eum esse minoeem, perseveraverint in administratione, nec peohibuerint pecuniam accipere, vel ei solvi : & modo ad minorem ipsum, si dolo fecerit, ut major probaretur, & curatores credentes eum esse majorem, abstinuerint ab administratione.

Ad L. XXI. de Compensat. *Postequam placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipso jure compensari : si procurator absentis conveniatur : non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.*

SCiendum est hodie, atque etiam olim semper, ita jus fuisse, & esse, ut in bonæ fidei judiciis compensatio vice mutua debitæ pecuniæ fiat ipso jure, etiam non opposita exceptione doli mali, *l. si ambo, hoc tit.* non est necesse eam

op-

opponi, quia inest vi, & potestate bonæ fidei judiciis, *l. hujusmodi §. qui servum, de leg. 1. l. sed etsi ideo, in fine, sol. matrim.* Itaque si initio mihi debueris centum ex contractu bonæ fidei, puta ex causa societatis, vel mandati, ego autem tibi 60. debere cœpero, ipso jure non debes mihi nisi 40. & plus peto si abs te peto 100. Paulus 2. Sentent. *si pecuniam,* inquit, *tibi debeam, & tu mihi, & totum petas, plus petendo causa cadis.* Idem Paul. & *l. 4. h. t.* interveniente ratione compensationis, eum, qui totum petit (quia compensatio minuit debitum ipso jure) male petere, nimirum, quia incidit in periculum plus petitionis, sicut, qui ante diem petit, male petit, quia tempore plus petit. Ille summa plus petit, hic tempore, *l. 1. §. ult. quan. dies ususfr. leg. ced.* male petit, perperam petit, *l. 2. §. qui ita, de eo, quod certo loco:* non recte, *l. existimo, de verb. obligat.* Et ideo ejus pecuniæ, cujus petitionem tacita ratio compensationis excludit, usuræ non currunt, *l. 7. C. de solut.* Et si per errorem ea pecunia solvatur, indebiti condictio competit, *d. l. si ambo, hoc tit.* Et hæc de bonæ fidei judiciis. In strictis judiciis compensatio, nec fiebat ipso jure, nec per exceptionem doli mali, sicut hodie usu receptum est, ut nullis in judiciis compensatio inducatur, sine speciali rescripto principis. Sed tractemus de jure civili populi Romani. In strictis igitur judiciis olim compensatio non fiebat, nec ipso jure, nec per exceptionem doli mali. Postea cœpit etiam in strictis compensatio fieri opposita exceptione doli mali ex constitutione Divi Marci, *§. in bonæ fidei, Inst. de action. l. 78. de hered. inst. l. 22. ad leg. Falcid.* Et ad extremum placuit inter omnes Jurisconsult. ut ait Paulus hoc loco: ad extremum eo decursum est communi consensu Jurisconsultorum, non tantum in bonæ fidei judiciis sed etiam in strictis, in omnibus denique judiciis compensationem fieri ipso jure, ipsa æquitate, ut Papinianus ait, merum jus compensationis inducente, *l. inter omnes, de adm. tut.* Merum jus, & ipsum jus idem est. Et quod idem Papinianus ait in *l. unum ex familia, §. sed si uno, de leg. 2.* compensationem fieri ratione doli exceptionis, non hoc est, ratione oppositæ doli exceptionis, quia allegatio ejus non est necessaria, sed ratione doli exceptionis, quæ inest hodie potestate judicii cujusque. Et hæc sententia Jurisconsultorum comprobata est etiam ab Imperatore Alex. Severo in *l. cum alter, hoc tit. l. 4. & 5. C. eod.* & evidentius Justinia. in *l. ult. C. eod.* Rata igitur sit hæc sententia: in omnibus judiciis hodie compensationem fieri. Ex ea sententia Paulus colligit hoc loco, procuratorem actione creditæ pecuniæ, finge, conventum nomine absentis si velit compensare, quoad vicissim actor domino suo debet, non debere cavere ratam compensationem dominum habiturum, non debere cavere de rato, ἐπὶ τῷ συμψηφισμῷ, ut Basilica addunt, quia ipse procurator nihil compensat, sed merum jus: & mero jure ab initio minus ab eo petitur, quia quod plus petitur, male petitur, & ipso jure indebitum est.

Ad L. LVI. de Ædil. edic. *Latinus Largus: Quæro, an fidejussori emptionis redhiberi mancipium possit? Respondi: Si in universam causam fidejussor sit acceptus: putat Marcellus, posse ei fidejussori redhiberi.*

IN hac lege quæritur, an fidejussori emptionis rehiberi mancipium possit? Fidejussor emptionis est is, quem à venditore emptor accepit, de quo est etiam *lex 3. sup. de rescind. vend. & l. Stichum, §. ult. de solut. & l. non idcirco, C. de contr. emp.* in eo fidejussore non est dubium hoc jure, quod obtinuit semper ante Novellam Justiniani *de fidejussor:* quin possit emptor cum eo experiri omisso reo principali, id est, venditore. Electionis enim potestas permittitur ei, qui agere volet, *l. 3. & 5. C. de fidejuss.* ut scilicet emptor, vel venditore electo, vel fidejussore emptionis, ad suum commodum perveniat. At quæritur, *an emptor, qui accepit fidejussorem emptionis, eum possit eligere, etiam si velit agere actione redhibitoria, ob servi videlicet, quem emit, morbum vitiumve latent, quod ignorabat emptionis tempore, ut resolvatur emptio venditio, in integrum restitutis omnibus, perinde atque si nec emptio, nec venditio intercesisset?* Hoc enim agitur actione redhibitoria, *l. facta, hoc tit.* Quæstio igitur est, an emptor si locus sit redhibitioni, & velit redhibere servum, quem emit, possit eligere fidejussorem emptionis, eumque convenire actione redhibitoria, & ei mancipium redhibere? Hac de re consultus fuit Paulus à Latino Largo judice quodam. Quæstiones Pauli sunt responsa ad quæstiones judicum. Responsa autem Pauli sunt responsa ad quæstiones privatorum, vel juris studiosorum. Et ita in specie *l. Latinus, de leg. 2.* consulitur Paulus ab eodem judice Latino Largo, & in specie *l. ult. qui sine manum. ad libert. perv.* Ubi post hæc, Latinus Largus, punctum addere, nec legere ductim oportet. Quæstioni autem propositæ ita respondit Paulus, si fidejussor emptionis caverit tantum de re tradenda, quæ veniit, vel si caverit tantum de evictione, sane non potest conveniri actione redhibitoria; sed si intervenerit in omnem causam emptionis, veluti servum tradi, & servo evicto duplam recte præstari, & sanum esse servum, & furtis noxisque solutum, fugitivum non esse, erronem non esse: vel generaliter, si emptor à fidejussore emptionis, quem venditor dedit, ita stipulatus sit, *indemnem me omni damno præstabis* ex Marcelli sententia Paulus scribit hoc casu, fidejussorem posse conveniri actione redhibitoria, & servum ei redhiberi posse; si sit acceptus, inquit, fidejussor in universam causam emptionis: in universam emptionem, sicut in universam conditionem, *l. 2. §. ult. de admin. rer. ad civit. pert.*

Ad L. XVIII. Ad municipalem. *Divus Severus rescripsit, intervalla temporum in continuandis oneribus invitis, non etiam volentibus concessa, dum ne, quis continuet honorem.*

SCiendum est, finito & deposito honore aliquo, vel munere publico, constitutionibus finita esse certa intervalla temporum, quibus vacatio, & velut respiratio quædam datur ab honoribus, & oneribus publicis (*neque enim honores sunt continuandi, ne in tyrannidem tandem exeat aucta firmataque diuturnitate temporis potestas, & libertas publica minuatur*) Ea sunt tempora quinquennii ab honoribus ad honores eosdem: vel ab oneribus ad onera eadem: triennii vero ab honoribus, vel honores alios, vel à muneribus ad munera alia; & specialiter biennii, à munere legationis expleto ad aliud munus. Quod ostenditur in *l. 2. C. de muner. & bonor. non continuand. l. 10. & l. 3. C. de legation. eod. lib. & l. 7. & 8. & 13. inf. de legation.* Excipitur tantum ab hac præscriptione temporum sive intervallorum honor decurionatus, à quo nunc primum adepto vacatio nulla datur ad alios honores, *l. 5. inf. de vac. mun.* Imo proprium decurionum, qui sont minores senatores curiæ cujusque civitatis, quæ habeat curiam, & ordinem; proprium, inquam, decurionum hoc est, ut ipsi soli, non plebeii homines obeant honores, & munera reipublicæ. Verum quem præter decurionatum hoc anno, verbi gratia, honorem gerunt, postquam eum deposuerunt, non repetunt ante quinquennium, vel novum honorem non suscipiunt ante triennium. Hæc est præscriptio temporum, quæ hoc loco concessa esse dicitur in continuandis oneribus, ut Florentini scriptum habent, ut vulgares, ut Basilica, in continuandis honoribus. Et in utrisque verum est, supradictam præscriptionem temporum esse concessam, *l. prox. §. præscriptio, sup.* Conjungatur ergo utraque lectio, & dicamus: in continuandis honoribus, vel oneribus. Notat autem Paulus ex rescripto Severi, eam præscriptionem, sive intercapedinem temporum esse concessam invitis, ne scilicet intra ea tempora honores eosdem, vel alios, vel munera publica eadem, vel alia obire cogantur inviti: volentes sua sponte posse non uti ea præscriptione temporum, ea immunitate certi temporis, unumquemque posse de suo commodo detrahere, & non uti eo, quod lex ei, vel constitutio sua causa dedit, præsertim cum inde reipublicæ nihil posset esse incommodi: Volentes, inquam, non uti ea præscriptione temporis, non uti ea requie, & ea vacatione, dummodo, inquit, non continuent honorem eundem, nullo scilicet intervallo intermisso, nisi in civitate sit penu-

ria

Digitized by Google

ria hominum, *l. honor, §. pen. & ult. inf. de muner. & honor.* Atque adeo is magistratus quinquennio durat, neque absque venia principis deponi potest, *l. 4. & l. ult. de decr. civitat.* quod nec in eadem familia permittitur inter patrem, & filium: nam quem honorem hoc anno gessit pater, filius non potest gerere sequenti anno, quoniam ab eodem continuati videretur, propterea quod pater, & filius pro uno habentur, & hoc ostenditur de patre, & filio in *l. 1. C. de muner. & honor. non continuand. lib. 10.* igitur post gestum honorem aliquem, vel anni spatium intermittere debent, qui volunt eundem honorem iterare. Inviti autem eundem honorem non repetunt, vel iterant ante quinquennium, nec suscipiunt novum ante triennium: vel postquam legatione perfuncti sunt, ante biennium.

Ad Leg. ult. de Decur. *De decurione damnato non debere quæstionem haberi, Divus Pius rescripsit. Unde etiamsi desierit decurio esse, deinde damnetur: non esse torquendum, in memoriam prioris dignitatis placet.*

NEmo est, qui nesciat decurionibus, qui sunt senatores municipales, hoc datum esse privilegium: primum, ne subjiciantur pœnis plebejorum, ne fustibus cædantur, si quid deliquerint, ne damnentur in metallum, sed mitius coerceantur: data decurionibus esse privilegia in pœnis, immo & in quæstionibus, sive tormentis. Nam qui rei postulati sunt, tormentis subjici possunt, nec ante damnationem, nec post: excepto casu *legis 21. C. ad leg. Corn. de fals.* si is decurio dicatur ante decurionatum falsum instrumentum scripsisse, cum esset tabellio, & res exigat per eum ipsum probari fidem instrumenti: hoc casu excepto, decurio, qui criminis reus postulatur, torqueri non potest, nec ante damnationem, nec post damnationem. Dubitari poterat, an saltem post damnationem, forte ut interrogetur de sociis, ut prodat sceleris participes, & facti conscios per tormenta prodat, ut fit plerumq; *l. 1. C. de fal. monet.* Ac certum est, nec post damnationem decurionem torqueri posse, imo, nec si decurio esse desierit, si ordine motus fuerit, si eo honore regradatus fuerit, deinde damnetur. Non est, inquit, torquendus in memoriam prioris dignitatis, qua exutus est. Hoc datur memoriæ prioris dignitatis, *l. ult. D. de decurion.* Sicut in memoriam prioris domini, placet servum venditum, & traditum non torqueri in caput venditoris, in memoriam prioris domini, *l. unius, §. servus, inf. de quæst.* nec post redhibitionem in caput emptoris, *l. 11. etiamsi, eod. tit.* Nec obstat huic rei quicquam *l. 1. §. item Mummio* (invenies idem nomen apud Plutarch. in Pompejo, depravatum tamen in Memmium, cum in Græco sit Μέμμιον) *eod. tit.* quæ damnatos servos, ait, posse in eum torqueri, subdita hac ratione, quia desierunt esse ipsius: nam ut me alias memini dicere, ea ratio non est accipienda generaliter, sed suo constringenda casu, hoc modo, quia ii desierunt esse ipsius propter scelus, & turpitudinem ipsius, deportato eo, vel damnato in metallum, bonis omnibus publicatis, ut plane egerit se indignum, cujus memoria coleretur, arg. *leg. ult. C. qui, & adv. quos in integr. rest. non poss.* In memoriam quoque prioris matrimonii non agitur furti adversus eam, quæ uxor fuit, nec condictione furtiva, si quid marito surripuerit divortii causa, vel si furi opem tulerit, sed agitur tantum honestiori judicio, id est, rerum amotarum, non rerum subreptarum: Nam in eo verbo est *turpitudo, vel atrocitas:* lenitate verbi tristitiam rei mitigante. Quod ita procedit, si post divortium non pergat mulier eandem rem contrectare: Nam ex contrectatione nova, ex furto admisso post divortium, & furti tenetur, & condictione furtiva, *l. 2. & 3. rer. amotar. l. ult. C. de furt.* non ex furto facto ante divortium in memoriam prioris matrimonii, prioris vitæ, & societatis, *l. si rerum, de re judic.* Ex furto igitur facto manente matrimonio, ex furto, quod vetustius est divortio, & sic etiam ex causa, quæ sit venditione vetustior, servus venditus non in caput venditoris torquetur: & ex causa, quæ sit vetustior redhibitione, servus redhibetur, non torquetur in caput emptoris. Ac similiter ex causa, quæ sit vetustior amissione decurionatus, is, qui decurio esse desiit, non torquetur ex causa recenti, ex causa secuta post amissam dignitatem proculdubio torqueri potest. Et ita accipienda *l. 2. C. de tab. lib. 10.* Ita quoque est accipienda hæc lex ultima.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. II. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad Leg. XLVI. de Judiciis. *Judex datus in eodem officio permanet, licet furere cœperit: quia recte ab initio judex addictus est. Sed judicandi necessitatem morbus sonticus remittit. Ergo mutari debet.*

HUJUS Legis verba hæc sunt: *Judex datus in eodem officio permanet, licet furere cœperit, &c.* Igitur judex datus, qui furere cœperit, non desinit esse judex: furor superveniens prætori, vel præsidi provinciæ, ei non abrogat magistratum, quoniam mens ei redire potest, *l. nec mandante, §. 1. de tut. & cur. datis.* Furor quoque superveniens judici dato, vel delegato, non abrogat judicis officium, sive, ut Apuleji verbo utar, *juridicinam*: quia ut ait Paulus, recte ab initio judex addictus est: *Addictus, & datus* idem est. Itemque addicere, vel dare judicium, vel arbitrium idem est. Trebatius Jurisconsultus apud Macrob. *Nundinis magistratum posse servos manumittere, & judicia addicere*, sic veteres: dare judicia, dare judicem, dare actiones, & in duodecim tabulis, *præsente ambobus litem addicere*, id est, præsente utraque parte. Quod etiam exigit *l. de unoquoque, inf. de re judic. præsente utraque parte litem dare secundum eum, cujus causa melior, & superior esse videtur.* Sic autem exaudienda est hæc Pauli ratio, quia recte ab initio judex addictus est, etiam si ab initio, id est, eo tempore, quo addicebatur, furore correptus fuerit. Non igitur ut furiosus matrimonium retinere, non contrahere potest (*nam furor superveniens non potest facere, quo minus filii ex legitimo matrimonio nati ante, vel post dicantur esse in potestate patris*) Ita & furiosus judex creari non potest. Nam revera is, qui dilucida habet intervalla, judex dari potest, quia interposito tempore, ubi ad se redierit, judicare, & sententiam dicere potest, *l. cum furiosus, sup. hoc tit.* Ergo Paulus loquitur, ut & *d. l. cum furiosus*, de furore intervallato, & alternato requie interjecti temporis, quem plerunque hominibus evenire solere, ait *l. divus, de offic. præs.* Non loquitur Paulus de furore perpetuo, aut continuo. At si is, qui furore correptus est eo tempore, quo judex addicitur, sive datur, nihilominus recte datur, recte addicitur, consequens est, quod post addictionem, si quis in idem furoris genus inciderit, non ideo minus eum in eodem officio perseverare, volentem scilicet, non etiam invitum; quam in rem hæc lex singularis est. Regulariter inviti judices dantur: judicandi necessitas personale, & publicum munus est, quod invitis defertur, *l. ult. §. judicandi, de muner. & hon. l. pen. §. qui autem, de vacat. muner.* Sed si in furorem inciderit, vel si eo quandoque afficiatur, se excusare potest, ut nec intervallis, quibus sensu saniore est, dilucidis intervallis, ut loquitur *lex furiosum, C. de qui testam. fac. poss.* judicare cogatur, quia, inquit, judicandi necessitatem morbus sonticus remittit ex l. 12. tab. *Judicandi necessitatem*; quia regulariter invitus judicare jubetur: sed ei morbus sonticus hanc necessitatem remittit. Et *morbus sonticus est*, etiam si non sit jugis, sed intervallatus, ut furor intervallatus, morbus sonticus est, terciana, vel quartana recens morbus est sonticus, *l. quæsitum, de re jud.* Et similiter comitialis, & major morbus, quem veluti per eminentiam Plin. vocat morbum sonticum, dum ait Gagatem lapidem deprehendere sonticum morbum, ex Dioscoride, qui eum lapidem ait esse elenchum eorum, qui epilepsia laborant. Et similiter glossæ Philo-

xeni

xem eum morbum *fonticum* interpretantur, *ἱερὰν νόσον*: sic enim Græci *morbum comitialem* appellant *κατ' εὐφημισμὸν*) ut Callimachus ait, *ψευδόμενοι δ' ἱερὴν φημίζομεν*, apud interpretem Apollonii. Ergo justa excusatio est judicis dati, si ob hæc genera morborum judicandi necessitate solvi velit, quia neque iis diebus, quibus morbo vacat, sanus esse intelligitur, *l. qui tertiana, de ædil. edic.* Ergo mutari potest, si hoc ipse desideret, ut in *l. si longius, hoc tit.* Neque hæc repugnant, recte judicem dari, judicemque manere, & volentem tantum se eo munere abstinere, atque mutari: Aliud enim est solvi necessitate judicandi, aliud judicium solvi, sive judicem esse desinere. Plinius 10. epist. de Archippo Philosopho: *Fuerunt*, inquit, *qui dicerent non modo liberandum judicandi necessitate, sed omnino tollendum de Judicum numero.* Judex datus, de quo agitur, qui furere cœpit, si velit dum eo morbo vacat, judicare potest, & retro si velit, liberari potest judicandi necessitate sumpto alio judice, necessario sumendus est alius judex, quia ex 12. tabul. morbus fonticus judicis judicium diffindit, diem judicii diffindit, & differt, non etiam abrogat judicandi facultatem, *l. 2. §. si quis judicio, sup. si quis caution.* Ex ea l. duodecim tab. restat pars quædam, quæ fuit subjecta enumerationi causarum, propter quas judicium differtur, non solvitur: veluti propter funus familiare, feriasque denicales, vel propter officium, quod sine piaculo præterire non licet, vel propter sacrificium, anniversarium, vel propter morbum fonticum litigatoris, aut judicis. Et concepta ea pars est his verbis: *Si quid horum fuit vitium judici, arbitrove, reove, id est, litigatori, dies diffisus esto.* Vitium lex accipit pro *obtrigilatione*, sive *obstaculo*, ut alio loco, *si morbus ævitasve vitium escit.* Nec male glossis *τὸ εἶργον*, id est, impedimentum, quo nomine, & verecundior pars in Aristophane, quæ & à Theodoro Prisciano medico antiquissimo appellatur *impedimentum*. Ex illis autem verbis, *judici*, *arbitrove*, ut hoc obiter dicam, patet, divisionem illam actionum in strictas, & bonæ fidei esse ex 12. tab. nam judex est, qui addicitur judicio stricto: arbiter, qui addicitur bonæ fidei judicio. Et hæc de sententia hujus l. satis essent, nisi insuper discutienda esset interpretatio Basilicῶn, quæ aliter se habet, quam mea. Nam morbum fonticum accipiunt pro morbo perpetuo, nimirum expressa hujus leg. sententia hoc modo: *μανία ἐπιγινομένη οὐ παύει τὸν δικαστὴν, διὰ δὲ τὴν διηνεκῆ νόσον ἐναλλάσσεται: furor superveniens*, inquiunt, *non facit, ut desinat esse judex: at propter morbum perpetuum mutatur.* Et ad hanc interpretationem multum facit *l. ult. §. 1. de ædil. edic.* in qua ex Cassio refertur, morbum fonticum esse, qui perpetuus sit. Quod sane ita est: Nam si temporarius est fonticus, & perpetuus multo magis. Sed non in eo consistit, imo pergit ulterius, & negat, eum esse morbum fonticum, qui tempore finiatur, qui temporarius sit. Verum eo nihil moveor. Et iterum dico, morbum fonticum esse hoc loco furorem intervallatum, ac similiter tertianam, ac quartanam, & podagram, & comitialem morbum esse fonticum, licet perpetuo non noceat. Quod autem ex Cassio proponitur in *d. l. ult. §. 1.* videamus uti accipiendum sit. Respicit proculdubio, ut titulus indicat, ex Cassii sententia ad edictum ædilitium, ex quo mancipii venditi redhibitio est ob morbum, vel vitium, quod latebat venditionis tempore. At in eo edicto morbi fit mentio simpliciter, non fontici morbi. Unde quæritur, cur ædiles maluerint morbum dicere simpliciter, quam fonticum morbum, quod quæri etiam potest de illa l. 12. tabul. *si morbus ævitasve vitium escit:* an vero maluerint ædiles, aut decemviri simplici morbi appellatione uti sine alio adjuncto, quia latior est morbi appellatio, quam morbi fontici. Hanc rationem probasse Cassius videtur. Morbus fonticus, ut Cassius sentit dicitur is tantum, qui incidit in hominem, postquam is natus est, *d. l. ult. §. 1.* in ædilitio edicto morbus per se dicitur etiam, qui homini innatus est, ut si quis cæcus natus sit, vel surdus, *l. 1. §. sed sciendum, eod. tit.* Item morbus fonticus ex Cassii sententia, cujus partem retulit Jabolenus, in *l. morbus, de verb. signif.* quæ est ex Jaboleni 14. ex Cassii, inquam, sententia, morbus fonticus is est, qui perpetuus, non temporalis. At in ædilitio edicto morbus simpliciter

A dicitur etiam is, qui temporarius est, quoniam & ob temporarium morbum redhibitioni locus est, in *l. 6. eod. tit.* Verum hæc postrema sententia Cassii nullum præter Cassium auctorem habet. Aliis etiam ejusdem scholæ Jurisconsultis, ut Juliano in *l. quæsitum, de re judic.* placet, morbum quoque fonticum esse, qui tempore finitur, ut febrem duram, & acrem, quæ à veteribus *querquera* dicitur, vel quercera, quæ est frigida cum tremore, *φρικώδης*. Lucilius: *Jactans me ut febris querquera.* Idem.

Querquera consequitur febris, capitisque dolores,

Omnem denique morbum vehementiorem vim graviter nocendi habentem, ut Sextus Cæcilius J. C. definit apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* Ac præterea in edicto ædiles per se morbum dicere, quam morbum fonticum, non ideo solum maluerunt, quod latior, & generalior sit morbi appel-
B latio, quia nec generaliter ea appellatione comprehendi voluerunt omnem morbum, non levem morbum, puta febriculam, aut modicum ulcus, aut dentis, vel auriculæ dolorem, aut levem lippitudinem. Hi morbi causam redhibitioni non præstant, *l. 1. §. proinde, & l. 4. §. ult. eod. tit.* Sed ideo in ædilitio edicto de morbo generaliter scriptum est, non de morbo fontico, quia ut eleganter Pomponius ait in *l. 4. §. pen.* quod maxime notandum est, in eo edicto nihil ulla de re agitur, cur is ipse morbus obstet. Et morbus fonticus ex his est, quæ ad aliquid referuntur, puta qui nocet alicui rei gerendæ, v. g. liti agendæ, negotio peragendo, judicio faciundo: qui diem judicii diffindit, qui comitia dirimit. In Basilicis *νόσος ὀλεθρία*, morbus noxius sive nocivus, id est, qui nocet alicui. Novius Gallinaria: *Senium fonticum*, quod agendis negotiis obstet. Et Cælius Aure-
C lianus medicus lib. 1. fonticam, vel sontivam etiam sani iracundi habent, id est, nocentem cum pernicie sua. In ædilitio igitur edicto agitur tantum de sanitate corporis, quod veniit, aut morbo vitiove ejus, non habita ratione ad aliud. Itaque nihil attinebat in ædilitio edicto morbum fonticum nominare: quæ ratio est evidentissima.

Ad L. XVII. de Inoffic. test. *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui tandem querelam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, & ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si obtinuerit, uteretur rei judicatæ auctoritate, quasi centumviri*
D *hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.*

Ad §. Cum contra *testamentum ut inofficiosum judicatur; testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente, secundum præsentem judicatum sit. Hoc enim casu non creditur jus ex sententia judicis fieri: & ideo libertates competunt, & legata petuntur.*

HÆc lex duas habet quæstiones. Quantum ad priorem attinet, sciendum est, querelam inofficiosi testamenti, sive petitionem hereditatis ex causa inofficiosi testamenti, quæ & *actio*, & *accusatio* dicitur, quia impietatis accusat patremfamil. qui testamentum fecit: hanc (inquam) actionem dari liberis exheredatis testamento patris, vel matris,
E dicentibus, & probantibus se immerito, & contra officium pietatis exheredatos: & hac actione agitur apud centumviros, *l. ult. C. de lib. præt.* ut & hæc verba hujus legis demonstrant, *quasi centumviri, &c.* Quo fit, ut apud Quintilian. 7. *cap.* 5. illo loco, *quæ in scholis abdicatorum: hæc in foro exheredatorum à parentibus, & bona apud Consules repetentium ratio est:* ut putem esse legendum *apud centumviros*, non *apud Consules*: vel eo maxime, quod subjiciat postea de filio exheredato sub hoc elogio, *quod meretricem amaverit*, quæstionem esse, an huic delicto pater debuerit ignoscere, *& centumviri*, inquit, *tribuere debeant veniam?* Et inde etiam hæc actio, id est, petitio hereditatis ex causa inofficiosi testamenti centumvirale judicium appellatur in *l. Titia, h. tit.* Et initio 5. epist. Plinii sec.

quum

quum ait, *Curianum exheredatum a matre, cum heredibus scriptis a matre subscripsisse centumvirale judicium*, id est, egisse querela inofficiosi testamenti: sicut & aliam quamcunque petitionem hereditatis, quacunque ex causa descendat, constat esse centumvirale judicium, *l.petitor, de lib. leg. l. ult. C. de petit. hered.* Vis autem & potestas hujus actionis hæc est, ut rescindat testamentum patris, ut parentem intestatum faciat, & hereditatem, quam adierant, evincat heredibus scriptis, si liberi exheredati recte probarint, se immerito exheredatos fuisse, *l. 6. si quis, & l.nam etsi ult. sup. hoc tit. l. ut liberis, C. de collat.* quod etiam in hac lege hæc verba notant, *cum facerent intestatum*, id est, cum centumviri patrem facerent intestatum, re judicata contra heredem scriptum, & contra testamentum, ut impium, & inofficiosum. Et ita hic locus explicandus est. Porro his cognitis finge: patri duo sunt filij, primus & secundus, quos testamento exheredavit, & extraneum heredem scripsit, quo adeunte hereditatem, primus repudiantis animo omisit querelam inofficiosi testamenti, repudiavit querelam, & hereditatem patris: Secundus autem hac actione egit, & vicit re judicata contra testamentum, & heredem scriptum. Quæritur, *an frater, qui repudiavit, secundo partem faciat*, vel ut Virgil. ait, *vocetur in partem?* sic enim ille.

—— Ipsumque vocamus
In prædam partemque Jovem.

In partem vocare juris verbum est, pro participem facere, & partiarium admittere. Cicero pro Cæcina, *mulieres in partem vocatæ sunt*. Qui egit querela, & vicit, an ei partem hereditatis paternæ auferat, an persona primi numeretur in faciendis partibus hereditatis paternæ? quod eo pertinet, ut intelligamus, utrum secundus, qui querela obtinuit, vindicet totam hereditatem, an partem dimidiam tantum: nam si frater, qui repudiavit, ei partem non facit, totam hereditatem vindicat: si ei partem facit, vindicat tantum mediam partem. Et summo quidem jure, primus, qui repudiavit, videtur partem facere secundo, qui egit, & obtinuit rem, quia victoria secundi proficit primo, *l. Papi. §. quoniam, hoc tit. & l.6.§.si quis*. Quid enim vicit secundus? Ut rescinderetur testamentum patris, ut intestatus fieret pater, hic est exitus querelæ inofficiosi testamenti. Intestato igitur patre facto consequens est, utrumque vocari ad legitimam hereditatem patris ab intestato. Et ideo non recte vindicari totam hereditatem ab eo, qui querela egit, & obtinuit, sed duos semisses fieri oportere, ita ut inter Primum, & Secundum fratres consortes æquis portionibus hereditas patris dividatur. Et ita quidem prorsus res se haberet, si Primus repudiantis animo non cessasset, si cunctatus esset, non repudiasset. At, ut inquit Paulus, quum repudiavit, pro nullo habetur, & tueri se potest Secundus in vindicando asse auctoritate rei judicatæ à centumviris, hoc colore, quasi centumviri, cum patrem intestatum facerent, hunc solum filium fuisse in rebus humanis crediderint, atque adeo hunc solum voluerint ex asse heredem esse. Itaque Secundus auctoritate fretus Centumvirorum assem vindicare potest, quasi primo non concurrente, nec faciente partem. Et ita rectissime respondit Paulus, nota centumviros, judicando contra testamentum ut inofficiosum, ut judicium hominis minus sani patrem facere intestatum. Nam ita fere pronuntiant: videri patrem minus sanæ mentis fuisse, cum testamentum faceret, neque id ratum esse oportere, *l. mater, hoc tit.* ut in suprad. epist. Pli. *videri patrem non justas habuisse causas irascendi filio*, & hæc si unus ex fratribus repudiaverit querelam inoffic. testam. Idem tamen juris est, si egerit unus ex fratribus querela inofficiosi testamenti, & non obtinuerit, idem si egerit & præscriptione quinquennij exclusus fuerit. Nam querela inofficiosi testamenti finitur quinquennio, *l. 2.C.in quibus caus. rest. in integ.est necess.* Sive igitur unus ex fratribus repudiaverit, sive non obtinuerit, sive tempore exclusus fuerit, in legitima hereditate non concurrit fratri, qui egit querela inofficiosi testamenti, & obtinuit, *l. si ponas, §.ult.inf.h.tit.* Et hoc est, quod ait *l.prox.in pr.sup.* filia, quæ non egit, id est, quæ repudiavit, vel tempore exclusa est, vel quæ non obtinuit, in legitima hereditate fratris non concurrit.

AD *§.Ultimum.* Initio Paulus proponit hanc regulam, quæ certissima est: *cum contra testamentum ut inofficiosum judicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur*, id est, defunctus creditur non potuisse facere testamentum. Ex quo sequitur, corruere omnia, quæ in testam. scripta sunt, quasi facto ab eo, qui creditur non habuisse testamenti factionem: hoc enim colore rescinditur testamentum, quasi non sanæ mentis fuerit testator, ut testamentum ordinaret, qui in eo temere, & immerito liberos suos exheredavit, *l. 2. l. Titia, l. mater, hoc tit. l.nec fideicommissa, de leg. 3.* Est enim species quædam insaniæ suo generi succensere sine causa, suo sanguini. Ideoque in eo testamento, quod inofficiosum judicatur, relicta legata, aut fideicommissa, aut libertates non valent. Hoc jure scilicet quod obtinuit semper ante Novell. Justin. 115. Ex qua propter exheredationem liberorum rescinditur per querelam inoffic. testam. sola institutio heredis, vel substitutio vulgaris, cætera omnia valent, puta legata, fideicommissa, libertates, tutelæ, tabulæ pupillares. At hoc jure nihil omnino in eo testamento scriptum valet, quod ut inofficiosum judicatum est. Unum tantum hoc loco casum exponit Paulus, quo & hoc jure, quod ante Justinianum obtinuit, querela inofficiosi testamenti, vincente filio exheredato, legata, aut fideicommissa, aut tutelæ, aut libertates non intercidunt: & casus hic est, si heres scriptus ex contumacia condemnatus sit, μονομερῶς, ut dicunt, puta quod judicio defuit, quod vocanti in jus, neq, respondit ipse, neque alius ejus nomine: hoc casu aufertur quidem hereditas heredi scripto, sed exheredatus, qui eam aufert, debet præstare legata, & fideicommissa, & libertates iis, quibus relicta sunt. Quod est ex constitutione Divorum fratrum Antonini & Veri, ut subiicitur in *l.seq.* Cur vero hoc casu non omnia corruunt, quæ in testamen. scripta sunt? Quia hoc casu non creditur jus ex sententia judicis fieri: sententia jus per omnia non facit, sententia non habet auctoritatem rei judicatæ, nisi adversus heredem scriptum, qui judicio adesse neglexit, non adversus legatarios, & fideicommissarios, vel manumissos, *l. si perlusorio, §. ult.de appell.* quæ id aperte declarat, de quo mirum in modum hoc loco dubitat Accurs. legata peti, & fideicommissa, libertates ab eo, qui querela inofficiosi testamenti obtinuit, herede scripto damnato ex contumacia, ex eremodicio, *par defaut*, deserto judicio. Denique hoc casu judex non creditur pronuntiasse, aut centumviri non creduntur pronuntiasse de jure testamenti, qui heredem magis damnaverunt propter ejus contumaciam, quam quod revera inofficiosum testamentum esset. Est & alius casus, quo idem contingit ex constitutione Divi Pii, ut querela inofficiosi testamenti rescindat institutionem solam heredis, non cætera, quæ testamento scripta sunt, si heres scriptus colluserit cum filio exheredato, qui secum subscripserat centumvirale judicium, & ab eo se vinci passus sit, si causam egerit lusorie, non plene, non strenue & bona fide, quod judicium perlusorium dicitur. Et hoc quoque casu sententia, qua judicatur contra testamentum ut inofficiosum, per omnia jus non facit, quia neque legatariis nocet, neque fideicommissariis, neque manumissis, quia non fuit justus contradictor, justus defensor testamenti, id est, adversus justum contradictorem filius exheredatus non tenuit causam. Et hoc ostenditur in *l. si perlusorio, in princ. & l. à sententia, D. eod. tit. l. si servus plurium, §. 1. & pen.de leg. 1. l. si suspecta, inf. hoc tit.*

Ad L.XIX.Eod. *Mater decedens, extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante: alteram præteriit. Hæc de inofficioso egit, & obtinuit. Quæro, scriptæ filiæ quomodo succurrendum sit? Respondi: Filia præterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Itaque dici potest, eam, quæ omissa est, etiamsi totam hereditatem ab intestato petat, & obtineat, solam habituram universam successionem:*

quemadmodum si xltera omisisset legitimam hereditatem. Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso. Praterea dicendum est, non esse similem omittenti eam, quæ ex testamento xdiit: & ideo ab extraneo semissem vindicandum, & defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod, non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur: licet quasi furiosæ judicium ultimum ejus damnetur. Cæterum si quis putaverit, filia obtinente, totum testamentum infirmari: dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quæ ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: sum & hi, qui sciant, jus suum eligentes, id quod putant sibi competere, non amittant: quod evenit in patrono, qui judicium defuncti, falsæ opinione motus, amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem præteritam vindicare: cum rescisse testamento, etiam institutæ salvum jus sit adeundæ hereditatis.

SPecies legis hæc est de matre, quæ unam ex filiabus; cum duas haberet, præteriit, omisit, exheredavit. Hæc tria verba idem possunt in tellamento matris. In testamento patris longe aliud est præterire filium, aliud exheredare. Præterire est silentio omittere. Silentium patris non est exheredatio. Silentium patris ipso jure vitiat testamentum, non exheredatio: silentium matris non vitiat testamentum ipso jure, quia exheredatio est: testamentum, in quo liberi sunt a parentibus exheredati, aut in quo censentur exheredati, ipso jure valet, sed rescindi potest ex causæ per querelam inofficiosi tellamenti. Silentium patris major est injutia, vel impietas, quam exheredatio: exheredationi enim semper inest causa aliqua, & additur semper elogium, id est, ejus causæ testificatio, silentii nulla causa apparet: & tamen quia major & constantior est pietas patris, quam matris, non creditur pater temere iratus fuisse adversus filium, nisi cum nominatim exheredaverit, id est, nisi iram suam manifestarit: facilius mater creditur irata fuisse erga filium, quem præteriit, sive prætermisit, id est, quem neque heredem instituit, neque nominatim exheredavit. Quo fit, ut silentium matris, sive præteritionem habeamus pro exheredatione, non etiam præteritionem patris, quæ sunt certissima principia juris in *§. mater, Instit. de exher. lib.* Quibus & hoc addamus, per querelam inofficiosi testamenti liberos exheredatos, vel parentes petere hereditatem ex causa inofficiosi testamenti. Querela inofficiosi testamenti nihil aliud est, quam petitio hereditatia ex causa inofficiosi testamenti, ut in *l. seq. & l. si quis filium, C. eod. tit. l. pen. §. sed quemadmodum, de bonor. poss. cont. tab.* Et ideo in hac lege, illo loco: *etiamsi totam hereditxtem ab intestato petat*, id est, etiamsi veluti xb intestato agat querela inofficiosi testamenti in assem, in totum, in solidum, & eum, qui egit hujusmodi querela, actione, accusatione, sive petitione hereditatis ex causa inofficiosi testamenti, si obtinuerit patremfamilias, qui testamentum fecit, facere intestatum, ut nominatim scribit *l. 6. §. si quis, hoc tit.* quomodo facit patremfamil. intestatum? aut quo sensu dicimus, patremfamiliaa fieri intestatum ab eo, qui egit quesela, & vicit? nempe eo sensu, quo dicimus eum, qui in causa aliqua obtinet & superat adversarium, condemnare adversarium, cum tamen ipse eum non condemnet, sed judex. Verum & adversarius condemnare eum dicitur, quem judex condemnat, quia per eum factum est, ut condemnatetur. Et ita, qui obtinet querela inofficiosi testamenti intestatum patremfamil. facit: quia per eum factum est, ut centumviri patremfamil. intestatum facerent: nam non ipse proprie, sed centumviri intestatum faciunt, *l. 17. hoc tit.* His cognitis, ponamus speciem in hac l. Mater, quæ duas habebat filias, extraneum heredem scripsit ex dodrante, & filiam unam ex quadrante, alteram præteriit, sive exheredavit, quæ post mortem matris egit querela inofficiosi testamenti adversus heredes scriptos testamento matris, qui adierant hæreditatem: neque enim datur querela, antequam heredes scripti adierint, *l. Papinianus, §. si conditioni, hoc tit.* Egit igitur filia exheredata, filia præterita adversus sororem & extraneum, & obtinuit. Fecit igitur matrem intestatam: hic est exitus querelæ. Quæritur, an soror, quæ heres scripta est ex quadraote, & adivit hereditatem, sorori exheredatæ, quæ obtinuit querela, in legitima hereditate concurrat, & partem faciat, id est, simul cum ea veniat ad successionem matris intestatæ, non mortuæ quidem intestatæ, sed factæ intestatæ, rescisso in totum testamento per querelam inofficiosi testamenti? Similis hæc quæstio est illi, quam habuibus in *l. 17. hoc tit.* Sed illa quæstio legis 17. est de uno ex duobus filiis exheredatia, qui repudiavit hereditatem patris, ad quam remedio querelæ venire poterat ab intestato una cum fratre, qui querela egit & obtinuit. Quæstio autem hujus leg. 19. est de uno, vel una ex filiis, aut filiabus, quæ hereditatem parentis adivit ex testamento, quo facto videtur hereditatem parentis legitimam, id est, ab intestato omisisse, vel repudiasse, cui locus exstitit, altera filia, quæ exheredata est, agente querela inofficiosi testamenti, & obtinente. Et sane si illa, quæ fuit heres instituta, adeundo hereditatem ex testamento, intelligitur repudiasse legitimam hereditatem parentia ejusdem (quia qui repudiavit pro nullo habetur) necessario ex eo consequitur, filiam exheredatam, quæ querela obtinuit, universam hereditatem ab intestato recte vindicare posse, exclusa sorore, quæ ex testamento se gessit pro herede. Et tamen nemo est, qui non videat, iniquum esse, sororem penitus excludi, quod adierit ex testamento, quia scilicet nec debuit adversus eam, quæ ex quadrante tantum fuit scripta, imo vero nec si scripta fuisset ex semisse, non debuit, inquam, adversus eam dari querela inofficiosi testamenti, sed adversus extraneum duntaxat pro semisse, pro parte extranei, id est, pro dodrante matre facta intestata, qui ex dodrante, ut posuimus, heres scriptus fuit, vel si ex semisse, tantum pro semisse. Denique filia exheredata non debuit agere querela adversus sororem scriptam ex quadrante, sed adversua extraneum tantum scriptum ex dodrante, ut pro dodrante matrem faceret intestatam, & divideret eum dodrantem cum sorore, hoc modo, ut exheredata sibi haberet semissem, sex uncias: residuum autem quadrantem, id est, tres uncias relinqueret sorori, veluti ab intestato, ut Græci recte adnotarunt: nam institutio extranei tota rescinditur, sed quæ cum eo solo agit filia exheredata, ne plus habeat, quam si mater ab initio intestata fuisset, ex portione extranei feret tantum semissem, quem solum habitura erat, si mater intestata decessisset: residuus autem quadrans pertinebit ad sororem heredem scriptam jure legitimo ab intestato: atque ita fiet, ut exheredata semissem habeat ab intestato: scripta quadrantem ab intestato, & quadrantem ex testamento. Ut enim querela hoc quandoque facit, ut unus sit heres ex testamento, alter ab intestato: ita facit, ut unus idemque sit heres partim ex testamento, partim ab intestato, ut si duæ sint filiæ, & unx sit heres scripta ex asse, altera exheredata, hæc adversus illam agit querela in semissem tantum, & pro semisse parentem intestatum, vel intestatam facit, semissem vindicat ab intestato. Illa vero, quæ ex asse heres scripta fuit, alterum semissem retinet ex testamento. Una igitur est heres ex semisse ab intestato, altera heres ex semisse ex testamento, ut in *l. nam etsi, §. ult. & l. filix, in princ. l. circa, l. si non mortir, §. ult. hoc tit.* Nemo nisi miles sit, potest mori partim testatus, partim intestatus, hoc est certum: sed post mortem nihil refert, quin fiat pro parte tantum intestatus, ut si frater exheredatus agat querela adversus fratrem heredem scriptum, etiam in specie hujus legis, quam antea exposuimus, inquam, querela intendatur adversus extraneum solum, facit ut unus idemque, puta filia heres instituta, partim sit heres ab intestato, partim ex testamento, non infirmato toto testamento, licet quasi furiosæ ultimum matris judicium damnetur, sed infirmato testamento pro parte extranei tantum. Et hæc si filix exheredata egerit querela inofficiosi testamenti pro parte, si matrem intestatam fecerit pro parte. At, ut initio exposuimus, matrem intestatam fecit

in

in totum, per obreptionem forte, & ut Græci dicunt κατ' *συναρπαγήν*, quia obrepsit judicibus. Denique, ut posuimus, matrem in totum intellatam fecit agendo adversus omnes heredes scriptos, puta sororem, & extraneum, eosque vincendo. Unde merito quæritur, an filia exheredata, quæ eos vicit, universam hereditatem ab intestato vindicare possit, & sororem repellere, quasi ab ea sit repudiata causa intestati, quæ ex testamento se pro herede gessit? Quod si quis putaverit hæc pugnare, negandum est, scilicet negandum est, eum, vel eam, qui, quæve adivit ex testamento, quod putat valere, id est, quod putat non in ea causa esse, ut rescindatur unquam: omisisse eam, vel repudiasse videri eandem hereditatem ab intestato. Nemo enim repudiare videtur, quod nescit sibi deferri, *l. 8. tit. seq. l. illud dubitari, in fi. de aquir. hered. l. 2. C. de success. edict.* Nesciebat autem filia heres instituta, quum ex testamento adivit, sibi eandem hereditatem ab intestato delatam iri: sciebat quidem sororem fuisse exheredatam, eique competere querelam, sed nesciebat primum, an actura esset querela: deinde nesciebat quis hujus judicii exitus futurus esset. Incertissima enim est alea judiciorum, incertissima fata causarum. Et quid etiam si credidit sororem merito fuisse exheredatam? Et tantum abest, ut ait Paulus, ut nesciens jus suum, id amittat, quasi id repudiaverit aliud amplectendo, ut aliquando nec sciens jus suum, id amittat, licet aliud eligat, quod falso sibi competere putat. Et hoc est, quod ait, *cum & hi, qui sciant jus suum, &c.* sic est legendum, *tum hi, qui sciant*, non cum & *nesciant*, ut & glossa legit, & habent Florentini, & Basilica *οἱ γινώσκοντες τὸ ἴδιον δίκαιον* in interpretatione Dorothei. *οἱ γινώσκοντες τὸ οἰκεῖον δίκαιον*. Idq; probatur mox à Paulo, dato exemplo de patrono, qui cum sciret jus sibi esse petendæ bonorum possessionis contra tabulas liberti, omisso legato, quod sibi testamento liberti relictum putabat. De patrono igitur, qui cum sciret electionem se habere, vel agnoscendi legati, quod sibi relictum putabat testamento liberti, vel petendæ bonorum possessionis contra tabulas, qui elegerit legatum, quod postea cognoverit sibi relictum non esse: hoc casu non prohibetur bonorum possessionem contra tabulas petere, quia non intelligitur eam repudiasse agnitu falso legato, *l. Paulus, inf. de bon. libertor.* Cui non obloquitur *l. 3. si quid in fraudem patroni factum sit*, quoniam ibi patronus sequutus fuit verum judicium liberti, non, ut in proposito exemplo, falsum. Et huic exemplo addi potest aliud ex *l. nihil, §. pen. sup. hoc tit. & l. cum, qui, in princ. inf. hoc tit.* Et ex his tandem concluditur, etiam si quis putaverit in specie proposita, totum testamentum rescindi, tamen filiam exheredatam non posse vindicare, nisi semissem, alterum semissem pertinere ad sororem ab intestato, quia adeundo hereditatem ex testamento, non videtur repudiasse jus adeundæ ejusdem hereditatis ab intestato, si forte totum testamentum rescinderetur. Nec est eis quod addam aliud, nisi hoc tantum, in quo laborat Accursius, non idem omnino servari in bonorum possessione contra tabulas, quæ datur filio præterito testamento patris: nam si filius sit institutus ex uncia, extraneus ex deunce, vel filius ex quadrante, extraneus ex dodrante, & alter filius præteritus, commisso edicto, aperto edicto de bonorum possessione contra tabulas, & ab utroque filio agnita bonorum possessione contra tabulas, si filius heres institutus, jam ante adierit hereditatem ex testamento, vel petierit bonorum possessionem secundum tabulas, jure commissi edicti, jure bonorum possessionis contra tabulas, non habebit nisi unciam, ex qua institutus est, vel quadrantem, ex quo institutus est, *l. si duobus, §. 1. de bonor. possess. cont. tab. l. 1. §. ibidem, de collat. bon.* Et ratio hæc est: qui adiit hereditatem, adivit unciam, vel quadrantem, sciens fratrem esse præteritum, id est, sciens testamentum ipso jure non valere, non debuit adire, & si non adiisset, tulisset semissem, vel beneficio fratris præteriti, suæ stultitiæ imputet, quod adierit. Quod si idem filius fuerit institutus ex semisse, vel ex majore parte, & adierit antequam committeretur edictum, postea commisso edicto non habebit nisi semissem,

A etiamsi scriptus fuerit ex majori parte, quoniam res omnis redigitur ad causam intestati, & ab intestato fratres æquas partes ferunt. Id quod ostendit *d. l. si duobus, §. 1.*

Ad L. LXVI. de rei vind. *Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire à nobis dominium speratur, si conditio legati, vel libertatis extiterit.*

Eleganter ait, suum esse vindicare, quod facit quicunque in rem agit in *l. 27. §. cui legatum, de aur. & arg. leg.* & alibi sæpe, suum esse petere, *§. certi, Instit. de rerum divis. §. ex maleficiis, Instit. de act. l. si mater, §. si quis, de excep. rei jud.* & dominium petere, *l. si mancipium, §. ult. de evict.* Non ideo autem minus, inquit, rem nostram esse vindicamus, quod abire à nobis dominium speratur, si extiterit B conditio libertatis, vel legati: de statulibero loquitur, & de re sub conditione legata. Statuliber, id est, is, cui testamento data est directa libertas in diem, vel sub conditione, medio tempore servus est heredis, *l. 9. & l. 15. de statulib.* Res quoque sub conditione legata, interim, dum pendet conditio, est in dominio heredis, *l. 12. §. 1. fam. ercisc. l. 1. §. servi appell. de SC. Syllan.* Verum ab herede dominium abire speratur, si extiterit conditio libertatis, vel legati, nec tamen quod ab eo dominium abire possit, interim prohibetur eam rem, eumve hominem suum esse petere actione in rem. Hac actione petitur etiam, quod perfecte nostrum non est: neque videtur perfecte nostrum esse, quod ex casu, puta ex eventu conditionis nobis avocari, & auferri potest, *l. omnes actiones, §. ult. de reg. jur. l. cum qui, §. qui hominem, de solut.* Perfecte, id est, in plenum, ut ait *lex Neratius,* C *de cond. ind.* vel pure, ut ait *l. ult. §. sed quia, C. comm. de legat.* Statuliber, vel res sub conditione legata interim pure non est heredis, antequam conditio defecerit: defecta conditione tunc incipit pure, perfecte, in plenum esse heredis. Et observandum est, in solutione quidem id exigi omnimodo, ut res, quæ solvitur, perfecte fiat creditoris, ita ut avelli ei non possit, alioquin is, qui solvit, non liberatur. Proinde, qui hominem debet, & Stichum statuliberum, cui implicitus est casus libertatis, solvit, non liberatur, *d. §. qui hominem, d. l. Neratius.* Idemque est, si solvit Stichum, quem alii pignori obligavit, quia & hic avocari potest creditori actione quasi Serviana, *l. 20. de solut.* In vindicatione autem non exigitur, ut res sit pure, perfecte, & ad plenum ejus, qui eam vindicat. Qua ratione & emptor, cui res in diem addicta est, puta ut sit ei res empta tot aureis, nisi D quis intra illas calendas meliorem conditionem fecerit, id est, nisi pretio adjecerit, quo res abiret à domino, id est, à priori emptore, hic, qui ea lege emit, quamvis non sit perfecte dominus ejus rei, quia dominium ab eo abire potest, allata meliore conditione, facta scilicet licitatione, sive adjectione pretii, tamen interim recte eam rem suam esse vindicat, *l. si quis hac lege, sup. hoc tit.* Accursium nescio quid moverit, ut huic legi nostræ objiceret *l. si fur, vel l. 12. §. ult. inf. de usufr.* quæ cum hac lege omnino consentit. Ait enim, rem legatam sub conditione, interim esse heredis: existente conditione legati ab herede discedere, & ad legatarium transire. Porro ex contrario ejus legis, sive *ἐξ ἀντιδιαστολῆς*, intelligitur eum, qui sperat certæ rei dominium, non habere ejus rei vindicationem. Non spes dominii parit dominii actionem, hæc actio dominii actio est, *l. vitiis,* E *de usur.* Sed hanc actionem parit dominium, sed non perfectum tantum, verum etiam imperfectum. Et notanda maxime est hæc distinctio inter perfectum, & imperfectum dominium: Nam usui esse potest in quæstione de fructibus quærendis bonæf. possessori. Fructus, quos percepit bonæf. possessor, statim pleno jure ejus sunt, ut nec usucapi possint ab eo, cum ejus sint pleno jure, *l. in pecudum, de usur.* sunt ejus pleno jure statim, non perfecto tamen, quia ab eo avocari possunt, si extent eo tempore, quo dominus ab eo rem suam esse vindicat, *l. certum, C. de rei vind. §. si quis à non domino, Inst. de rer. divis.* Perfecte autem hujus fiunt consumptione, quia de fructibus ab eo consumptis dominus agere non potest, *d. §. si quis, l. quæsitum, in fi. de adquir. rer. dom. l. sequitur, §. lana, de usurp. & usuca.*

Ad L. XXXVIII. de Servit. urb. præd. *Si ædes meæ à tuis ædibus tantum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat, servitus imponi non potest.*

SEntentia legis hæc est: si tecum habita conventione, ædibus meis hanc servitutem imponam, ne mihi ædes meas altius tollere liceat, ne luminibus tuarum ædium officere liceat, & ædes meæ à tuis tantum distent, ut conspici, vel prospici, ut ait, non possint, aut medius mons earum conspectum auferat: ea servitus, quam imposui ædibus meis, non valet, quia tuarum ædium nihil interest, & servitutis, cujus nulla est utilitas, nulla etiam impositio est, *l. quotiens, sup. tit. prox.* Igitur, ut subjicit in *l. seq.* nemo propriis ædibus servitutem imponere potest, nisi & is, qui cedit servitutem, & is, cui ceditur in conspectu habeant ejus ædes, ita ut officere aliæ aliis possint. Possunt quidem ædes meæ hanc servitutem debere tuis ædibus, non tantum si tuæ vicinæ sint, sed & si ulteriores sint, licet intermediæ ædes tuis servitutem hanc non debeant. Possunt igitur meæ ædes servire tuis, quæ sunt procul, in medio interjectis forte unis, aut pluribus ædibus, nil refert, *l. 4. §. ult. & l. 5. si servit. vindic. l. si quis duas, & l. in tradendis, §. interpositis, comm. præd.* Sed nun erit utilis hæc servitus, nisi tuæ ædes meis, & vicissim meæ tuis sint in conspectu, ut officere aliæ aliis possint: meæ servire possunt tuis etiam remotioribus, si modo sint in conspectu. Quare ut Cicero scribit 1. de oratore, cum M. Buculeius vendendis L. Fusio ædibus ita cavisset, *lumina ædium venditarum uti nunc sunt, ut ita sint:* Fusius simul, atque ædificari cœptum est in quadam parte urbis, quæ modo ex illis ædibus conspici poslet, egit statim, inquit, cum Bucculeju, quod cuicunque particulæ cœli officeretur, quamvis esset procul, mutari lumina putabat, *quæ modo*, inquit, *ex illis ædibus conspici posset*, alioqui nulla fuisset Fusio agendi causa, sed nec eo interveniente fuit justa intentio Fusii, quia eadem fuit lex venditionis, quam dixit Bucculejus, cum ea, quæ proponitur in *l. 2a. hoc tit.* Bucculejus scilicet cum duas ædes haberet, & alteras retineret, alteras venderet, eis, quas retinebat hanc servitutem imposuit, *lumina uti nunc sunt, ut ita sint*, id est, ut lumina ædium venditarum Bucculejus excipere, ut fenestras, quæ tum essent, liceret Fusio aperire, & immittere in ædes, quas Bucculejus retinebat, & ut ne Bucculejus ædificando, vel quo alio modo cœli lumen Fusio auferret, ut in *l. 3. & l. eos, hoc tit.* Inter lumina, & fenestras fere nihil interest. Cicer. 2. ad Attic. *Angustias fenestrarum opponit latis luminibus, hoc est, latis fenestris.* Et male in defloratis Caii Institutionibus, *fenestræ separantur à luminibus*. Recte autem M. Tullius, *cuicunque particulæ cœli officeretur, mutata lumina videri, & quasi interversa.* Nam ut eleganter ait *l. lumen, hoc tit.* lumen est, ut cœlum videatur. Verum non agebat tamen Fusius recte, quia Bucculejo hæc fuit mens, ut de se caveret, non de aliis, de suis ædibus, non de alienis, non de omni parte urbis, nihil se facturum, quo præsentia lumina ædium venditarum mutarentur, non etiam ut alios nihil facturos, quo mutarentur: vel quo officeretur ulli particulæ cœli, non ut nunc, & in posterum semper eam omnem, quam videbat cœli particulam, videret. Erraverat tamen Bucculejus quodammodo in dicenda ea lege venditionis, quia non satis aperte, aut quia nimis generaliter eam conceperat, quæ res speciem agendi Fusio præbebat, sed id nunquam cogitasse venditor intelligitur, ut caveret emptori nulla parte cœli, vel urbis fore, ut lumina ædium venditarum mutarentur.

Ad L. XXXVI. Famil. ercisc. *Cum putarem te coheredem meum esse: idque verum non esset, egi tecum familiæ erciscundæ judicio, & à judice invicem adjudicationes, & condemnationes factæ sunt. Quæro, rei veritate cognita, utrum condictio invicem competat, an vindicatio: & an aliud in eo, qui heres est, aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est? Respondi: Qui ex asse heres erat, si cum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiæ erciscundæ judicium, & condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa judicati solvit, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est judicium familiæ erciscundæ, nisi inter coheredes acceptum. Sed quamvis non sit judicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quod si neuter eorum heres fuit: sed quasi heredes essent, acceperit familiæ erciscundæ judicium: de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine judice diviserint res: etiam condictionem earum rerum, quæ ei cesserunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres competere dici potest: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit.*

HUjus legis species hæc est: Quidam cum esset heres ex asse, & existimaret per errorem, se L. Titium coheredem habere, egit cum L. Titio familiæ erciscundæ, de hereditate dividenda, accepto arbitro, per quem hereditas divideretur, & ut in hoc arbitrio, seu judicio fieri solet, factæ sunt invicem adjudicationes, & condemnationes: adjudicationes rerum hereditariarum in solidum, vel pro parte, & cum in alterius persona adjudicatio præponderare, ac prægravare videretur, condemnationem in certam pecuniam alteri pernumerandam, cujus minor pars esset, ejus partis explendæ causa: pecunia est mensura rerum, quæ omnia ad æqualitatem redigit, de qua potissimum agitur in hoc judicio, ut coheredes æquas partes ferant, si ex æquis sint instituti heredes, vel ab intestato omnino æquas: ex testamento vel æquales, vel inæquales pro rata portionum adscriptarum in testamento. Et hoc quidem genere judicii quasi contrahitur emptio, & venditio necessaria, & involuntaria: adjudicatio quasi necessaria venditio est, *l. si pignori, hoc tit.* venditio, & cessio, sive traditio. Quo fit ut adjudicatione statim dominium adquiratur ei, cui res adjudicata est, ut Ulpianus scribit *lib. reg. tit. de dominiis*, & est proditum evidenter in *§. ult. Instit. de off. jud.* Alioquin ex sententia judicis dominium non transfertur: ex adjudicatione, quæ fit per sententiam judicis in judicio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, quæ judicia sunt ex 12. tabulis, statim transfertur dominium, quod id lex 12. tabul. unde profecta ea judicia sunt, addixerit ei, cui judex rem adjudicaverit. Cur igitur adjudicatione dominium statim adquiratur, id manat ex 12. tabulis magis, quam ex auctoritate judicis, quia judex non potest per se facere dominum eum, qui non est dominus: possessorem facere potest, dominum sola lex facit: nam nec prætor dominum facere potest. Porro cum ita per judicium familiæ erciscundæ factæ essent adjudicationes, & condemnationes mutuæ inter heredem ex asse, & L. Titium quasi coheredem, quæritur errore comperto, & rei veritate cognita, utrum invicem competat vindicatio rerum, quas alterutri judex adjudicaverit, aut pecuniarum, quas alter alteri ex condemnatione solverit, an vero competat condictio indebiti. Denique quæritur, utra actio competat, vindicatio, an condictio indebiti, vel an neutra competat? Utraque non potest competere, quia ubi est vindicatio, non est condictio indebiti: & retro, ubi est condictio indebiti, non est vindicatio, *l. dominus, l. si in area, inf. de condict. indeb. l. servus inscio domino, de fidejuss.* Et hoc casu non esse vindicationem, certissimum est, quia adjudicatio, ut dixi, dominium mutavit. Idemque numeratio pecuniæ facta ex condemnatione, perfecit. An etiam non competat condictio indebiti dubitatur: & sane verius est, nec condictioni indebiti locum esse: quia sententia judicis factæ sunt partes, factæ adjudicationes, & condemnationes. Ergo, quod ex ea causa, id est, ex causa judicati cessit alterutri, indebitum non fuit: quia tametsi natura indebitum fuit, quia res judicata naturalem obligationem neque parit, neque perimit, *l. Julianus, inf. de condict. indeb. l. 8. §. 1. rem rat. hab.* parit tamen civilem obligationem res judicata, & actionem judicati. Ideoque ex causa judicati solutum, quasi omnino indebitum, condici non potest. Et hæc est definitio certissima in jure: ex causa judicati, etiam male, & perperam judicati, per errorem, aut gratiam, solutum condici non posse, *l. 1. C. de cond. indeb. l. 2. C. de compensat.*

l. si

image
not
available

QUæstio hujus legis hæc est. Scio fundum Tusculanum mihi esse communem cum alio, nescio cum quo: existimo enim eum communem mihi esse cum Mævio, qui mihi communis est cum Titio, non cum Mævio. Cum in errore versarer, cum errarem in persona socii, impendia quædam in eum fundum feci, quæritur, *an hæc impendia veniant in judicium communi dividundo, quod postea rei veritate cognita intendo adversus Titium?* Movet dubitationem, quod ea impendia fecisse videar contemplatione Mævii, quasi fundus mihi communis esset cum Mævio, quod tamen verum non erat, non contemplatione Titii. Erravi in persona socii, in re non erravi: nam impendia feci communi nomine, sciens rem esse communem, sciens me habere socium, nesciens quem. Errare, & nescire idem est, error, & ignorantia idem. At Paulo auctore hoc loco, etiamsi in eo errore fuerim cum impendia feci: mihi tamen rei veritate cognita adversus Titium, qui verus est socius, sufficit, suppetitve actio communi dividundo, ut officio judicis partem impendiorum recipiam, quia communi nomine impendia feci, & eo animo igitur, ut alium mihi obligarem: recte, inquit, dicitur judicium communi dividundo etiam ei sufficere: & in *l. 14. sup. eod. tit.* rectissime dicitur, inquit idem Paulus, ab Ulpiano scil. in l. 6. hoc tit. nam Ulpianum proculdubio intelligit, atque Julianum, cujus in hanc rem Ulpianus auctoritate usus est. Eadem vero ratione, si negotia Titii geram, quæ puto esse Mævii, & aliquid impendero, impendiorum nomine mihi datur actio adversus Titium, nempe utilis actio negotiorum gestorum, *l. 5. §. 1. & §. si Titii servum, & §. quid ergo, l. liberto, §. inter, l. quæ utiliter, §. ult. sup. de negot. gest.* Et in *d. l. quæ utiliter* redditur ratio, propter quam datur mihi impendiorum nomine utilis actio negotiorum gestorum, ne in damno morer, inquit, vel quia æquum est, me in damno non versari. Cum in veritate, id est, ipso gestu, & reipsa Titii negotium gesserim: æquum est, Titium mihi impensam refundere, cujus reipsa negotium curavi. Hæc ratio solet reddi, ne in damno versetur, quum datur utilis actio deficiente directa, ut in *l. qui heres erat, sup. tit. prox.* Hæc est ratio utilitatis, à qua utiles actiones nomen acceperunt. Idem vero Paulus comprobat in *d. l. 14.* in qua tamen sunt menda quædam, plusquam manifesta. Ac primum eo loco, *rectissime dicitur, etiam impendiorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium, etiam manente rei communione:* Illo loco, *etiam manente rei communione*, deest negatio: Nam si legas, etiam manente rei communione dari utile judicium communi dividundo, id prorsus omni dubitatione caret. Quid enim certius est, quam dari judicium communi dividundo manente communione, ut dissolvatur communio? Et præterea impensæ factæ in rem communem, in eam actionem deducantur ab uno ex sociis, & non tantum impensæ, sed etiam omnes aliæ personales præstationes, si socius rem communem deteriorem fecerit, si corruperit, si fructus perceperit, si ex re communi aliquid lucratus fuerit: quia mixta est actio tam in rem, quam in personam, *l. 4. §. sicut, l. 8. §. venit, hoc tit.* At non manente communione, sublata communione regulariter non datur actio communi dividundo, *l. 1. hoc tit. l. 9. C. commun. utr. jud.* Excipiuntue tantum duo casus, quibus etiam non manente communione hæc actio competit. Unus hic est: si res communis interierit: quo genere plsne sublata est communio: Sed de personalibus præstationibus, veluti de impensis factis in rem communem hæc actio superest, *l. 9. & 11. hoc tit. l. 24. & 31. sup. tit. prox.* Alter casus est, si factis impensis quibusdam in rem communem, partem meam alienavero: quo genere, etsi à communione discessero, mihi tamen impensarum nomine in socium hæc actio competit, *l. 6. hoc tit.* ubi, ut hoc obiter admoneam, vox *Titius* abundat, cum quo ponit fundum fuisse communem: Nam certe non fuit communis cum Titio, sed amoto illo nomine, intelligitur is, qui impensas fecit in rem communem, δεῖνα, id est, quidam: Neque enim aliter eum designavit initio legis, quam his verbis (*Si quis putans, &c.*) Et ad hunc casum pertinere supradicta verba *l. 14.* eadem lex demonstrat, dum ita concludit. *Igitur etsi abalienavero prædium, in quod impendia fecissem, quia in ea causa fuit, ut mihi actio dari deberet impendiorum nomine, danda mihi erit actio*, scilicet communi dividundo, ut Julianus quoque scribit. Hoc vult, natam semel actionem communi dividundo ex re, in quam impendia feci, non mihi perire abalienatione partis meæ. Ex quo manifestum est, in superioribus esse legendum, *impendiorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium, etiam non manente communione*, ut si abalienavero partem meam. Quod item additur in fine ejus quæstionis *d. l. 14. danda mihi erit, ut Julianus quoque scribit, negotiorum gestorum actio*, illa verba, *negotiorum gestorum actio*, pessimi interpretis sunt, glossema est, quia abalienata parte, de impensis jam ante factis in rem communem, non competit actio negotiorum gestorum, sed actio communi dividundo. Nihil est ineptius, quam dicere, competere negotiorum gestorum. Et observandum in *d. l. 14.* Paulum hæc omnia referre ex Juliano, nempe, sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cujus negotia curavi revera, reapse, id est, reipsa, cum putarem alterius ea esse, impensarum nomine, quod etiam *ex Juliano* Ulpianus refert in *l. 5. §. 1. de negot. gest.* In cujus extremo quidam Codices rectius habent, *ut Julianus lib. 3. Digestor. scribit*, nota senarii numeri mutata in ut: Nam & in Basilicis, quæ sequuntur, *si pupilli tui negotia, &c.* omnia recte vindicantur legi 5. Et quæ sequitur lex *quia tantundem*, est lex sexta. Sicut ergo actio negotiorum gestorum datur adversus eum, cujus negotia gessi, cum putarem me gerere alterius negotia: ita idem dicendum est, ut Paulus ait in *d. l. 14.* in proposito casu, quum impendi in rem, quam putabam mihi cum alio, quam esset, fuisse communem; competere scilicet mihi impensarum nomine actionem communi dividundo, non negotiorum gestorum: facessat illud *negot. gest.* nec semel natam actionem communi dividundo, ut ait, extingui abalienatione partis meæ, quamvis ita res mecum esse communis desierit, quia sufficit communio, quæ præcessit, qua durante ego impensas feci, ut *d. l. 6.* Ergo etsi erraverim in persona socii, impensarum nomine mihi competit actio communi dividundo adversus verum socium. Falsum enim est me contemplatione ejus, quem me socium habere putabam, impensas fecisse, ut ejus negotium gererem: Nam impensas feci potius, ut propriam rem tuerer, id est, propriam ex parte: Nec enim propria est in assem, quæ & alterius est, *l. illud, de rit. nupt.* Denique impensas feci in rem communem, propter partem meam magis, quam propter partem socii: spectavi utilitatem meam potius, quam utiliatem socii. Et (ut subjicit Paulus eleganter) hæc actio communi dividundu, quæ datur impendiorum nomine, magis ex re nascitur communi, in quam impendia facta sunt, quam ex persona socii. Omnis actio mixta nascitur ex re, & ex persona, & aliquando æstimatue magis ex persona: ut quum quæritur, quamdiu duret mixta actio: nam durat triennio, ut quælibet actio personalis, id est, non finitur nisi spatio 30. annorum, *l. 3. & 4. C. in quibus caus. long. temp. præsc. loc. non hab. l. 1. §. ad hæc, C. de annal. exc.* aliquando mixta actio magis æstimatur ex re, ut quum repetuntur impendia facta in rem communem, quia ea impendia non debentur ex contractu. Et ideo pupillus, qui ex contractu non obligatur sine tutoris auctoritate, in hanc tamen actionem incidit etiam sine tutoris auctoritate, puta si socius aliquid impendit in rem communem. Itemque furiosus in hanc actionem incidit, qui alias obligari non potest, *l. furiosus, de obligat. & action. l. ut in conduct. pro soc.* furiosus, inquit, & pupillus obligantur, etiam sine curatore, vel sine tutore auctore, ubi ex re actio venit, veluti ex communiter gesto, communiterve depenso. Et ita pupillus obligari dicitur sine tutoris auctoritate in *l. Marcellus*, & furiosus jure obligatur, in *l. si a reo, §. si à furioso, de fidejussor.* veluti ex communiter gesto, vel etiam pupillus doli potens ex delicto: Nam & actio ex delicto in Instit. ex re nasci dicitur, initio tituli *de obligat. quæ ex delic. nasc.* Ex eo vero, quod Paulus ait, actionem communi dividundo magis ex re nasci, in quam impenditur, quam ex socii persona, recte concluditur, errorem in persona socii non efficere, quo

mi-

minus actione communi dividundo impensæ repetantur pro parte. Aliud tamen dicendum est, si error fuerit in re: differentiam facit Paulus inter errorem in re, & errorem in persona, summe notandam. Si error fuerit in re, ut si quis impensam fecerit in rem communem, quam existimabat esse propriam in solidum, hic error obstat, quo minus impendiorum nomine agat in socium communi dividundo: impendiorum nomine hoc casu, quæ fecit, non habet in socium actionem communi dividundo, ne utilem quidem, quia neminem sibi obligare voluit, cum ea impendia fecerit quasi in re propria. Actio utilis non datur in casu dissimili, vel improprio, *l. si mensor*, *si mens. fals. mod. dix. l. cum servus*, *tit. seq. §. ult. Inst. de leg. Aquil.* Utilis actio datur tantum in casu simili, aut non omnino proprio, ut in *l. 7. de relig. & passim in tit. de præsc. verb.* Aliud est casus improprius, aliud non proprius, ut aliud indoctus, aliud non doctus, ut Grammatici notant. Ergo nulla ei datur actio impendiorum nomine, cum in re erraverit, sed dabitur ei retentio tantum rei per exceptionem doli mali, quoad impendia ei reddita sint. Denique retentio tantum ei datur, actio vero nulla, *d. l. 14. l. Paulus, de doli except. l. idque, §. 5. de act. empt.* Idemque est, si quis in rem alienam impenderit, quam existimabat esse propriam: Nam & hoc casu impendiorum nomine retentionem habet, negotiorum gestorum actionem non habet. Multum ergo interest, in persona quis errore labatur, an in re: Nam qui in re errat, ut qui impendit in rem communem, vel alienam, quam putat esse propriam, impensarum repetitionem non habet, quia neminem sibi obligare voluit, qui in persona errat, ut qui impendit in rem, quam scit esse communem, vel alienam, sed existimat esse communem cum alio, quam sit, vel esse alterius, quam sit: is utique aliquem sibi obligare voluit, & eo animo impendit, ut aliquem sibi obligaret. Et ideo ex re ipsa, ex gestu ipso nascitur obligatio adversus verum socium, vel adversus verum dominum, *dict. l. 14.* Ex qua hoc loco ita legendum est, ut vulgo etiam legitur: male Florentinæ: *ille enim, qui scit rem esse communem, vel alienam*, addatur subdistinctio, *negotia eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget, & in persona labitur* tantum, non in re, quia scit qualitatem rei, scit rem esse communem, vel alienam, nescit cum quo sit communis, vel cujus ea res sit. Quæ ignoratio non officit in iis actionibus, quæ veniunt ex reipsa, non ex persona. Ultimus casus hujus legis nihil pertinet ad quæstionem superiorem, sed breviter hoc proponit, posse judicem, sive arbitrum communi dividundo posci à quolibet sociorum, etiam invito altero. Utplurimum judex datur ex conventione litigatorum, *l. si in judicis nomine*, *sup. de jud.* Non datur judex is, quem altera pars nominatim poscit, *l. observandum, eo tit.* Hoc enim esset mali exempli, ut ait, si daretur judex is, quem altera tantum pars poscit, edit, & petit, qui proprie dicitur *judex edititius*: & recte datur quandoque, quum alter consentit in edititium judicem cum neminem fugit judicem, cum se subjicit judicio cujuslibet, quod & Servius notat in illum locum Virgilii.

In me mora non erit ulla.

Nec quemquam fugio: id est, consentio etiam in edititium judicem. Et sic appellat Marc. Tullius pro Plancio, & pro Muræna. At judex, sive arbiter communi dividundo peti potest ab uno ex sociis, vel arbiter familiæ erciscundæ, etiam invito altero, ut finiatur communio, *l. 43. sup. tit. prox.* quia nemo invitus in communione detinetur, *l. ult. C. comm. divid.* quod apud Lisiam, & Arist. dicitur τὸ ἐκ διαιτητοῦ κατ' αἵρεσιν δικαστήριον, quoniam illis dicuntur διαιτηταὶ arbitri communi dividundo, qui etiam invitos vocant ad rerum communium divisionem, vel poscente uno ex sociis. Et ex eo efficitur, recte agi communi dividundo cum muto, qui poscere judicem ipse non potest: *sed etiam unus ex sociis mutus erit* (sic est legendum, non invitus, ut in Basilicis: καὶ ὁ ἄλαλος ἐνάγεται) *recte cum eo communi dividundo agi*: atque ita recte agi, poscente uno ex sociis judicem. Et rursus recte agi cum muto, etiam si ejus persona non intelligatur in judicio esse idonea, qui fari non potest: quia satis apte qui mutus est, præsens appellari non potest,

A *l. ult. de verb. sign.* Et judicium non consistit nisi præsente ambobus, ut est in 12. tab. Breviter communi dividundo, & familiæ erciscundæ judicium petitur à quolibet sociorum, vel coheredum consortium, etiam invito, aut obmutescente altero. Invenio tantum duos casus, qui excipiuntur: quibus socius non agit communi dividundo invito socio. Unus est in *l. arbor, §. de vestibulo, hoc tit.* alter in *l. ult. C. de alien. jud. mut. caus. facta.*

Ad L. XX. de Interrog. in jure faciendis. *Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali judicio conventus sit, dominum liberat: aliter atque, si quis confessus sit se occidisse servum, quem alius occidit: vel si quis responderit se heredem: nam his casibus non liberatur qui fecit, vel qui heres est. Nec hæc inter se contraria sunt: Nam superiore*
B *casu ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento, alter quoque liberatur: at is, qui confitetur se occidisse, vel vulnerasse, suo nomine tenetur, nec debet impunitum esse delictum ejus, qui fecit, propter eum, qui respondit, nisi quasi defensor ejus, qui admisit, vel heredis, item subjit hoc genere: tunc enim in factum exceptione data submovendus est actor: quia ille negotiorum gestorum, vel mandati actione recepturus est, quod præstitit. Idem est in eo, qui mandatu heredis heredem se esse respondit, vel cum eum alias defendere vellet.*

Ad §. In jure *interrogatus, an fundum possideat: quæro an respondere cogendus sit, & quota ex parte fundum possideat. Respondit: Javolenus scribit, possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat: ut si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quæ non de-*
C *fenderetur, in possessionem actor mittatur.*

Ad §. Idem *& si damni infecti caveamus: nam & hic respondere debet, quota ex parte ejus sit prædium, ut ad eam partem stipulationem accommodemus. Pœna autem non repromittentis hæc est, ut in possessionem eamus: & ideo (eo) pertinet scire, an possideas.*

IN hac l. duæ proponuntur quæstiones: quod attinet ad primam, certum est, ex responsione quemque suam, quam in jure interrogatus fecit, ex confessione sua, quam rogatus, vel non rogatus in jure fecit, teneri & conveniri posse. Ut si quis in jure interrogatus, an Stichus, qui noxam nocuit, servus suus sit? responderit, servum suum esse, quamvis alienus sit, non suus, ex suo responso conveniri, & condemnari potest actione noxali quasi dominus, *l. 27.*
D *§. ult. l. 39. §. 1. sup. de noxal. act.* Et conventus noxali actione si solverit æstimationem litis, æstimationem damni, quod fecit servus alii, verus dominus servi hac actione liberatur. Dico si solverit litis æstimationem, quia non electione ejus, qui servum alienum suum esse respondit, & litis contestatione, sed perceptione demum, & solutione, sive præstatione damni dominus liberatur, *l. 26. §. servum, sup. de noxal. act.* Et ita accipiendum est, quod ait *lex 8. hoc tit.* si actum sit noxali judicio cum eo, qui in jure falso respondit, se esse dominum servi, dominum hoc judicio liberari, si actum videlicet sit, & solutum, ut in *l. 3. & 4. de his, qui dejecer. vel effud.* Hinc quæritur, cur etiam non liberetur is, qui alienum servum occidit, aut vulneravit, alio in jure respondente, se eum servum vulnerasse, aut occidisse, & accipiente judicium ex lege Aquilia suo nomine,
E & solvente æstimationem litis: nam solutionem hujus certum est non liberare eum, qui homicidium fecit. Videamus, quæ sit ratio differentiæ. Ratio differentiæ non est in difficili. Priore casu, quum qui non erat dominus, accepit noxale judicium, respondens, se noxæ, id est, servi esse dominum, qui si solverit litis æstimationem, liberat verum dominum: hoc, inquam, casu neque verus dominus, neque is, qui falso respondit se esse dominum, neuter tenetur noxali actione suo nomine, sed ex persona servi, & nomine servi, qui noxam nocuit, qui cum unus sit homo, & unam semel litis æstimationem actori solvi satis est, sicut (quo exemplo hic Paulus utitur) quum ejusdem servi duo sunt domini, singuli ex delicto servi tenentur in solidum noxali actione, servi nomine, non suo, ex persona

servi, non ex persona sua. Et ideo uno convento in solidum, A & solvente litis æstimationem, perinde atque si servus ipse solvisset, qui deliquit, alterum liberari conveniens est, *l. ut tantum, §. item si servus, inf. de serv. corr.* Sic (quod alterum exemplum ego addo) si unus dominus sit servi, qui noxam nocuit, alter possessor, qui dolo malo desierit eum possidere, electio est actoris cum quo velit agere noxali judicio. Sed si unum ex iis semel elegerit, & ab eo litis æstimationem consequutus fuerit, cæteri liberantur per exceptionem doli mali, quia servi nomine tenebantur, non suo, & jam servi nomine ab uno ex iis actori satisfactum est. Et ita explicanda est *lex 26. de noxal. act.* Quæ tantum abest, ut huic legi nostræ adversetur (quod tamen tentat Accursius) ut supradicto casui, quem modo exposui, conjungat ea lex 26. etiam eum, qui hac lege proponitur, puta si alius servum alienum in jure suum esse responderit: Nam & B hoc, & illo casu uno solvente, alter liberatur, quia omnes tenebantur ex persona unius servuli. Et ita Accursius eam l. 26. explicare debuit, non ut fecit, dicens, ideo in ea solvente uno, alterum liberari, quia alter, inquit, ab altero causam habuit, veluti emptor à venditore, aut donatarius à donatore: Nam idem omnino servatur, etsi alter ab altero causam non habeat, ut si uno desinente dolo malo servum possidere, sine facto ejus possessio perveniat ad alterum, quod & Albericus hoc loco recte notat. At posteriore casu, quum unus extraneum servum, & alienum occidit, aut vulneravit, alter in jure interrogatus respondit, se eum occidisse, aut vulnerasse, singuli tenentur suo nomine, & ex sua persona: unus quod revera occiderit: alter quod impudenter in jure mentitus sit, se eum occidisse, nec propter mendacium hujus, impunitum esse debet delictum C ejus, qui occidit. Ergo uterque suo nomine, & quasi ex propria obligatione, ac separata domino servi tenetur actione l. Aquiliæ: is, qui occidit, ex reipsa: is, qui respondit se occidisse, ex dolo, sive mendacio suo, nam mendacium dolus est: unusquisque sui facti pœnam meretur, publice interest delicta non esse impunita, *l. 25. ita vulneratus, ad leg. Aquil.* ne coalescant, *l. bona fides, depos. l. locatio, §. quod illicite, D. de publican. l. 1. D. ne quis eum, qui in jus vocat. vi exem. l. 6. C. Theod. de canone frumentario urbis Romæ.* Impunitate proposita vix quisquam est qui abstinere injuria possit. Impunitatis spes (inquit ille) magna est illecebra peccandi. Et hæc quidem ita se habent, si quis temere, vel improbe, ut actorem deciperet, responderit in jure, se occidisse, quem alius occiderat. Nam aliud dicendum est, si quasi defensor occisoris intervenerit amicus D quidam, non quidem palam edicendo, se defensorem illius esse, sed animo defendendi illius sua sponte, vel ex mandato illius respondendo, se occidisse, & suo nomine judicium accipiendo. Nam hoc casu, si solverit litis æstimationem condemnatus, sane occisor liberatur, non quidem ipso jure, sed per exceptionem in factum, quia occisor defensori tenetur actione negotiorum gestorum restituere quod ille pro eo solvit, vel mandati actione, si mandatu ejus litem subierit hoc genere, id est, quasi defensor, sive animo defendendi, & quia defensor, & is, qui defenditur, habentur pro una persona, pro eo est, ac si occisor ipse litem subiisset, quum alius eam subiit, quasi defensor ejus, ut scilicet pro eo damnaretur, ad exemplum fere Pyladis, qui mentiebatur se esse Orestem, ut pro amico moreretur, vel etiam ut deciperet actorem, frustraretur, & ludificaretur. Rursus quæritur, *cur etiam non liberetur heres à creditoribus hereditariis, alio in jure falso respondente, se heredem esse solum, qui heres non est: vel qui non solus heres est, sed ex parte tantum, & tamen liberetur dominus noxali judicio, altero respondente noxam suam esse*, id est, servum suum esse, qui noxam nocuit? Et in hac specie, eadem etiam fere intervenit ratio differentiæ, quia tam dominus, quam qui respondit: se esse dominum, noxali judicio tenentur ex persona servi, quæ cum una sit, & una semel etiam dependi debet æstimatio litis, atque adeo uno solvente alter liberatur. At qui verus heres est, & qui se heredem esse falso respondit, uterque ex sua persona, & suo nomine separatim tenetur creditori hereditario, non ex una causa, alioqui essent duo rei debendi, & uno solvente alter liberaretur, sed ex diversis causis, ex diversis obligationibus, verus heres ex contractu defuncti, falsus heres ex suo mendacio. Et ideo solutio unius non liberat alterum, & licet creditori idem bis consequi non quidem ab uno, & eodem (hoc esset improbum) sed à duobus, ex diversa causa obligatis in eandem rem, vel summam, ut in *l. 7. sup. de rei vindic. l. etiam, §. non solum, de petit. heredit.* A duobus (inquam) suo nomine obligatis ex propria quisque obligatione, tanquam duobus principalibus debitoribus proprie in singulis cujusdam obligationis, non tanquam à duobus correis, non tanquam ab uno reo principali, altero fidejussore, vel mandatore, vel defensore, alioqui unius solutione liberaretur uterque. In hac igitur specie duo quidem sunt rei debendi ejusdem pecuniæ, sed non duo correi. Hoc maxime notandum. In priori specie unus est tantum reus, puta servus, qui noxam nocuit. Frustra vero tentat Accursius in contrarium ex *l. si quid possessor, de petit. heredit.* solvente eo, qui se heredem esse respondit, verum heredem liberari per exceptionem doli mali, quia ea lex non loquitur de eo, qui se heredem esse falso respondit, qui ejus quod solvit condictionem non habet, quia sciens solvit, sed loquitur de eo, qui bona fide possedit hereditatem, existimans se heredem esse, cui evicta hereditate à vero herede, competit condictio indebiti soluti. Et hanc actionem, si cesserit vero heredi, verus heres, si à creditore conveniatur, quia ipso jure liberatus non est solutione, quam possessor fecit suo nomine, non nomine heredis, tueri se potest exceptione doli mali dicens, *dolo facis, qui creditum petas*, quod mox per condictionem indebiti, quæ mihi cessa est, mihi restituturus es. Frustra etiam Accursius huic legi opponit *l. 1. de eo, per quem fact. erit, sup.* ubi si plures dolo fecerint quo minus quis in judicio sistat, uno solvente omnes liberantur: quia (ut breviter respondeam) actio in factum ex illo edicto comparata persequitur id tantum, quod interest actoris, *l. 3. eod. tit.* Et ideo, si unus præstiterit actori id quod interest, quia desiit ejus interesse, alii liberantur. At falsus heres solvendo creditori, videtur magis pœnam sui mendacii dependere, quam id quod interest creditoris. Et ut in *l. 8. de jurisdict. omnium judic.* memini me dicere, pœna accipitur improprie pro eo quod interest. Quia non est pœna ex utraque parte, sed ex parte rei tantum, ex parte actoris est res, quæ ei abest, non pœna. Verum ei, quod diximus, solvente eo, qui falso respondit se esse heredem, non liberari verum heredem, addenda est eadem exceptio, quæ addita est priori casui: videlicet, quum is solvit, qui respondit, se occidisse, quem alius occiderat. Exceptio hæc est, nisi is, qui respondit se heredem esse, id responderit quasi defensor veri heredis, sua sponte, cum omnino vellet eum defendere, vel ex mandatu ejus: Quo casu, quod pro eo solverit, qui eum obligare voluit, cum intervenerit ut defensor, recepturus est actione negotiorum gestorum, vel mandati. Et ideo verum heredem liberat, daturque eo nomine, ne exigatur, vero heredi exceptio in factum, quod non sit æquum, verum heredem, quod solvere tenetur vero defensori, id etiam solvere creditori hereditario, cui defensor solvit. Exceptione in factum (inquam) vel exceptione doli, vel exceptione taciti pacti, ut in *l. 2. C. de pact.* Et exceptio in factum hoc loco à Dorotheo prisco more ita concepta est: ἀλλ' εἰ μὴ παρὰ σοῦ ἐναχθεὶς, ἔχεται ἐμοῦ τὴν, negotiorum gestorum, εἰ τὴν τοῦ, mandati, ἐναγωγὴν, δι' ἧς δύναται ἀπαιτεῖν ὅσα κατέβαλεν ὑπὲρ ἐμοῦ: *At si non is, quem exegisti habet contra me actionem negotiorum gestorum, vel mandati, per quam à me repetere potest quæ tibi pro me solvit*: denique quod exactum est à defensore, aut veluti defensore, non potest etiam iterum exigi ab eo, qui defensus est, quia uterque habetur pro uno eodemque. Notandum autem est his casibus, quum quis quasi defensor occisoris, vel heredis litem subit, non profiteri quidem eum palam in judicio se defensionem ejus suscipere. Nec est necesse (ut recte Bartol. notat hoc loco) ut qui agit alieno nomine, dicat se agere alieno nomine: nam potest aliud agere, aliud simulare: agere causam revera alieno nomine, simulare suo nomine. Alioqui, si appareret

cum

eum defensoris animo intervenire, non amitteretur sine satisdatione judicatum solvi, *l.39.§.1. de nox.act.* juxta regulam juris, *Nemo est alterius defensor idoneus sine satisdatione judicatum solvi*. Sed ut hujus satisdationis onere se levaret, ut ait *l.58. hujus tit.* ponendum est eum respondisse, se verum, aut solum heredem esse, se eum ipsum esse, qui homicidium fecit, & judicium accipere suo nomine, quamvis non eo animo fuerit, ut suo nomine acciperet: quo genere, puta judicio accepto pro alio, & secuta condemnatione, novatio fit necessaria, & saltem beneficio exceptionis doli, vel in factum, vel taciti pacti, verus heres, vel homicida liberatur, etiamsi defensor nondum judicatum fecerit, *l. solutione, de solut. l. si pro patre, §.1. de in rem vers. l. si fundus, §.1. si plures, de pignorib. d. l.2. C. de pact. l.3. C. de execut. rei jud.* Idemque probat *d. l.58. hoc tit.* nimirum condemnato defensore verum debitorem liberari, etiamsi defensor nondum solverit judicatum. Sed si defensor solvendo non sit, rescisso priore judicio, per quod liberatio contigit vero debitori, vel beneficio exceptionis restitui actionem petita restitutione in integrum in verum debitorem, quod res à defensore condemnato servari non possit propter ejus inopiam. Hæc est prior quæstio.

AD *§. in jure.* Quæstio, quæ proponitur in *§. in jure interrogatus*, hæc est, an cogatur respondere qui in jure interrogatur à Prætore, vel ab adversario, an rem, qua de agitur possideat, vel quota ex parte eam possideat: movet dubitationem, quod quæstio proponi videtur de actionibus in rem, quæ adversus possessorem dantur, actore dominium suum esse petente, in quibus tamen actionibus constat, has interrogationes non fieri, sed in actionibus in personam tantum, nec omnibus tamen, sed iis tantum in personam actionibus, quibus certum petitur: fiunt hæ interrogationes in personalibus actionibus, & fiunt antequam petitionem suam actor instituat, & litem contestetur, ut instructior veniat ad agendum prius prærogato reo, *l. 1. hoc tit.* In rem actionem possessio adversario parit, *l. un. C. de al. jud. mut. caus. fac.* In rem actio est ex præsenti possessione adversarii, *l. non alias, §.1. de judic.* hoc est, in rem actio datur domino in possessorem. Quamobrem *l. 9. de rei vindic. & lex si fundus, §. in vindicatione, de pignor.* ajunt, officium judicis in actione in rem in hoc versari, ut inspiciat, an reus possideat, quia in non possidentem hæc actio non datur, ut, inquam, inspiciat pro sua prudentia, non etiam, ut reum interroget, & respondere hac de re compellat, quod male Accursius tentat in *d. l. 9.* ex hoc §. qui nihil pertinet ad actionem in rem, ut postea dicetur. Eadem vero ratione *l. qui petitorio, de rei vindicat.* ait, eum, qui utitur actione in rem, id est, qui uti vult (ut Basilica loquuntur) ὁ ἐθέλων ἐκδικεῖσθαι actione in rem, ne frustra experiatur, debere requirere, an is, cum quo instituit agere, & decrevit, possessor sit, vel dolo desierit possidere, qui etiam pro possessore habetur, quia hac actione frustra agitur in non possessorem, *l. ult. eod. tit. l. 1. & l. 3. C. ubi in rem act. exerc. deb.* debere, inquam, eum, qui acturus est requirere, id est, odorari, explorare, perscrutari: Basilica περιεργάζεσθαι, per se scilicet, an is cum quo acturus est, rem possideat: nec enim compellere eum potest ad respondendum an possideat: sicut nec unde, vel quo titulo possideat, *l. 25. de jur. fisc. l. pen. C. de petit. hered.* per quam abrogatur *lex 1. C. Theodos. de fid. instrument.* nec item, ut respondeat, quota ex parte ejus res sit, id est, quota ex parte rem possideat, ut interpretanda censeo esse verba illa *l. in speciali, de rei vindic.* sicut in hoc §. quota ex parte ejus sit prædium, id est, quota ex parte prædium possideat. Hæc de actionibus in rem. In actionibus autem in personam, quæ in possessorem dantur, hæ interrogationes sunt necessariæ, ut in actione damni infecti, quæ datur in possessorem vicinarum ædium, quæ vitium faciunt, aut *convitium*, ut est in veteri inscriptione, quoties omnes partes ædium vitiosæ sunt, & ruinosæ. Per quam actionem desideramus, ut vicinus nobis caveat damni infecti, puta quod earum ædium vitio, aut ruina damni contigerit ejus rei nomine, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari. Postulatio cautionis, quæ personalis est, est actio damni infecti, & sic vocatur in *l.3. §. si vicinus, & l. supra, §. officium, de aqu. & aqu. pluv. arc.* & à Græcis ἡ ἐλπίδι συμπτώματος ἀγωγή, *actio concepta in spem casus, & cladis, aut ruinæ:* in spem Labinæ, ut & quidam non male loquuntur. Vicino autem cessante in præstanda cautione hujusmodi, quæ petita est, vice cautionis mittimur in possessionem earum ædium, atque etiam si justa causa videatur, eas possidere jubemur, *l. prætor ait, de damn. inf.* Hæc est pœna non caventis, ut ait hoc loco, pœna non repromittentis suo nomine damni infecti. Cautio autem damni infecti, aut vice cautionis missio in possessionem ad eam tantum partem prædii, sive ædium accommodatur, quam quisque possidet, si plures sint domini ædium vitiosarum: nec enim singuli tenentur in solidum, *l. prætoris, §.1. l. plures, de dam. inf. l.6. §. si damni, sup. comm. divid. l. si communes, de negot. gest. l. 11, cui, §. si ex duobus, ut in possess. legat. eatur.* Quibus nihil obstat *lex in stipulatione, de dam. inf.* quia (ut & Accursius animadvertit) non de pluribus dominis ea lex loquitur, sed de uno tantum domino, qui si ædium vitiosarum nomine non caveat in solidum, ita punitur, ut actor eat in possessionem ædium. At si plures sint domini, satis est pro sua quemque parte cavere, & aliis caventibus, aliis non caventibus, in eorum tantum partes fit missio in possessionem, qui cavere detrectant. Et ideo actoris interest scire, is, quo cum agit cavere damni infecti oportere, an possideat, & quota ex parte possideat, ut ad eam tantum partem accommodetur cautio, & primum decretum, id est, missio in possessionem. Ac propterea, si ea de re in jure interrogetur per prætorem, respondere cogitur, ut in *l. 10. hoc tit.* ut si forte neget falso se possidere, ne caveat damni infecti, aut compellatur cedere possessionem mendacii convictus, aut si desistendum putaverit, quasi dolo versatus, omnimodo compellatur actori ædes tradere. Et hæc est prior species hujus §. & similiter, quæ est alia species, cum debitor abest, vel latitat, nec defenditur, quia creditores mittuntur in possessionem bonorum ejus absentis, vel latitantis, & indefensi, *l. item ait, §. pen. ex quib. caus. major. l. 2. l.7. §.1. quib. ex caus. in possess. eat.* Qua in causa notandum est, pro absente, vel latitante, atque indefenso haberi nonnunquam eum, qui præsens est, quique rem pro parte defendit: pro absente, inquam, haberi, vel latitante, & indefenso in alia parte, quam non defendit, quia plena defensio tam ab eo exigitur, quam à defensore ejus, & si à defensore ejus, & ab eo igitur, *d. l. item ait, in fine, l.9. §. Celsus, hoc tit.* Et eleganter l.52. quæ ex his explicanda est, *de regul. juris*, ait, non defendere non tantum eum, qui latitat, sed etiam eum, qui præsens rem non defendit. Hoc cognito, finge debitorem, cum quo creditores experiuntur, fundum possidere: postulantibus creditoribus interrogatus apud prætorem, quota ex parte fundum possideat, cogetur respondere, ut scilicet si mentiatur, se eum possidere, verbi gratia, ex quadrante tantum, quem possidet ex semisse, & se pro quadrante tantum defensioni offerat, in alium quadrantem, quem non defendit, creditores mittantur in possessionem. Et hoc est, quod proponitur in priore parte hujus §. quod male Accursius accipit de actione in rem, ex *l. 7. §. Celsus, quibus ex caus. in possess. eat.* Quia interrogationes hujusmodi non sunt necessariæ in actionibus in rem, sed in iis tantum, quæ sunt in personam, & ita si certum petatur, *l.1. hoc tit.* In actione in rem etiam quandoque venit pars incerta, *l. 3. in fi. l. quæ de tota, §.1. de rei vindicat.* Ac præterea certissima est ratio differentiæ inter actiones in personam, quibus certum petitur, & cæteras actiones in personam, vel in rem. Ratio differentiæ hæc est, quia in personalibus actionibus parum, aut nihil interest actoris, prius interrogari eum, cum quo judicium suscipit, an sit heres, an sit dominus, an sit possessor: quia si non sit heres, non tenetur hereditariis actionibus, si non sit dominus, non tenetur noxalibus actionibus. Et in superioribus casibus, si non sit possessor, missioni in possessionem locus non est, & qui agit nihil agit, *l. 1. in fi. quando di. usufruct. leg. ced.* Nec ullum igitur subest periculum plus petitionis, quia nihil agit, nihil

petit: male agit, qui plus petit, non nihil agit. At maxime interest actoris, ut ait *l.9. §. summatim, hoc tit.* interrogari reum, quota ex parte heres sit, ne actor plus petendo causa cadat, vel hodie damni aliquid sentiat, ne incurrat in periculum plus petitionis, quia heredes non tenentur, nisi pro partibus hereditariis: Nam ex duodecim tabulis, nomina inter coheredes ipso jure divisa sunt pro hereditariis portionibus: & ideo non veniunt in judicium familiæ erciscundæ, *l. 2. §. ult. famil. ercisc.* In hoc judicium veniunt indivisa, non divisa. Ergo non veniunt nomina, quæ ipso jure divisa sunt pro portionibus hereditariis. Et creditor hereditarius, qui ab uno ex heredibus petit plus parte hereditaria, plus petit, & ideo priusquam petat, cogere potest heredem, ut in jure palam edicat, quota ex parte sit heres. Et similiter in superioribus casibus recte interrogatur reus, quota ex parte prædium possideat, eadem ratione, ne actor plus petendo causa cadat, veluti petendo se mitti in possessionem totarum ædium, quæ possidentur tantum pro parte. Et hæc est ratio proposita in *l. 1. hoc tit.* propter quam eæ interrogationes non sunt necessariæ, nisi in actionibus in personam, quibus certum petitur propter periculum plus petitionis: hujus autem periculi nullus metus subest in judiciis bonæ fidei, quia incerti actiones sunt, quia certum non petunt, sed id tantum, quod ex bona fide dari fieri oportet. Et hoc est, quod ait Marcus Tullius in oratione pro Roscio Comœdo, arbitrium, id est, actionem bonæ fidei esse incertæ pecuniæ judicium, id est, actionem strictam esse certæ pecuniæ: & ideo eum, qui amplius sestertio nummo petat, quam ei debitum sit, actione stricta, actione certi in personam, causam perdere. Actionibus autem bonæ fidei comparantur actiones arbitrariæ, quales sunt omnes actiones in rem, *l. qui restituere, de rei vindic.* quia tantum in iis potest arbitrii clausula, quantum bonæ fidei in illis, *l. in bonæ fidei, de eo, quod cert. loc.* Itaque in actionibus, quibus incertum petitur, eæ interrogationes supervacuæ sunt, quarum instituendarum causa fuit periculum plus petitionis, cujus metus abest ab his judiciis. Hæc est sententia hujua §. & ratio, ex qua breviter observandum est, priorem partem hujus §. esse de actione creditoris, qui quod debitor rem non defendat, postulat se mitti in possessionem bonorum ejus. Posteriorem autem partem, esse de actione damni infecti, qua intenditur damni infecti caveri, aut vice cautionis in possessionem ipsi oportere, quæ posterior pars incipit ab his verbis. Idem, etsi damni infecti caveamus, id est, si nobis caveamus damni infecti à vicino. Sic ea verba interpretanda sunt, obliterata Accursii glossa.

Ad L. XLII. de Act. emp. & vend. *Si duorum fundorum venditor separatim de modo cujusque pronuntiaverit: & ita utrumque uno pretio tradiderit, & alteri aliquid desit: quamvis in altero exsuperet: forte si dixit, unum centum jugera, alterum ducenta habere: non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint, Et de his ita apud Labeonem relatum est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit, potest dubitari. Utique si exiguus modus sylvæ desit, & plus in vineis habeat, quam repromissum est, an non facit dolo, qui jure perpetuo utitur? Nec enim hic quod amplius in modo invenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet. Et tunc tenetur venditor cum minor modus invenitur. Videamus tamen ne nulla querela sit emptoris in eo fundo, si plus inveniat in vinea, quam in prato, cum universus modus constat. Similis quæstio esse potest ei, quæ in duobus fundis agitata est, & si quis duos statuliberos uno pretio vendat, & dicat unum decem dare jussum, qui quindecim dare debebat. Nam & hic tenebitur ex empto actione, quamvis emptor à duobus viginti accepturus sit. Sed rectius est, in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari: & si quid deest emptori sive pro modo, sive pro qualitate loci, hoc ei resarcire.*

QUæstio hæc est. Quidam duos fundos vendidit, & tradidit simul uno pretio, una cautione, uno instrumento emptionis, fundum Sejanum; & fundum Mævianum. Separatim autem modum cujusque dixit, & repromisit. Puta fundum Sejanum habere centum jugera, fundum Mævianum ducenta jugera. Post fundi Sejani modus invenitur minor decem jugeribus, fundi autem Mæviani modus invenitur major 10. jugeribus. Venditor in dicendo modo, quem dixit, non est versatus dolo malo. In pronuntiando modo fundi Sejani mendacium dixit, non mentitus est, quia non habuit animum decipiendi emptoris: alioquin in eum competeret vetus actio ex empto in duplum auctore Paulo *lib. 1. Sentent. tit. 18. & lib. 2. tit. 16.* quæ in fine hujus legis admittitur compensatio lucri cum damno, non admitteretur. In dicendo autem modo fundi Mæviani neque mendacium dixit, neque mentitus est, quia manifestum est in ducentis decem, & ducenta inesse. Quod vero reipsa deceptus emptor sit in modo fundi Sejani, licet nullus dolus venditoris probari possit, quod, inquam, in re ipsa emptor deceptus sit in modo fundi Sejani, cui desunt 10. jugera. quæritur, an ei competat adversus venditorem actio ex empto, quod non præstiterit modum fundi Sejani, quem dixit: Et placet competere actionem ex empto, quod ejus fundi modum non præstiterit, quem dixerat, vel ut in 12. tab. quod non præstiterit, quæ lingua nuncupaverat. Et ita in *l. 2. in princ. hoc tit.* si modus agri, qui dictus est, non præstetur, esse actionem ex empto in venditorem, & erit ergo etiam in specie proposita ipso jure, nec quicquam proderit venditori, quod quantum deest fundo Sejano, tantum exsuperet in fundo Mæviano. Verum non habita ratione ejus, quod exsuperat in fundo Mæviano, propter id, quod deest Sejano, & ex Labeonis sententia ipso jure in venditorem est actio ex empto. Et hoc admittamus libenter, ipso jure esse actionem ex empto. Verum hoc admisso, rursus quæritur, an si hac actione venditor conveniatur, tueri se possit exceptione doli mali, maxime in hac specie, si ex duobus illis fundis, qui uno pretio venierunt, unus sit sylva, vel saltus, alter vinea, & in vinea, qui fundus est fructuosior, longe plus sit, quam dictum sit, in sylva exiguus modus desit. In hac specie æquum esse videtur, repelli emptorem, qui venditorem compellat ex empto: quia in hac specie nihil emptoris interest, quum quod deest sylvæ, id habeat in agro meliore: & dolo facere videtur, qui agit, quum ejus nihil interest. Actiones enim comparatæ, & compositæ sunt (ut ait Marcus Tullius) ex damno, & injuria cujusque, id est, ut per eas consequamur id quod nostra interest. An ergo dicemus maxime in hac specie nunc proposita, tueri se posse venditorem exceptione doli mali? An contra dicemus, hanc exceptionem cessare, quod oihil faciat dolo emptor, qui agit ex empto ob minorem modum sylvæ, quia sane nihil videtur dolo facere (inquit) qui jure perpetuo utitur? Jus perpetuum vocat jus summum, jus directum, ut in *l. 2. C. Theod. de jure fisci: jure directo, atque perpetuo.* Jus quod omnia recta, & inflexibilia exigit, æquitatis regula flexibilis est, ut structuræ Lesbiæ regula plumbea, secundum Aristot. Dolo igitur non facit, qui utitur jure recto, & quo semper, aut plerunque cives utuntur. Quod item & publicum dici potest. Dolo igitur non facit, qui jure publico utitur, qui concessa actione utitur: Nam ut in regulis habemus, *l. nihil consensui, §. 1. non capi eum, qui jus publicum sequitur:* ita vice flexa statuere licet, nihil capere eum, qui jus publicum sequitur. Denique nec capi, nec capere eum, qui jure publico utitur. Jus autem publicum jus perpetuum hoc est, ut venditor, qui majorem modum dixit, ex empto teneatur, ut modum, quem dixit, præstet, nec defendat se exceptione doli. In hac specie venditor majorem sylvæ modum dixit: ergo tenetur ex empto efficaciter. Præterea jus perpetuum hoc est, ut si venditor minorem modum dixerit, & inveniatur major, quod amplius est, ad compendium emptoris pertineat potius, quam venditoris, Ergo & in hac specie, quod plus est in vinea, id debet cedere compendio emptoris, salva manente ei petitione per actionem ex empto ejus, quod deest sylvæ. Et hæc quidem, quæ hactenus diximus, faciunt pro emptore. In contrarium Paulus tractat eodem artificio, eademque methodo, qua usus

est

est in *l. mater*, *de inoffic. testam.* & teotat, ὡς ἐν ἐπιχειρήματι τὸ ἐναντίον, τῷ ἐναντίῳ λογισμῷ παρεχόμενον, tentat, inquam, nullam esse querelam in specie proposita, nullam justam actionem, aut postulationem emptoris. Hac ratione, quia si unus fundus venierit centum jugerum, qui constabat ex vinea & prato, & dixerit venditor in vinea esse 50. jugera, in prato totidem, & in vinea inveniantur 60. in prato 40. atque ita confuse constet universus modus centum jugerum, plane cessat actio ex empto, quia non habet, quod queratur emptor, cum quod deest in prato, exsuperet in vinea, cujus reditus longe amplior est, quam prati, & utilior hominibus, & uberior, vel Columella teste, conferente vineam cum prato, *lib. 3. cap. 3.* At contra, si in vinea sint 40. in prato 60. tunc sane fatemur, locum esse actioni ex empto, quia captio intervenit emptoris, *l. si in qualitate*, *l. si fundo vendito*, *hoc tit.* quam in ea parte fundi, quæ melior est, vinea, puta, minus invenitur. At (& hæc est assumptio, quæ addenda est superiori propositioni, propositio erat de uno fundo vendito, qui dicebatur esse centum jugerum: sequitur nunc assumptio) at de uno fundo vendito, in specie in hac lege proposita, de duobus fundis venditis, unus fundus venisse videtur, quia venierunt uno pretio: ergo cessat actio ex empto, si major sit modus in vinea, minor in prato: at negandum est, duobus fundis venditis uno pretio, unum fundum venisse videri, quia esset venierint uno pretio, duæ sunt emptiones & venditiones: tot emptiones, quot res, *l. cum plures*, *de evict.* *l. & uno pretio*, *hoc tit.* Et vero nunc vice versa Paulus rursus tentat sumpto argumento a duobus statuliberis ab herede venditis ex empto actioni locum esse. Finge: dominus in testamento suo Sticho & Pamphilo directam libertatem dedit, Sticho sub conditione, si heredi quindecim dederit, vel quod idem est simpliciter, sub conditione, si 15. dederit, *l. ita liber*, *de statulib.* Pamphilo autem sub conditione, si quinque dederit, & heres re integra utrumque vendiderit uno pretio, constat statuliberos posse vendi, & conditionem statulibertatis impleri in persona emptoris, *l. statuliberos*, *l. statuliberi a cæteris*, *§. ult. de statulib.* In vendendo autem heres conditionem statulibertatis pronuntiavit, & dixit, Stichum decem dare jussum, qui jussus erat dare quindecim, & Pamphilum dare totidem, qui jussus erat dare quinque tantum. Confuse congruit universus numerus: quia ambo 20. dare debent: sigillatim non congruit numerus, qui dictus est, quia Stichus plus dare jussus est. Et ideo venditor ex hac causa renetur ex empto, sicut si solidum Stichum vendidisset, & dixisset decem tantum eum dare jussum, *l. 10. de statulib. l. qui alienam*, *§. 1. de evict.* Ergo duobus fundis venditis uno pretio, si vel uni fundo desit modus, qui debitus est, quamvis exuperet in altero, actio ex empto locum habet. Paulus postquam satis agitavit hanc quæstionem ultro citroque, tandem concludit in superioribus casibus, videlicet, de duobus fundis, vel de duobus statuliberis venditis uno pretio, ex hac causa emptore agente ex empto compensari debere lucrum cum damno, officio judicis scilicet, quia judicium bonæ fidei est, etiam non opposita exceptione doli, *l. plane 38. de petit. hered.* puta, quod exsuperat in vinea, compensari debere cum eo, quod prato, vel sylvæ deest, & si quid desit emptori in modo, vel in qualitate agri, id ei suppleri & resarciri oportere. Hoc declaremus appositis exemplis. Si venditor in vinea dixerit esse ducenta jugera, in prato centum, & inveniantur in vinea ducenta decem, in prato nonaginta: emptor nihil consequetur actione ex empto, quia ei nihil deest, imo plus habet, quia decem jugera, quæ exsuperant in vinea, pluris sunt quam decem, quæ prato desunt, vel sylvæ. Contra vero si in vinea inveniantur centum nonaginta, in prato 110. minus habet emptor pro qualitate agri, quia 10. quæ abundant in prato, non tanti sunt, quanti decem, quæ desunt arbusto aut vineæ. Quod si in vinea desint decem, in prato nihil: vel contra in prato 10. in vinea nihil: vel si in utroque agro desit aliquid, decem emptori suppleri debent pro qualitate & bonitate agri, juxta *l. 4. §. ult. hoc tit.* At si fundus venierit non expressa qualitate, si non dixerit, se vendere vineam, aut sylvam, aut olivetum, ut pratum, denique si fundus venierit non expressa qualitate agri, & majorem modum venditor dixerit, pro modo, & quantitate, sive numero jugerum, quæ desunt, æstimatio facienda est, & damnum emptori sarciendum, ut *d. l. 4.* damnum, inquam, sarciendum est, quod pro modo emptor facit, vel pro qualitate, ad concurrentem quantitatem lucri. Nam compensari prius oportet lucrum cum damno, & si damnum præponderet, id præstari, quod præponderat, aut prægravat emptorem. Quæ est sententia hujus legis. Addendum tantum, similem compensationem damni cum lucro admitti in specie legis *si negotia*, *de negot. gest.* sed non admitti in specie legis 23. 25. & 26. *pro soc.* Cur tam varie? Hoc quæro, cur in specie hujus legis, cur in specie *l. si negotia*, hæc compensatio admittitur, & non in specie illarum legum, *pro socio*. Negotiorum gestorum lucrum, quod domino paravit compensat cum damno, quod culpa vel negligentia ejus præbuit, vel etiam quod casus per culpam ejus præbuit, ut *d. l. si negotia*. Cujus auctor est (quod maxime ad rem facit) Pomponius: ergo compensationem admisit lucri cum damno quod culpa gestoris præbuit. Cur etiam in *l. 23. & seqq. pro soc.* socius non compensat lucrum, quod industria ejus societati attulit, cum damno quod culpa ejus præbuit? Nam in supradictis legibus aperte dicitur, culpam esse præstandam, etiamsi in aliis rebus aucta fuerit societas per socii industriam. An est statuenda differentia inter negotia gesta, & societatem? Minime, si sequamur Pomponium, non est statuenda differentia inter negotia gesta & societatem. Nam ex sententia Pomponij socius eadem compensatione utitur, ut Ulpianus refert in *d. l. 23.* sane notans legem *si negotia*, quanquam de negotiis gestis loquatur, non de societate, sed ubique par incurrit ratio. Et sane hac in re dissensit Pomponius ab aliis: sed aliorum sententia obtinuit, socium, vel gestorem negotiorum non compensare lucrum cum vitio suo, cum culpa sua. Quæ sententia comprobata est etiam decreto Marci, & ei locus dari debet, non in societate tantum, sed etiam in negotiis gestis, ita ut nullo casu quisquam lucrum compenset cum suo vitio. Et in specie hujus legis non compensatur etiam lucrum cum vitio vel culpa cujusquam, sive (quod idem est) cum damno, quod culpa attulerit, sed cum damno simpliciter, id est, cum eo, quod modo, aut qualitati agri cujusquam deest. Postremo nihil etiam adversus hanc legem fecit *lex si duos*, *de evictton.* ubi si duo servi simul venierint quinis, quorum unus erat dignus quinque, alter decem, evicto eo, qui erat dignus quinque, non ideo cessat actio de evictione, quod alter sit dignus decem, id est, non compensatur, quod plus in hoc est, cum eo, quod minus est in illo. Cur ita? Quia hi duo servi non confuse uno pretio venierant, sed quinis. Si quinis: ergo non uno pretio. In specie autem hujus legis duo fundi, vel duo statuliberi confuse venierunt uno pretio. Itaque facile fit compensatio augmenti, quod est in uno, cum decessione, quæ est in altero.

Ad L. X. de Usuris. *Partum post litem contestatam editum restituere possessor debet, quem non deberet restituere, si cum mater peteretur, jam natus fuisset: nisi specialiter & pro hoc egisset.*

HÆc lex proprie pertinet ad actiones in rem, quæ vindicationes appellantur. Idque verbum *petendi* demonstrat, quo proprie vindicatio significatur: petere idem est, quod suum est, vindicare, & petitio idem est ac vindicatio. Idemque indicat verbum possessoris. Nam actio in rem in possessorem dirigitur. Loquitur autem lex generaliter de possessore, nec separat bonæ fidei possessorem a malæ fidei possessore. Et in utroque certissima ejus definitio est, partum post litem contestatam editum, possessorem restituere debere, quia post litem contestatam omnes possessores pares sunt: omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, *l. sed etsi*, *§. si ante*, *de petit. hered.* Porrigitur autem hæc definitio etiam ad actiones in personam, *l. 2. l. 3. §. in his*, *hoc tit.* Ergo sive in rem, sive in personam actum sit de ancilla, quam auctor suam esse petit, vel quam in-

intendit sibi dari oportere, re judicata secundum actorem, etiam partum editum post litem contestatam restituere oportet actori: eidemque victori, sicut & fœtum perceptum post litem contestaram, & omnem causam, omnemque accessionem rei in judicium deductæ venire. Et fit ea restitutio officio judicis, *l. 35. §. 1. de rei vindic.* quamvis petitus non sit partus, vel fœtus, qui ederetur, quive perciperetur, vel causa, quæ post exisleret, & emergeret post judicium, acceptum scilicet, post judicium inchoatum, post litem contestatam. Hæc tria idem tempus notant. In actionibus autem in rem ita jus est ex l. 12. tabul. ex qua etiam dupli fructus post litem contestatam in restitutionem veniunt. Verba legis 12. tabularum hæc sunt apud Festum: *si vindiciam falsam tulit*, id est, si is, à quo res vindicabatur, eam falso, & contra veritatem vindicavit. Nam actio in rem est mutua vindicatio ex utraque parte, ut Institut. ostendunt initio *tit. de action.* Ergo, inquit lex, *si vindiciam falsam tulit, ejus rei, sive litis arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito*. Quam legem proculdubio intelligit *lex Julianus, §. quantum, ad exhib.* ubi ait, fructus æstimari secundum legem. Legem enim quum dicimus, 12. tabularum intelligimus, maxime cum tractatur de ea actione, quæ ex 12. tabul. descendit, ut actio ad exhibendum, & in rem actio, propter quam actio ad exhibendum est inducta. Et ideo Paul. 5. Sentent. ait, ex die accepti judicii, id est, ex die litis contestatæ, duplos fructus præstari victori. Et Divus Ambrosius epistol. 24. *Cum Adverterem*, inquit, *graviori conditione illum, si vicisset acturum de duplis fructibus*. Et in *l. 1. C. Theod. de usur. rei judic.* ex prisci juris formulis, id est, ex 12. introductum esse, ut malæ fidei possessores in fructus duplos convenirentur. Et in *l. 1. de fruct. & lit. exp. C. Theod. litigator victus* (inquit) *quem invasorem rei alienæ, prædonemve constabit, sed & qui post conventionem rei incubarit alienæ, non sola rei redhibitione teneatur, nec tantum simplorum fructuum præstationem solam, sed & duplos fructus exsolvat*. Et ii sunt, qui majores fructus appellantur in Digest. id est, dupli, in *l. rescriptum, §. 1. de distract. pign. & l. 6. §. ult. mand.* Hodie restituuntur simpli fructus, vel æstimantur in simplum tantum, non in duplum, & partus similiter, cæteræque accessiones, & causæ rei in judicium deductæ. Nam etsi lex 12. tab. loquatur tantum de fructibus, tamen porrecta est etiam ad partum, & omnem causam, *l. Julianus, §. Idem Julianus, l. præterea, de rei vindicat.* Et hæc de actionibus in rem. In actionibus in personam idem introductum ac receptum est, ut scilicet partus editus post litem contestatam, & fructus & omnis causa restituantur officio judicis, non quidem ex 12. tabul. quæ est tantum de vindiciis, seu de vindicatione, sed ex usu recepto, *l. 2. hoc tit. l. cum fundus, in princip. de reb. cred.* ex opinione vulgo recepta, *d. l. 2.* ex opinione Sabinianorum scilicet, *l. 8. de re judic. l. videamus 2. §. si actionem, hoc t.* Sabiniani ex æquitate, ut ait *§. si actionem*, censent etiam in actionibus in personam, post litem contestatam, omnem causam esse restituendam actori, secundum quem lis datur. Ratio illa æquitatis est communis omnibus actionibus tam in rem, quam in personam, ut quale quidque est tempore litis contestatæ, tale restituatur, *d. l. 2.* ne reus lucrum faciat ex re, quæ in lite esse cœpit, *l. Julianus, §. ult. de rei vindic.* ne reus habeat quod non esset habiturus, si statim bonam fidem agnovisset, & cessisset actori, *l. 35. §. 1. eod. tit.* Et hæc de partu edito, vel alia causa existente post litem contestatam. Videamus, quid sit dicendum, si partus sit editus ante litem contestatam, id est, antequam mater peteretur. Et constat, partum editum ante litem contestatam non venire in restitutionem, nec in æstimationem, nec in actione in rem, nec in actione in personam, *l. inter stipulantem, §. ult. de verb. oblig.* Sicut nec fructus veniunt, qui sunt percepti ante litem contestatam, & non veniunt primum potestate actionis, quia actio rem tantum petit, puta fundum, vel ancillam, & rei appellatione non continetur fructus, quia alia res esse cœpit statim atque re separatus est. Et eodem modo ancillæ appellatione non continetur partus jam editus, quia alius jam homo est, *l. 7. §. de fruct. de except. rei judic.* Et rursus fructus percepti ante litem contestatam, vel partus nati ante litem contestatam, etiam non veniunt officio judicis, quia in judicio ejus rei non vertitur quæstio, *l. si fundus, §. interdum, de pignor. l. ædiles, §. item sciendum, de ædil. edic. l. si tertius, §. officium, de aq. & aq. pluv. arc.* Denique in actione in rem, vel in personam, veniunt quidem fructus pendentes, qui & stantes appellantur, quia pars rei sunt, sed non etiam percepti, & exstantes, nec partus editi ante litem contestatam, nisi, ut subjicit Paulus, & ipsi suo nomine nominatim in litem, in quæstionem vocentur atque petantur, *l. 2. C. de petit. hered.* hoc tamen ita verum est, nisi sit actio bonæ fidei: nam, ut Scævola dicebat, bonæ fidei nomen manat latissime, & sane complectitur etiam fructus perceptos, vel partus editos ante litem contestatam omnimodo, *d. l. videamus, §. pen.* & partus sane in actione ex empto editos post numerationem pretii: quam in rem est singularis *lex Thais, §. Lucia, de fideicomm. libert.* Et hoc vero distant fructus, vel partus ab usuris: nam in bonæ fidei judiciis officio judicis usuræ non veniunt, nisi post moram, *l. mora, §. in bonæ fidei, hoc tit.* partus & fructus veniunt etiam ante moram, qui exstiterunt ante litem contestatam. Addenda est etiam alia exceptio, secundum hanc exceptionem priorem (quam nos posuimus initio) habet tantum locum in actionibus strictis, ut non veniant fructus percepti ante litem contestatam, vel partus editi ante litem contestatam, nam aliud servatur in bonæ fid. judiciis, sed strictis judiciis addenda est alia exceptio, nisi in formula actionis strictæ prætor utatur restituendi verbo, quia hoc verbum plenam significationem habet, ut in actione Faviana, & Pauliana, & interdicto unde vi, *d. l. videamus, §. in Faviana.* In cæteris actionibus strictis, vel arbitrariis non veniunt partus editi ante litem contestatam, vel fructus percepti ante litem contestatam, nec in *præjudiciis* quidem, id est, cognitionibus de statu. Nam matre petita in servitutem, vel in libertatem, non videtur petitus jam ante editus partus, nisi nominatim petitus sit, *l. ult. C. de lib. caus.* Nec item in actionibus legatorum, vel fideicommissorum, quamvis in plerisque causis sint adsimiles actionibus bonæ fidei: nam & in actionibus legatorum, vel fideicommissorum ita demum veniunt fructus, vel partus, si post litem contestatam, vel post moram percipiantur, vel edantur, nisi & pro iis, qui ante editi, & percepti sunt, specialiter actum sit, *l. 3. §. 1. l. 8. l. 14. in princip. hoc tit. l. ult. C. de usur. & fruct. legat. & l. 14. hoc tit. ait Paulus libro 14. responsorum. Respondit Paulus: Moram, &c.* legendum est, *post moram*, ut in Basilicis, *μετὰ ὑπερθέσιν*. Cæterum ante moram, vel litem contestatam percepti fructus, vel editi partus, ad compendium pertinent heredis, non legatarii, aut fideicommissarii, *l. si quis bonorum, l. cum servus, §. 1. l. quæsitum, §. ult. de leg. 1. l. 26. de leg. 3. l. generaliter, §. proinde, de fideic. libert. l. 1. & ult. C. de usur. & fruct. leg.* Et hæc sufficiunt de sententia hujus legis.

Unum tantum restat, quod opponitur sententiæ hujus legis ex *l. non potest, de judic.* quæ non videri in judicium venisse ait, quod post litem contestatam accidit: ideoque nova actione, nova interpellatione opus esse. Hoc omnino videtur pugnare cum hac lege, quæ in judicium in rem venire ait partum editum post litem contestatam, in quam & Græci generaliter ita constituunt, *ἡ προκατάρξις πάντα συμπερῶς περιέχειν δοκεῖ, ἵνα καὶ τὰ μετὰ τὴν συμβαίνῃ καὶ οὐδὲν ἐστιν ἰδιάζουσα ἀγωγὴ ἐπ' αὐτοῖς, litis contestatio omnia tacite complecti videtur, quæ post eam accidunt, nec opus est propria actione.* Verum, ut respondeamus breviter: *d. l. non potest*, ut hic recte Odofredus notat, est accipienda de eo, quod post litem contestatam extrinsecus accidit, non ex reipsa, quæ in lite esse cœpit, ex qua dicuntur esse fructus, & partus, *d. l. 7. §. de fructibus*. Soleo ad *d. leg. non potest* exemplum apponere ex *l. Antæus, in fine, de aq. & aq. pluv. arc.* Si actum sit damni infecti, vel aquæ pluviæ arcendæ de eo opere, quod factum est, quodque nocere potest vicino, & post litem contestatam ea de re aliud opus fiat, de hoc novo opere novo judicio agendum est. Quod etiam ostendit *lex si mater, §. pen. de except. rei jud.* Nec est absimile, quod ait lex

de

de iis rebus, *sup. de recept. qui arbit. recep.* de his rebus arbitrum sumptum ex compromisso, judicare debere, deque iis controversiis, quæ ab initio inter eos fuerunt, qui compromiserunt, non de aliis controversiis, quæ postea supervenerunt.

Ad L. CXXV. de Verb. oblig. *Cum stipulamur*, quicquid te dare facere oportet; *nihil aliud in stipulationem deducitur, quam quod præsenti die debetur: Hoc enim solum hæc stipulatio demonstrat.*

PRius hanc legem tractabimus, etsi ordine posterior sit *l.14. ex quibus caus. in possess. eat.* tum quia est facilior, tum quia quodammodo cohæret cum iis, quæ ante diximus in *l.partum, de usur.* Quod nobis debetur, in usu est frequentissimum, ut id deducamus in stipulationem confirmandæ obligationis gratia, vel etiam per acceptilationem postea tollendæ obligationis gratia, eo quod nobis debetur re, aut literis, aut consensu prius deducto in stipulationem Aquilianam. Et ita fere concipimus stipulationem, *quidquid te mihi ex illa causa dare facere oportet*, id *spondesne? spondeo*. Paulus ait his verbis significari, quod debetur præsenti die: verbum, *oportet*, demonstrare præsens tempus duntaxat, nec complecti futurum. Qua de causa in stipulatione Aquiliana additur, *oportebitve*: hoc modo, *quidquid te mihi dare facere oportet, oportebitque*. Nam si dixeris tantum *Oportet*, præsens tantum obligatio in stipulationem deducitur, ut *l. 76. §. 1. hoc tit. & l. si à colono, sup.hoc tit.* quæ est conjungenda cum *l.16. de liber. leg.* Et hac in re observandum est longe aliam esse rationem judiciorum, sive actionum, & formularum, quæ in judiciis frequentantur, aliam stipulationum: Nam si ita agam in judicio, *quicquid te mihi dare facere oportet*, hac formula etiam id *quod oportebit* continetur. Hac formula, ut sup. ad leg. proximam docuimus, continentur etiam fructus, vel partus editi post litem contestatam, & tacite petiti intelliguntur: continetur omne incrementum, omnis causa, quæ rei in judicium deductæ accesserit post litem contestatam. Et ad actiones sane respicit etiam *lex 8. de verb. signif.* ubi tamen vulgo legitur verbum *oportebit*. Sed recte sensit Cælius Calcagninus esse legendum verbum *oportet, tam præsens*, inquit, quod est certissimum, *quam futurum tempus significat*, in actionum formulis scilicet. Verbum autem *oportebit*, nusquam invenies præsens tempus significare. Et eam legem proprie pertinere ad actiones, etiam indicat quod sequitur, *actionis verbo non contineri exceptiones*: quod utique verum est in edicto de edendo, quod est de edenda actione, non de edenda exceptione. Eademque ratione in his stipulationibus, quæ instar actionis habent, actionesque dicuntur, ut in stipulatione legatorum, vel fideicommissorum, his verbis, *quicquid te mihi dare facere oportet*, nam & de præsenti legato interponuntur, *l. etiam de præsenti, ut leg.nom. cav.* his, inquam, verbis stipulationis, *quicquid te mihi dare facere oportet*, & id quod oportebit continetur, ut fructus, & usuræ ex mora, *l.1.§.bellissime, ut legat. nom.cav.* quia hæ stipulationes quasi actiones sunt, postulanturque à prætore, ut ait *l.1. §. 1. de prætor. stipulat.l.non solum, rem rat. hab. l. actiones, de obligat. & act. l.si ambo, §.in stipulation. de compensat.* Nunc transeamus ad *l.14. quib. ex caus. in possess. eat.*

Ad L. XIV. Quibus ex causis in possess. eatur. *Si quis creditorem prohibuerit bona creditoris ingredi, datur in eum actio, quanti ea res sit.*

Ad §. Sed & si quis *legatorum servandorum causa missus in possessionem, admissus non est, si legati conditio pendeat, licet possit deficere, æstimatur tamen id, quod legatum est, quia interest ejus tantum habere.*

Ad §. Creditor *autem conditionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere.*

VAriæ sunt causæ, ex quibus fit missio in possessionem universorum bonorum adversarii. Una est, quæ fit misso creditore in possessionem universorum bonorum debitoris absentis, vel latitantis, vel exulantis, & indefensi, vel præsentis, & rem non defendentis, rei servandæ gratia, ut ait *l.1.hoc tit.* id est, debiti servandi gratia, ut in *Novella* 53. *χρέος σώζειν φυλακτέον*, & in epist.Symmachi ad Theod. *Petitore*, inquit, *postulante, ut servandi debiti causa in materna corpora mitteretur, quod adversaria æstimationem bonorum conventa facere noluisset*, seu crediti servandi causa, ut ait *lex 1. §. non quærimus, si quis omis. caus. testam.* & specialiter dotis servandæ causa, *l.ea, quæ, §. 1. ad municip. l. pen. §. item danda, de divers. & temp. præsc. l. offic. de rei vindicat.* judicati servandi causa, *l. 2. & 3. C. qui pot. in pign. hab.* Ad quas causas mittendi in possessionem proculdubio respicit generalis clausula edicti: *si quis ex alia causa missus erit in possessionem*, de qua in *l. ult. in fine. ne vis fiat ei, qui miss. erit in possess.* Est & alia causa, propter quam fit missio in possessionem, puta legatario, vel fideicommissario misso in possessionem universorum bonorum, quæ sunt in causa hereditaria, vel etiam certis ex causis, quæ ipsius heredis sunt, legatorum servandorum causa, si heres nolit cavere legatorum nomine, quæ in diem, vel sub conditione relicta sunt: de quo genere missionis est titulus, ut in *possessionem legatorum, vel fideicommissorum, &c.* Est & alia, quæ fit ventris nomine, uxore, quam vir moriens prægnantem reliquit, ventris nomine missa in possessionem bonorum defuncti, de qua in *tit. de vent. in possess. mit.* Est & alia damni infecti, si vicinus ædium vitiosarum nomine nolit repromittere, aut satisdare damni infecti. Sed hæc causa damni infecti longe distat ab illis, quoniam ex illarum causa fit missio in universa bona, *l. 1. hoc tit.* Quod & Marcus Tullius scribit in Quintiana: *possessionem bonorum spectari non in aliqua parte, sed in universis, quæ teneri, ac possideri possint.* Ex causa autem damni infecti fit tantum missio in eam partem, eamve rem, ex qua damnum timetur, *l. 4. §. 1. l. si finita. §. ex hoc edicto, de dam. infec.* Item ex causa legatorum, sive legatorum servandorum causa, & ex causa damni infecti fit missio cautionis vice, quæ non præstatur ab herede, aut vicino. Qua ex causa etiam ea possessio *vicaria* dicitur. Ex aliis autem causis non fit missio ullius cautionis vice, *l.1. §.ult. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. erit, l.si finita, §. si quis damni, de dam. infec. l. postquam, §.1.ut leg. nom. cav.* Sunt & aliæ inter has causas differentiæ, quæ inferius explicabuntur, nec cum superioribus conjungendæ. Nam hoc ratio docendi, & perspicuitas exigit. Notandum tantum est, quamvis inter has causas mittendi in possessionem multæ intercedant distantiæ, seu differentiæ, tamen hoc esse commune omnium causarum, ut quacunque ex causa quis decreto prætoris jussus sit ire in possessionem, si non admittatur, si prohibeatur venire in possessionem, in eum, qui prohibuit, is, qui prohibitus est, habeat interdictum, *ne vis fiat ei, &c.* vel ex causa interdicti actionem in factum in id, quod interest, vel executionem extraordinariam, quæ fiat per ministeria & officia prætoris, aut manu militari. Idque ex edicto illo, *ne vis fiat ei, qui in poss. missus est, & hoc sive dominus, sive alter prohibuerit*. Sic vulgo legitur in *l.1.§. est autem, eod. tit.* rectius, quam Florentiæ nullo sensu, *sive dolo, sive aliter prohibuerint*. Rectius etiam, quam Basilica, *εἴτε δόλῳ εἴτε ἄλλως κωλύσωσι: sive dolo, vel aliter prohibuerint.* Nam prætoris edictum omnino exigit dolum, nec qui alter citra dolum prohibet, tenetur interdicto, vel actione in factum, *d.l.1.§. si quis ideo*. Alter vero, quam dominus, sane tenetur, ut tutor si prohibuerit, *d.l.1. §. hoc edicto*, & procurator, & actor municipum, *l. 27. de dam. infec.* Et ita hoc loco, si quis creditorem prohibuerit bona debitoris ingredi, non dominus ipse, vel debitor significatur, sed alius quilibet. De missione autem in possessionem legatorum servandorum causa dubitari potest, an prohibito legatario ingredi bona hereditaria, in eum, qui prohibuisset, hæc actio competeret, hac ratione, quod ex hac causa missio fit ut plurimum, si legata sint conditionalia, aut in diem, & pendente conditione postulanti legatario non caveat heres sua die legata reddi. Et non fit hæc missio crediti servandi causa: quia legatarius conditionalis non est creditor, *l.is, cui, de oblig. & act. l.27. qui, & à quibus manum. lib. non fiunt*,

Digitized by Google

fiant. Non igitur fit crediti servandi causa, sed legatorum, A aut fideicommissorum servandorum causa. Et legatarius conditionalis non est creditor, quia antequam conditio legati exstiterit, legati nullæ sunt vires. Verum hæc missio fit specialiter legati servandi causa, licet conditio legati deficere possit in incerto, & ambiguo, quia etiam existere potest. Et ideo interest legatarii interim cautum habere, ne heres dilapidet bona, vel interim labatur facultatibus. Proinde legatario ob non præstitam cautionem misso in possessionem, nec admisso, id est, prohibito in possessionem venire, ei competit hæc actio, quæ in factum est in id, quod interest, puta quod est in legato, id est, in veram æstimationem legati, perinde atque si conditio legati exstitisset. Hæc est pœna non admittentis missum in possessionem, *l.4. §. condemnatio, inf. de tab. exhib.* Verum hac in re multum distat legatarius conditionalis à creditore B conditionali, cujus distantia ostendendæ causa nobis hæc lex pen. data est. Neque enim alio spectat, quam ut constituat hac in re esse differentiam inter legatarium conditionalem, & creditorem conditionalem. Legatarius conditionalis, ut dixi, non est creditor, quia legati nullæ sunt vires ante conditionem impletam: creditor vero conditionalis, veluti stipulator conditionalis, est creditor: quia obligatio conditionalis statim ab initio contractus vires accipit: & est obligatio conditionalis, obligatio cum adjuncto, *l. usufructus, de stipulat. servor.* Et certissimum illud est, in legatis conditionalibus spectari tempus existentis conditionis, quoniam ex eo tempore vires accipiunt, in contractibus autem spectari tempus contractus, quoniam ex eo vires accipiunt. Qua ratione placet legata conditionalia non transmitti in heredem, quia C nondum constiterant in persona legatarii vita defuncti: stipulationes autem conditionales transmitti, quia statim ab initio vires habuerunt, & radices egerunt in persona stipulatoris: & similiter legata conditionalia filiofamil. relicta non acquiri patri, si conditio, extiterit post emancipationem filii, stipulationes autem acquiri. Quæ omnia fusius exposuimus in *l.78. de verb. oblig. & l. quæ legata, de reg. juris*. Porro etsi creditor conditionalis sit creditor, non tamen potest pendente conditione mitti in possessionem bonorum debitoris rei servandæ causa, & impune prohiberi potest. Legatarius autem, qui non est creditor, pendente conditione in possessionem mitti potest, herede non cavente, & impune non prohibetur. Et perspicua ratio differentiæ inter legatarium, & creditorem hæc est, quia creditor mittitur in possessionem bonorum debitoris, pi- D gnoris tantum vice, quod *pignus prætorium* dicitur, missio facit, & constituit pignus prætorium: Creditor, inquam, mittitur in possessionem pignoris vice, non cautionis vice, quia antequam extiterit conditio neque pecunia, neque cautio ei ulla debetur, præter quam uno casu, *l.4. inf. de separat.* exposita 12. responsor. Papiniani. Excepto illo casu, antequam extiterit conditio stipulatori conditionali, nec res, nec pecunia, nec cautio ulla debetur. Igitur cautionis vice non mittitur in possessionem, sed pignoris tantum vice, ut scilicet postea ex edicto ea bona publice distrahat, quasi pignorata, hasta posita in foro, *l.6. §.1. l.7. §.1. & l.seq. §.1. hoc tit.* Creditor autem conditionalis non potest ea bona distrahere, *d.l.7. §. si in diem*, quia ut dixi, nec cautio ei debetur, nec pecunia. Et is tantum distrahere potest, postquam missus est in possessionem, cui alteru- E trum debetur, pecunia, vel cautio, ut in casu dictæ leg.4. Creditor conditionalis, cum nihil eorum ei debeatur, non potest bona distrahere. Ergo nec ire in possessionem bonorum: ut remotio consequentis, nonnunquam est remotio antecedentis: vel ut Paulus ait hoc loco, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere, quasi ita concludens in 2. figura.

Qui mittitur in possess. potest bona vendere.
Creditor conditionalis non potest bona vendere.
Ergo creditor conditionalis non mittitur in possess.

Legatarius autem conditionalis recte mittitur in possessionem bonorum, non tantum pignoris vice, ut *l.misso, pro emptore, l. 18. §. ult. famil. ercisc. l. 3. & 5. C. ut in possess. legat.* sed etiam cautionis vice, quæ ei, interim, dum pendet conditio, debetur ex edicto prætoris. Qua in re legata, & fideicommissa comparantur judiciis bonæ fidei, in quibus ante diem, vel ante conditionem agi potest ad cautionem interponendam, *l.in omnibus, de judic. l.Seja, de mort. caus. donat. l. si constante, §. quoties, sol. matr.* Ergo si heres perseveret non cavere legatario, & justa esse causa videbitur, poterit legatarius bona, in quæ missus est, distrahere. Itaque non frustra mittitur, nec impune igitur ab herede, vel ab alio prohibetur venire in possessionem, sed si prohibitus sit, datur ei in eum, qui prohibuit, actio in factum, de qua in hac lege agitur. Ex hac differentia potest constitui alia ex *l.1. §. 1. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. erit*. Legatario misso in possessionem, nec admisso, actio illa in factum, de qua hic agitur est perpetua, & datur etiam in heredem ejus, qui non admisit. qui eum prohibuit, quia facile ei est quandocunque oblata cautione evitare hanc actionem, quia cautionis vice legatarius missus est in possessionem. Creditori autem in eum, qui prohibuit, est actio annua tantum, non perpetua, quæ nec in heredem ejus, qui prohibuit, datur; quia non cautionis vice creditor missus est in possessionem, ut sit in ejus potestate cautione aliqua oblata evitare hanc actionem pœnalem, sed missus est pignoris tantum causa, quo semel constituto atque contracto, non est integrum id resolvere alia ratione, quam solutione debiti. Nihil est his addendum, nisi quod huic l. penult. objicitur *lex 6. in princ. hoc tit.* quæ ait, creditores conditionales in possessionem mitti solere. Et hæc lex ait, non mitti, quia nec vendere possunt bona, in quæ mittuntur. Nihil est, quod tam facile explicari possit. Respondeo, *solere quidem mitti*, ut ait *l.6.* sed si non admittantur, non dari eis actionem in factum, ut hæc *lex pen.* ait, quia non optimo jure mittuntur creditores, non cum effectu: neque enim pignus exequi, & vendere possunt. Si ergo initium spectes, mittuntur: si finem, vel effectum, non mittuntur, quia pignus non contrahunt, quibus nondum neque res, neque pecunia, neque cautio ulla debetur.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. III. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XL. de Relig. & sumpt. fun. *Si quis enim eo animo corpus intulerit, quod cogitaret inde alio postea transferre, magisque temporis gratia deponere, quam quod ibi sepeliret mortuum, & quasi æterna sede dare destinaverit, manebit locus profanus.*

SCIENDUM est, locum religiosum illum esse, in quo mortuus sepultus est, vel si comburatur, ut solebant olim, in quo ab ustrina mortuus, vel mortui ossa justæ sepulturæ atque perpetuæ causa illata sunt. Dico *mortuus, vel mortui ossa*, ut prætor in *l.2. §. prætor, hoc tit.* Mortuus, est corpus, vel cadaver integrum: mortui ossa, & cineres, sunt corporis combusti reliquiæ, quæ & reliquæ dicuntur sæpe in hoc tit. & in fine tit. seq. Græcis λείψανα. Nov. sexagesima: mortui conditorium est sepulchrum: ossium conditorium, est ossuarium, *l.2. de sep. viol.* Et in antiqua inscriptione, *Julia Fuscinia ossuarium viva sibi fecit*. Sed & ossuarium sepulchrum appellatur. Ait enim Ulpianus in *l.2. §. sepulchrum, hoc tit.* sepulchrum esse, ubi corpus, ossave condita sunt. Præterea in definitione loci religiosi, dixi, *Justæ sepulturæ causa, atque perpetuæ*, ad differentiam mortui, qui certo loco deponitur, non ut perpetuo ibi sit, sed ut in alium locum transferatur perpetuæ sepulturæ: quæ depositio corporis locum non facit religiosum. Si quis (inquit Paulus hoc loco) eo animo corpus intulerit, quod cogitaret inde alio postea transferre, magisque illic deposuerit temporis

gra-

Digitized by Google

gratia, quam veluti æternæ sedi destinaverit, aut tradiderit, manebit ille locus profanus, locus purus ut vocatur, non erit religiosus locus ille depositionis. Id enim non est sepelire, sed deponere, & commendare, *l. 14. §. funeris, hoc tit.* illo locus, ad corpus *commendandum*, id est, deponendum temporis gratia, sive ad tempus, ut in testamento Geruntii apud Hieronymum, *simplici sepulchro conditus, vel potius commendatus*. Et in libello quodam oblato Severo Imperatori, cum subscriptione Juvencii Celsi Jurisconsulti: *Cum*, inquit, *ante hos dies conjugem, & filium amiserim, & pressus necessitate corpora illorum fictili sarcophago commendarim, donec quietis locus, quem emeram ædificarem. Rogo Domine permittas*. Et in *l. 3. §. non perpetuæ, de sepulc. viol. non perpetuæ*, inquit, *sepulturæ tradita corpora*, id est, *commendata, & deposita*: quæ ait, posse transferri, sine venia, scilicet, permissuve principis, aut magistratus, ut *l. 10. hoc tit.* quæ translatio proprie appellatur ἀνακομιδή. Prima autem elatio funusque mortui ἐκκομιδή. Omnis autem cura sepeliendi mortui, quæ ad sepulchrum fit, συγκομιδή dicitur, quod interpres Æschyli ostendit illo loco, ἀτιμον εἶναι δ' ἐκφορὰν φίλων ὕπο. Deposita, inquam, corpora & commendata transferri in alium locum possunt, sine venia: at corpora perpetuæ sepulturæ tradita, non possunt transferri, nec loco moveri, sine piaculo, nisi impetrata venia à principe, aut præside, *l. 1. & ult. C. eod. tit.* vel à collegio Pontificum, *l. ossa, hoc tit.* Nam ut constat ex epistola Plinii ad Trajanum, & M. Tull. 2. *de legibus*, & ex *d. l. ossa, & l. ult. tit. seq. & l. hereditas, in fine, sup. de petit. hered.* ex hujusmodi causis collegium Pontificium adiri solet. Et in antiqua inscriptione, *reliquiæ trajectæ ex promissu collegii Pontificum piaculo facto*: & aliquando etiam permissu tribuni plebis, ut in alia inscriptione: *eisdem corporibus translatis permissu tribuni plebis*. Connecti vero hæc lex 40. debet cum superiore, quasi ratio superioris, quoniam ait, *si quis enim eo animo, &c.* lex superior ait, *Justæ sepulturæ traditum corpus*, id est, terra conditum, & humatum videri, etsi in arcula conditum sit, dummodo eo animo conditum sit, ut non alio transferatur, id est, non deponendi animo. Si quis enim animo deponendi corpus intulerit (ut subjicit Paulus) locus profanus manet, nec fit religiosus. Erat autem arcula vile sepulchri genus, plebejum sepulchrum, unde vilis arca. Horatio:

Angustis ejecta cadavera cellis.
Conservus vili portanda locabat in arca.

Et Lucano.

Dum vilem magno plebeii funeris arcam:

Ergo locus nihil religionis habet, antequam corpus terra obrutum, vel arca lapidea, ut ait *l. 7. hoc tit.* conditum & impositum sit ea mente, ut non alio transferatur. Impositum dixit *l. 37. hoc tit.* ut veteres, situm, unde & *siticines*, qui apud sepultos canebant.

Ad L. XLIV. eod. *Quum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit: quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur illud religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est, caput, cujus imago fit, & inde cognoscimur.*

Ad §. Cum autem *impetratur ut reliquiæ transferantur, desinit locus religiosus esse.*

ADdit Paulus in hac lege 44. Si diversis locis corpus fortasse cæsum, ut solebat, sepultum sit, utrumque locum religiosum non esse (vel quod idem est) utrumque locum non esse sepulchrum, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest. Et una est sepultura, quæ unius est: ut una tutela, quæ unius pupilli: una noxa, quæ unius servi. Sed illum locum ait religiosum esse, ubi quod est principale, Græce ἡγεμονικὸν, conditum est, & principale statuit esse caput: *cujus*, inquit, *imago fit, & inde cognoscimur* (est locus elegantissimus) Nam omnis imago cujuscunque materiæ olim plerumque caput tantum & humeros exprimebat, sine reliquo corpore, ut in numismatis. Ambrosius 6. Hexam. *Sola*, inquit, *ære fusa principum capita, & ductos vultus de ære, vel marmore adorari.* Plinius 37. cap. 2. de imagine Cnei Pompeii confecta ex margaritis, quas vocat opes Orientis. *Jam tum*, inquit, *illud caput orientis opibus, sine reliquo corpore ostentatum.* Juvenal. sat. 8.

---- *At tu*, inquit,
Nil nisi Cecropides truncoque simillimus Hermæ.
Nullo quippe alio vincis discrimine, quam quod
Illi marmoreum caput est, tua vivit imago.

Vere igitur dicit Paulus imaginem capitis fieri, quia non fit etiam totius corporis, sed capitis tantum humerorum tenus, non reliqui corporis. Cur vero capitis tantum? *Quia*, inquit, *inde cognoscimur*. Quam rationem reddit etiam in problem. Arist. Διὰ τί, inquit, τοῦ προσώπου τὰς εἰκόνας ποιοῦνται, πότερον ὅτι τοῦτο δηλοῖ ποῖοί τινες, ἢ ὅτι μάλιστα γνώριμοι; *cur vultus, & oris imagines fiunt? an quod vultus sit index animi, an quod inde cognoscamur?* Ubi igitur caput conditum est, ibi mortui sepulchrum est, & locus tantum ille sepulchri religione tenetur: non etiam materia, vel porticatio, qua forte sepulchrum communitum est: non horti, non aliæ culturæ interjacentes, *l. æde, de cont. empt. l. 37. hoc tit. l. locum, C. eod. tit.* quæ & tutela sepulchri dicitur in antiqua inscriptione: *huic monumento tutelæ nomine cedunt agri puri, jugera decem, & taberna, quæ proxime illum locum est.* Ælius Gallus Jurisconsultus apud Festum ait, *Religiosum tantum esse sepulchrum, ubi mortuus sepultus ac humatus sit.* Et Ulpianus in *l. 2. §. sepulchrum, hoc tit. sepulchrum esse, ubi corpus, ossave hominis condita sunt, non totum locum, qui sepulturæ destinatus est: totum non esse religiosum, sed eatenus duntaxat, quatenus corpus humatum est.* Quamobrem dici potest, nec fines, aut latitudinem, aut longitudinem loci sepulchro destinati, quæ notari solent in titulis sepulchrorum his verbis: *In fronte pedes tot, in agro tot.* Et ab Horatio illo loco: *Mille pedes in fronte, trecentos cippus in agro.* Et M. Tullius Phil. 9. *Ut locum sepulchri Pansa consul in Æsquiliis, vel quo in loco videbitur pedes 30. quaque versus designet, quo Servius Sulpitius inferatur.* Hos, inquam, fines loci sepulchro destinati, recte dicimus non teneri religione, sed quatenus corpus humatum est duntaxat. Non omittam quod addit Paulus in fine hujus legis, si quandoque impetretur à principe, vel magistratu, vel collegio Pontificum, ut reliquiæ, quæ semel traditæ sunt justæ sepulturæ, loco moveantur, & in alium commodiorem transferantur, quod si res exigit, impetrari solet, *l. 39. hoc tit.* ut si forte reliquiæ vi fluminis contingantur, *l. 1. C. eod.* tum locus, quo moventur, qui sane erat religiosus, desinit esse religiosus. Idemque evenit, si locus ille captus ab hostibus: nam victoria & captivitas profanat omnia. Locus sepulchri captus ab hostibus desinit esse liber, *l. cum loca, 36. hoc tit.* Sed & quemadmodum homo postliminio recipit libertatem, ita ille locus religionem pristinam, si recuperaretur ab hostibus. Cæterum victoria locum profanum facit, *d. l. 36.* Cic. de signis: *Has tabulas*, inquit, *M. Marcellus cum illa omnia victoria profana fecisset.* Et Virgilius 12. Æneid.

Quos contra Æneadæ bello fecere profanos.

Ad L. XL. Si certum petatur. *Lecta est in auditorio Æmilii Papiniani præfecti prætorio Jurisconf. cautio hujusmodi:* Lucius Titius scripsi me accepisse à Publio Mævio quindecim mutua numerata mihi de domo, & hæc quindecim proba recte dari Calendis futuris, stipulatus est Mævius Publius, spopondi ego Lucius Titius. Si ea die suprascripta summa Publio Mævio, eive, ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo post solvam, pœnæ nomine, in dies triginta, inque denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est Publius Mævius spopondi ego Lucius Titius: convenitque inter nos, uti pro Mævio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei, heredive ejus. *Quæsitum est de obligatione usurarum; quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus,*

latus, quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset. Igitur finito primo mense, primæ pensionis usuras currere; & similiter post secundum, & tertium tractum usuras non solutæ pecuniæ pensionis crescere: nec ante sortis non solutæ usuras peti posse, quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem, quod subjectum est, quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quæ priore parte simpliciter in stipulationem venissent; pactumque id tantum ad exceptionem prodesse, & ideo non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et si (ut ille putabat) ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa obtinuerit) tamen usurarum obligatio ipso jure non committetur. Non enim in mora est is, à quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed (si) quantitatem, quæ medio tempore colligitur, stipulamur, cum conditio extiterit, sicut est in fructibus, idem & in usuris potest exprimi: ut ad diem non soluta pecunia, quod competit usurarum nomine, ex die interpositæ stipulationis præstetur.

EXponam speciem, quæstionem, sententiam hujus legis, nollo prætermisso eorum, quæ ad eam pertinebunt: ac primum ea, quæ veluti παρέργως præponenda sunt, præmittam. Species l. hæc est. L. Tit. acceptis mutuo quindecim millibus denarium, creditori stipulanti promisit, *se eam pecuniam soluturum Calendis proximis*. Et si forte ea die, id est, Calend. prox. non solvisset eam pecuniam, exinde quo tardius solveret, ex mora solvendi Calend. prox. creditori stipulanti promisit usuras centesimas, id est, in denarios centenos denarios singulos quot mensibus, quod in idiotismo dicimus, *au denier huict, & un tiers*. Huic vero stipulationi ex continenti, nullo intermisso intervallo, subjectum est pactum nudum, quo ejus sortis, aut pecuniæ solvendæ dies mutata est: Namque pacto convenit, ut qui promiserat, se universam pecuniam, se totam sortem soluturum Calendis prox. pacto, inquam, convenit, ut hic ex universa sorte quot mensibus solveret trecenos duntaxat, quæ pensiones menstruæ collectæ in unam summam efficiunt quotannis tria millia, & sexcentos, & explent sortem totam anni quinti mense secundo, id est, mense quinquagesimo. De usuris dependendis in pacto subjecto stipulationi nihil dictum est. Pactum fuit de sorte solvenda tantum divisis pensionibus, non de usuris. Jam vero finge: transiit numerus aliquot mensium, qui competebant solutioni pensionum. Fac transiisse tres menses, ut & Græci interpretes ponunt in hac lege, quibus singulis debitor, uti pacto convenerat, non solvit trecenos, ut jam ex sorte debebat nongentos. Hæc est species facillima: quæstio & definitio ejus æque facillima. Inde quæritur, utrum nongentorum usuræ debeantur, id est, utrum singularum pensionum menstruarum, vel mensurnarum, ut olim loquebantur, usuræ debeantur ad rationem solvendæ sortis, quæ pacto immutata, & divisa in pensiones est, revocata etiam obligatione usurarum, licet de usuris nominatim nihil pacto comprehensum sit: an vero statim atque cessatum est in solvendis staturis pensionibus, totius sortis usuræ debeantur: & utrum debeantur ex die stipulationis, an ex die, quo primum debitor in solvendis pensionibus moram fecit? Usuræ, vel infliguntur propter lucrum creditoris, vel propter moram debitoris, *l. cum quidam, §. si pupillo, de usur.* Quæ propter lucrum creditoris, eæ debentur ex die contractus, ex die interpositæ stipulationis, & proprie fœnus vocantur. Quæ infliguntue propter moram debitoris non debentur ex die contractus, sed ex die moræ. Hæc vero quæstio fuit agitata, ut Paulus ait, in auditorio publico Æmilii Papiniani præfecti prætorio Jueisconsulti, cum de causis vice principis cognosceret, in consilio assidentibus Paulo, & Ulpiano, quos etiam nominatim Lampridius scribit fuisse adsessores Papiniani præfecti prætorio, & assidentibus fortasse etiam aliis, cum scilicet ea de re forte à sententia præsidis provinciæ fuisset appellatum ad præfectum prætorio, qui obtinet apicem omnium digni-

A tatum, quique solus dicitur vice sacra judicare. Fuit autem Papinianus præfectus prætorio sub Antonino Caracalla. Intelligimus quæ sit species hujus legis: quæ sit quæstio videamus, & quemadmodum ea quæstio definienda sit. Paulus, cujus sententia obtinuit, dicebat rogatus sententiam, pactum stipulationi subjectum incontinenti de solvendis ex universa sorte trecentis mensibus singulis: hoc, inquam, pactum inesse stipulationi: hoc est, hujus pacti exceptionem, vel doli exceptionem, quæ semper cum exceptione pacti concurrit, stipulationi inesse ipso jure, etiam non oppositam, neque allegatam. Nam exceptionis, quæ inest potestate judicii, oppositio necessaria non est, *l. 3. inf. de rescind. vendit. l. plane, de petit. hered.* Ideoque totam sortem Calendis proximis, ut stipulatione cautum erat, peti non posse, ac consequenter si Calendis
B proximis tota sors non solvatur, totius quoque sortis usuras peti non posse, quia ubi non est petitio sortis, nec usurarum petitio est, *l. 69. cum post, §. usuras, & l. si mulier debitori, de jure dot.* quæ in hanc rem maxime notandæ sunt; Et in specie *leg. si ita quis promiserit, in princip. de verbor. obligat.* non alia ratione ex die intepositæ stipulationis usuræ currunt, quam quod, ut illa lex ait, & obligatio quoque ipsa principalis, id est, sortis obligatio ex eo die initium capit: alioqui dilata solutione sortis, differetur etiam solutio usurarum. Denique cum incontinenti pacto nudo convenerit subjecto stipulationi inter creditorem, & debitorem, ut debitor ex universa sorte refunderet quot mensibus trecenos, quia hæc pactio inesse, & novam formam addere stipulationi creditur, sive priori parti, id est, præcedendi stipulationi, perinde est, ac si creditor
C in singulos menses trecenos stipulatus esset, & quo tardius sulveretur ex die solutioni competente, ex die solutionis, ex die, quo solvi debuit, ex mora usuras centesimas. Namque certissimum est, diem solutioni adscriptum interpellare pro creditore, & debitorem constituere in mora, quoniam ipse se debitor die solutioni dicto interpellare debet, sibique denuntiare, quod sui officii est, sibi denuntiare verum, & æquum, *l. trajectitiæ, de obligation. & action. l. 9. §. 1. de usur. l. 5. hoc tit. l. 4. §. ult. de leg. comm. l. magnam, C. de contr. stipulat. l. 2. C. de jure emphyt.* Igitur finito primo mense primæ pensionis, id est, trecenorum, usuræ centesimæ debentur ex sententia Pauli, id est, denarii tres. Et similiter post secundum, & tertium mensem crescunt usuræ pensionum non solutarum pro rata, nec ante, ut ait, sortis non solutæ usuræ peti possunt,
D quam ipsa sors peti potuerit, hoc est, cujusque pensionis usuræ peti non possunt, antequam pensio peti possit, tantum abest, ut statim atque cessatum est in solvenda pensione prima, possint peti usuræ totius sortis. Et hæc est sententia Pauli, quæ obtinuit in consilio Papiniani. In quo tamen consilio, sive auditorio, Ulpianus, quem designare videtur Paulus, dum ait, *quidam*, & *ille*, videtur longe alia in sententia fuisse. Nam Ulpianus, vel quidam ille existimabat, pactum subjectum stipulationi pertinere tantum ad solvendam sortem, divisis pensionibus, non etiam ad usuras, id est, priorem partem, id est, in stipulationem simpliciter deductas. Ulpianus hærebat scripto, quia pactum de sorte loquitur, non de usuris. Et ideo non soluta pensione prima, vel quacunque pensione non soluta, existimabat ex die stipulationis totius sortis usu-
E ras debeei, perinde atque si id nominatim cautum, & expressum fuisset, nimirum, ut ex die stipulationis currerent usuræ, si sua die sors, aut sortis pars non solveretur; & pactum illud existimabat tantum prodesse debitori ad exceptionem, si eam oppeneret, puta, ut si finito primo mense ab eo tota sors peteretur, repelleret actorem exceptione pacti conventi opposita, vel doli mali ipso enim jure totam sortem peti posse, quia, ut ille existimabat, pactum ipso jure non immutavit formam, & causam stipulationis, pactum non inest, non continetur stipulatione. Hæc sentetia à Paulo refellitur duabos potissimum rationibus. Prior hæc est, quia sortis petitione pacto convento dilata ex continenti, consequens est menti contrahentium, & rationi etiam juris, usurarum quoque

præ-

Google

præstationem esse dilatam, ut scilicet non debeantur ex die stipulationis, sed ex die competente solutioni cujusque pensionis, si ea die pensio non solvatur, id est, ex tempore moræ. Ac præterea non totius sortis, sed pensionum tantum non solutarum sua die, quia (ut ante docuimus) catenus petitio est usurarum, quatenus & sortis petitio fuit, quæ soluta non est. Posterior ratio hæc est, quia, etiamsi concedamus, inquit, si demus, quod ille existimabat, pactum statim subjectum stipulationi prodesse tantum debitori ad exceptionem, & ipso jure prima pensione non soluta, totam sortem peti posse, etiamsi hoc demus, quod tamen non obtinuit (quia ipso jure pactum inest stipulationi, & stipulationem transformat confestim) Verum etiamsi hoc demus, & annuamus, non est verum quod ille existimabat, totius sortis usuras peti posse, quia ex cautione hoc loco proposita non debentur usuræ, nisi ex mora, ut illa verba indicant, *tunc eo amplius, quo post solvam*, ut in *l. si ita stipulatus fuero, §. Chrysogonus, de verb. oblig.* in alia cautione, *Tunc quo post solvetur.* Quibus verbis mora significatur: nam *quo post*, id est, quo tardius, ut infra ait in hac *l.* & in *l. ult. de re judic. quo tardius judicatum.* Et mora nihil aliud est, quam tarditas. Denique secundum hanc cautionem usuræ non debentur, nisi ex tempore moræ. At mora non intelligitur fieri, ubi nulla petitio est, nulla actio, nulla petitio sortis, *l. si pupillus, de verb. oblig.* Et in hac specie, vel fatente Ulpiano (si Ulpianus is fuit) nulla petitio est, quia pacti exceptione infringitur: nam quod ad effectum attinet, nihil interest ipso jure non sit petitio, an per exceptionem elidatur, *l. nihil interest, de reg. juris, l. 1. §. proinde, ne vis fiat ei, qui in possess. l. 7. §. idem erit dicendum, quibus ex causis in possess. eatur, seu de reb. auct. jud. possid. l. 1. §. movit, ad Senatusconsf. Turpill.* Ergo quia mora fieri non intelligitur in solvenda sorte, quæ peti cum effectu non potuit propter exceptionem pacti, ut ille fatetur, totius sortis usuræ non debentur, pecunia non soluta statutis pensionibus, nec ex die stipulationis, sed ex die moræ tantum. Conclusio, & brevissima sententia hujus legis hæc est: pacto incontinenti stipulationi subjecto dilata solutione sortis, quam totam stipulatione convenerat solvi Cal. proxim. atque divisa ea in pensiones menstruas, ut quaque in pensione solvenda cessatum fuerit, ex eo tempore usuras deberi pro rata pensionis non solutæ, non ex die stipulationis, quia ita actum est palam inter creditorem, & debitorem, ut usuræ præstarentur propter moram debitoris, non propter lucrum creditoris. Agi quidem potuit, ut & propter lucrum præstarentur, sed id actum non est. Agi, inquam, potuit, quod subjicit in extremo hujus legis. Hoc fatetur Paulus, agi potuit, & exprimi, ut statim atque cessatum esset in solvendis pensionibus, ex die stipulationis usuræ deberentur. Sic & de fructibus, ait, idem agi, & caveri posse, puto deducto fundo in stipulatum, nempe, fundum dari centesimis Calend. & si ea die non detur fundus, fructus debeantur retro ex die stipulationis. Id quidem agi potuit, sed in proposita specie actum non fuit. Et quod ait in extremo hujus legis, *id quidem agi posse nominatim, & exprimi, ut ob sortem sua die non solutam, usuræ præstentur ex die stipulationis*: ei opponitur *l. cum quidam, de usur.* ex qua elicitur hoc tantum, ob minores usuras sua die non solutas, non posse infligi majores ex die contractus, sed ex die cessationis tantum, & mora in futurum, non in præteritum. Pugnatne hoc cum extremo hujus legis? nullo modo. Nam in extremo hoc tantum dicitur, ob sortem non solutam sua die, posse habita conventione nominatim inter contrahentes, infligi usuras etiam centesimas (qui est, vel potius olim erat modus, & finis legitimus usurarum) ex die contractus solvendas. Cautio, quæ proponitur in hac lege, quæ litem fecit in auditorio Papiniani, vel concilio nihil aliud est, quam instrumentum, sive chirographum pecuniæ mutuo acceptæ, & ex continenti interpositæ stipulationis, de ea reddenda. Quo genere id actum est, ut obligatio ex sola stipulatione nasceretur, non ex mutuo, *l. 6. & 7. de novation.* Itemque instrumentum pacti ex continenti stipulationi subjecti, quod & in hac lege recte concluditur, stipulatione ipso jure contineri, stipulationi inesse, stipulationem ipsam transformare, ita ut quod eo pacto continetur, perinde habeatur, atque si stipulatione, quæ præcessit pactum, nominatim comprehensum fuisset. Pacta, quæ contractui ex continenti adjiciuntur, cohærere contractui, formare contractum. Neque enim videntur facta ex continenti, quasi mutata sententia, nisi reformandi contractus gratia. Et verba cautionis hæc sunt: L. Titius scripsi, chirographo scilicet manu mea scripto, vel manu aliena, ut in *l. fidejussor. §. 1. de pignor.* Aliud est chirographum, aliud ἰδιόχειρον, in *l. scripturas, C. qui pot. in pign.* Nam ἰδιόχειρον manu propria: χειρόγραφον etiam aliena. Chirographum cautio est, qua cavetur creditori, & inde chirographum cavere, *l. 5. §. Idemque ait, commod. l. 89. de solut.* Chirographum, inquam, est cautio. Nam & plerumque in se habet stipulationem, ut in hac lege. Et inde agere ex chirographo .i. ex stipulatu, in *l. ult. in principio, de doli except.* L. Titius, inquit, scripsi me accepisse à P. Mævio quindecim mutua, id est, quindecim millia denarium, seu denariorum, quoniam majorem fuisse pecuniæ summam, quam quindecim, sequentia demonstrant. Et debet notæ illius numeri quindecim superponi temo: nam temonis superpositio est millium adsignificatio. Et ita in *l. si testamento, §. quod si duo, de fidejuss.* viginti, id est, viginti millia, & decem, id est, decem millia, quia subjicit eadem lex quinque millia, tractans eandem speciem. Et in *l. debitor, de negot. gest.* quinquaginta, id est, quinquaginta millia, & decem, id est, decem millia, quia & eadem lex subjicit, quadraginta millia nominatim. Ea autem quindecim L. Titius scripsit, sibi esse numerata de domo P. Mævii creditoris, ad differentiam ejus pecuniæ, quæ numeratur in foro, de mensæ scriptura per argentarium. Unde Donatus in Phormione notavit. *Hodie addi chirographis de domo, vel ex arca sua, vel ex mensæ scriptura*: de domo hoc loco, ex arca in *l. quidam, de constitut. pec.* Seneca 3. epistol. *Scis cujus arca utar, expecta me pusillum, & de domo fiet numeratio.* Cum ex scriptura mensæ argentarii pecunia mutua datur, quasi ex fide publica accipitur, & nominibus contrahitur obligatio, nomina fiunt apud mensam argentarii. Quum autem numerantur pecuniæ ex domo, vel ex arca, obligatio contrahitur per stipulationem. Quæ duo genera contrahendæ obligationis notantur in *l. 1. de ann. leg.* & aliis plerisque locis, quibus argentariis, sive mensariis comparantur rei stipulandi, vel promittendi, *l. si plures, l. item, l. si unus, sup. de pact. l. si duo, de recept. qui arbit. recep.* Porro ea quindecim P. Mævius stipulatus est sibi proba recte dari Calend. futuris, Calend. seq. Calend. prox. proba, lecta, sine probro, ut Plautus loquitur; & recte, id est, boni viri arbitratu, ut *l. 73. de verb. signific.* & sic in cautione *legis Titii, de constit. pecun. remanserunt*, inquit, *apud me 50. ex credito tuo, quos tibi reddere debebo Idibus Martiis probos.* Qui enim reprobos nummos reddit, & solvit, non liberatur, *l. eleganter, §. 1. inf. de pignor act.* Verum (ut eadem lex ostendit) reproborum damnum non facit, quandoquidem reprobi, quos solverat sciens, vel insciens, ei sunt reddendi, non sunt scindendi, quia utiles ei ad aliquid esse possunt, in merce haberi, emi, vendi palam, tanquam reprobi suo qualicumque pretio. Cæterum, quod obtinebat in herede liberando sacris defuncti, quibus jure veteri adita hereditate obstringebatur, quod, inquam, obtinebat, auctore Festo, liberationis gratia, sive manumissionis sacrorum gratia, ut arcæ Pontificum inferret certum pondus auri, puri, probi, profani, sui, idem obtinet in quibuscunque solutionibus, & liberationibus. Nam alienæ, vel sacræ, vel reprobæ, ærosæ, subæratæ, lacunosæ pecuniæ solutio debitorem non liberat, sed suæ pecuniæ tantum solutio, ut faciat eam accipientis, & probæ, ac puræ. Et ita in formula fœderis Antiochii Titi Livii 38. *Argenti probi Attica talenta duodecim millia dato.* Et sæpe apud Demosthenem in syngraphis, *ἀποδώσω τὸ ἀργύριον δόκιμον.* Et in libello familiarium colloquiorum, *καθὼς ἔλαβες δόκιμον ἀπόδος.* Seneca in epist. *Nec voles, quod debeo, nisi in aspero, & probo accipere*, ubi asperum vocat nummum recens cusum, à quo & *aspratura*

dicitur, quod argentario datur, ut nummos veteres commutet cum asperis sive recentibus. Verum ad rem: stipulationem sortis solvendæ Calend. proximis, si ea die sors non solveretur, subsequitur stipulatio usurarum. Si ea die (inquit) suprascripta summa P. Mævio, ejus, ad quem ea res pertinebit, id est, heredi, ut in fine hujus cautionis, vel cuicunque successori in jus universum, veluti bonorum possessori, vel adrogatori. Nam is, qui adrogatur tacito jure omnia bona sua, universumque jus suum cum capite transfert in adrogatorem. Et ideo recte in *l. plura, §. ult. de obligat. & action.* his verbis: *Ad quem ea res pertinebit*, dicitur contineri & adrogatorum, & eorum, qui in jus succedunt, personas. Male Florentiæ, *& adrogatis*: nam adrogatus non est successor, sed adrogator est successor universi juris, quod adrogatus habuit, priusquam capite minueretur per adrogationem. Ideo ibi etiam recte Basilica, ϗ υἱοθετοῦντα δηλοῦμεν ϗ διάδοχον, id est, verbis illis: *Ad quem ea res pertinebit, & adrogatorem significamus & successorem quemlibet*. Stipulatio igitur usurarum ita concepta est: *si ea die suprascripta summa P. Mævio, eive, ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit*. Dare est facere pecuniam accipientis: est dare suam, non alienam: solvere est numerare, satisfacere est dare expromissorem, vel fidejussorem, vel pignus, aliove modo creditori cavere, ut ipse vult sibi caveri, *l. si rem, §. omnis, de pignerat. act.* in hunc vero casum, id est, *si ea die sors soluta non esset*, P. Mævius stipulatus est usuram centesimam, id est, (ut ait lex apertissime) *in dies triginta, in quæ denarios centenos, denarios singulos*. Usura centesima est, cujus pars centesima est, usura menstrua, id est, quæ in centenos quot mensibus reddit singulos, quotannis duodenos, ut apud Plautum in Epidico: *sumpsit fœnore, in dies minasque argenti singulas, nummis*, id est, in dies 30. quæ est centesima usura, in dies 30. ut in *l. si quis ita promiserit, in princ. de verbor. obligat.* id est, in menses singulos, nam ut Mathematici, ita & nos in dinumeratione temporum omnes menses facimus triginta dierum. De denariis autem hoc solum adnotabo, denarios fuisse argenteos nummos: quod si quis attendat satis aperte præter Volus. Mætianum demonstrat *lex quæ extrinsecus, de verb. oblig.* & pependisse singulos denarios decem asses, sive decem libras, (& inde nomen) vel quatuor sestertios nummos: nam singuli sestertii constant duobus assibus & semisse: denarius, *c'estoit une reale de Castille*, solidus erat aureus, & pendebat 25. denarios, vel centum sestertios, *c'estoit comme un noble à la rose*. Et ita semper in jure solidus, id est, aureus constans 25. denariis argenteis. Stipulatus autem est P. Mævius hanc usuram centesimam pœnæ nomine, ut ait, id est, propter moram debitoris, quo tardius sortem solveret: nam usura, quæ propter moram infligitur, pœna est & coercitio debitoris. Post stipulationem sortis & usurarum mutata sententia incontinenti, pacti sunt inter se debitor, & creditor, ut non Calend. prox. ut caverant initio, debitor totam sortem solveret, sed singulis mensibus denarios trecentos tantum, quoad explesset summam quindecim millium denariorum. Hoc pactum ex continenti subjectum inest stipulationi (ut ait Paulus, cujus sententia obtinuit in concilio, in adsessorio Papiniani, *car il estoit Advocat*) hoc est, format vel transformat, *μετα ῥυθμοῖ* stipulationem, quæ præcesserat, & pro eo res habetur, ac si P. Mævius stipulatus esset in singulos menses denarios trecenos, & insuper pro rata non solutæ cujusque pensionis usuras centesimas. Itaque debebitur tum sors, tum usura. Igitur non solutæ primæ pensionis tantum usuras deberi, non totius sortis, & deberi ex die moræ, quo cessatum est in solvenda pensione prima, non ex die contractus sive stipulationis: & sequentium pensionum usuras similiter ex mora deberi. Falsam autem esse opinionem ejus, qui existimabat, Calend. prox. non soluta sorte, ipso jure totam sortem peti posse, totiusque sortis usuras, si non solveretur sors, quasi pacto non immutata priori stipulatione, sed quæsita tantum debitori exceptione pacti. Quod si ita esset, omissa ea exceptione, tota sors a debitore exigeretur, *l. Papin. de Publ. in rem act.* At verius est, ipso jure tutum esse debitorem, etiamsi non apponat exceptionem pacti, quia pactum, quod incontinenti subjectum est stipulationi, novam formam & conditionem stipulationi dedit, quod ex continenti adjicitur, legem contractui dat, contractum format & perficit, hoc est, contractui inest, etiam si adjicitur contractui stricti juris, veluti stipulationi in hac specie. Inest ergo contractui stricto, stipulationi strictæ, ex parte rei, scilicet, ex parte debitoris, ex parte rei debendi, ut reo prosit, actori autem noceat, non etiam ex parte actoris, sive creditoris, ut ei prosit. Et hoc distant judicia stricta a judiciis bonæ fidei: nam judiciis bonæ fidei pacta facta incontinenti insunt, non ex parte rei tantum, sed etiam ex parte actoris, ut actori præbeant actionem, *l. jurisgent. §. quinimmo, sup. de pact. l. in bonæ fid. C. eod. tit.* Judiciis autem strictis insunt ex parte rei tantum, non ex parte actoris. Quod exemplo faciam manifestius: si quid in contrahenda stipulatione placuit solvi intra mensem, statim subjecto pacto convenerit solvi intra triduum: ex hoc pacto non nascitur actio, quia non est subjectum contractui bonæ fid. sed stricto: sed si convenerit id solvi intra duos menses, si a debitore petatur transacto primo mense, tueri se potest, quo minus exigatur potestate pacti conventi, quod stipulationi inesse creditur. Idemque erit, si pacto convenerit solvi divisis pensionibus quod in contrahenda stipulatione caverat debitor se in solidum soluturum Cal. prox. nam si debitor conveniatur in solidum finito primo mense, recte dicet, ipso jure se teneri tantum in pensionem primam, puta, ut in hac specie in trecentos, non in quindecim millia denarium, quia pactum illud stipulationi inest ex parte rei, sive partem stipulationis facit, quæ est sententia Pauli. Non hoc vult Paulus, pactum inesse stipulationi ex parte actoris (ut vulgo perperam hæc lex accipitur) sed ex parte rei debendi tantum: quod omne fusius die proxima explicabitur. P. Mævius stipulatus est sortem Calendis futuris, vel (quod idem est) Calendis proximis, breve intervallum debitori ad solvendum dedit, quia nisi stipulatus sit, verbi gratia Cal. Martiis sortem dari, Cal. prox. id est, Cal. Aprilis, minus quam menstruum spatium debitori dedit: nec enim intra mensem dari stipulatus est, qui Calendis proximis dari stipuletur. Nam si 4. Calend. Decemb. dari stipuletur. Calend. Decemb. intra triduum dari stipulatur, vel si hodie (qui 18. vel. 19. dies nobis est) stipuletur, dari Calend. prox. intra diem 12. aut 13. dari stipulatur, quod breve & modicum intervallum est, *l. promissor, §. 1. de constit. pec.* & modicum intervallum non est intervallum, *l. 6. §. 1. de duobus reis*. Et ita Quint. *Vix salutatis laribus expellor, & apud plerosque dubitari potest an admissus sim*, Declam. 9. Quandoquidem dies contractæ stipulationis in specie proposita non multum distat a die condicto solutioni, qui dies stipulationis dicitur, id est, a Cal. prox. quo die secundum stipulationem tota sors solvi debuit; aut si ea die non solveretur, tunc ex mora sortis ea die non solutæ, usuræ centesimæ pœnæ nomine, ut ait vice pœnæ, *l. qui sine usuris, de negot. gest. l. cum stipulati, de verb. oblig.* nam usura, quæ moroso debitori infligitur, pœna est. Et illo articulo (*tunc*) in formula hujus cautionis, futurum tempus significatur, numerandum ex Cal. prox. non præsens, aut præteritum, ut in *l. 4. §. ult. de condit. & demonst. l. 64. & 126. de verb. obligat. l. pen. de testam. tut.* Nam P. Mævius usuras stipulatur in futurum, si Calend. prox. sors non reddatur, non in præteritum ex tempore contractæ stipulationis. Et lego in hac formula, ut vulgo, *si ea die*, ut sequatur, *suprascripta summa*, quia noluit dicere, *die suprascripta*, sed *summa suprascripta*, ut infra; *ut P. Mævio ex summa suprascripta*. Recte igitur vulgo, *si ea die*, non recte Florentiæ, *si die*, & recte etiam vulgo infra, *ut P. Mævio ex summa suprascripta*: non recte Florentiæ, *ut pro Mævio*. Item infra, recte vulgo, *quo tardius soluta esset*, ut in *l. ult. de re judic.* non recte Florentiæ, *quoad tardius*. In extremo quoque legis recte vulgo, *quod competit usurarum nomine*, non recte Florentiæ, *quo competit*. Nunc redeo ad quæstionem legis de obligatione usurarum. Quæritur in specie proposita, quam satis jam exposuimus recitatione prima, quatenus usuræ de-

debeantur, quum aliquot, vel omnes menses transierunt, A qui solutioni pensionum ex pacto stipulationi incontinenti subjecto competebant. Et respondet Paulus, pacta incontinenti subjecta inesse stipulationi, hujusmodi pactum esse subjectum incontinenti. Ergo inesse. Quid est incontinenti? Illico, & continenter, nullo alio actu interjecto, qui alienus sit ab eo negotio, quod geritur, *l.12. de duob.reis.* Et ideo apud Sophoclem recte chorus suadet regi, ut illico, sive ταχιστα, ut ait, extruat sepulchrum Polynici, & fovea extrahat Antigonē, ac subjicit: δρᾶ νῦν τάδ' ἐλθὼν, μηδ' ἐπ' ἀλλοισι τρέπε, id est, *hæc agere perge, nec te divertas ad alia.* Igitur quod quis stipulationi, antequam diverterit ad alia negotia, subjicit pactum, id subjectum esse creditor incontinenti. Quid autem est inesse stipulationi? Continenti ipsa stipulatione, ut non sit necesse prætorem actioni ex stipulatu addere, vel reum opponere exceptionem pacti, quod B suppleri ea exceptio possit, & debeat religione judicantis, quasi pars stipulationis, quasive ab initio, ita ut pacto continetur concepta stipulatione, pacto secuto stipulationem ex intervallo reo necessaria est exceptio pacti, quia non inest stipulationi: Pacto autem secuto incontinenti, non est reo necessaria exceptio, quia non jure exceptionis, sed ipso jure, mero jure sors non debetur tota Calend. proxim. licet priori parte contractus tota in stipolationem deducta sit, sed debetur tantum divisis pensionibus, ut pacto cunfestim stipulationi subjecto comprehensum est, puta trecenti denarii in menses singulos, perinde atque si ita concepta stipulatio fuisset, quia pactum incontinenti subjectum stipulationi, ei inesse, eamque reformasse intelligitur, & ipso jure relevasse debitorem onere totius surtis solvendæ Calend. proximis. Itaque hoc tantum dicit auctor C hujus legis, pactum subjectum stipulationi incontinenti, inesse ex parte rei debendi tantum, ut scilicet ei ipso jure proficiat, non etiam ut præbeat creditori actiunem ex stipulatu, vel præscriptis verbis, quod postremum ex hac lege nullo modo colligi potest. Et ita inveni hanc legem Paulum Castrensem interpretari, fide penitus abrogata summarin Bartoli, & aliorum omnium, qui omnes eam ob rem, quod ad eos attinet, vere & congruenter huic legi hanc appellationem indiderunt, ut diceretur *lex lecta, non intellecta*, quia ex eo genere interpretum unus solus Castrensis ejus sensum assequutus est. Raphael quidem Fulgosius eundem sensum afferre tentavit, sed diffidenter. Solus Paulus Castrensis asseveranter. Et vero aliæ quoque leges sunt, quæ probant stipulationi, vel alii contractui stricti juris subjectum pactum incontinenti inesse D ex parte rei, ut *l. 4. §. ult. de pact.* quæ si stipulationi puræ decem dari statim subjecto pacto conditionali placuerit, ut donec usuræ solverentur, decem non peterentur, hanc conditionem pacti inesse stipulationi ait, perinde atque si in stipulatione ipsa expressa fuisset. Aliæ quoque sunt leges, quæ probant pactum contractui stricto subjectum incontinenti non inesse ex parte actoris, id est, non valere ad formandam, vel parandam actionem, ut *l. 3. C. de usur. l. Titius, de præscript. verb. l. qui negotia, mand.* & aliæ complures, quæ docent ex pacto usurarum, quod mutuo subjectum est incontinenti, usuras peti non posse. Cur ita? an odio usurarum, ut vulgo fertur? minime, quia nihil odio usurarum in jure civili constitutum esse reperio. Et est certissimum. Cur igitur? quia mutuum est contractus stricti juris, & pactum incontinenti factum ex E parte actoris non inest contractui stricti juris. Idem probat *lex rogasti, §.1. hoc tit.* quæ docet si mutuo datis decem, tametsi statim pacto conveniat undecim reddi, non posse condici amplius, quam decem. Cur ita? quia mutuum est contractus stricti juris: & contractibus strictis pacta subjecta ex continenti non valent ad agendum. Neque vero contra ulla lex est, quæ id genus pacti probet valere ad agendum, quod est inesse ex parte actoris. Non *lex si quis ita promiserit, §. Seja, de verb. obligat.* quam in hanc sententiam afferunt: species hæc est: Seja hortos emit mandatu Titii: ac deinde Titio stipulanti promisit, se hortos traditaram, cum is pretium omne cum usuris solvisset. Incontinenti autem subjecto pacto, placuit inter eos, ut Titius pretium cum usuris solveret intra Calen. Apr. & hortos acciperet. Et lex ait, Titium, si non multo post Calen. Aprilis pretium offerat cum usuris, nec ulla in illa modici temporis mora sit captio Sejæ, recte agere ex stipulatu, hortos sibi dari oportere. Hæc est sententia dicti *§. Seja.* Unde non recte colliges, pactum stipulationi subjectum incontinenti valere ad actionem ex stipulatu Titio dandam, quia ea actio Titio non ex pacto competit, sed ex priori stipulatione, quæ pacto immutata non est, & Sejæ nulla proponitur competere ex pacto, qua pretium cum usuris petat. Idem etiam non probat *lex 27. de reg. jur.* Nam quod ait, pacto convento cum inchoatur actio, id est, jus persequendi, id est, incontinenti, & initio contractus, ipso jure causam obligationum immutari, modum actionum infirmari. Hoc tam pertinet ad judicia bonæ fidei, quam ad judicia stricta, & in judiciis bonæ fidei sane verum est, tam ex parte actoris, quam ex parte rei, *d.l. jurisgentium, §. quinimmo, & l. in bonæ fid. C. eo tit.* In strictis non est verum, nisi ex parte rei, & a judiciis bonæ fidei interim verum est, quod Accursius hic notavit, excipiendum esse casum *legis quod si locus, sup. de relig. & l. servus ea lege, de serv. export. & l. avia, de jure dot.* quos casus per vos excutite. Sed non etiam casum *l. 3. C. de usur.* vel *l. rogasti, §. 1. hoc tit.* quia non loquuntur de contractibus bonæ fidei, sed de mutuo. Et generaliter locum obtinet in omnibus aliis contractibus strictis, ut scilicet in eis ex parte actoris non insint pacta facta incontinenti, sed ex parte rei tantum, neque nova videri debet hæc differentia inter judicia stricta, & bonæ fidei, pactis factis: nam & pactis factis ex intervallo, inter ea differentia est, quod sic demonstro: pactum factum ex intervallo si detrahat contractui bonæ fidei, ut puta si post contractam emptionem, & venditionem ex intervallo fiat pactum de augendo, vel minuendo pretio, pactum inest emptioni venditioni ex utraque parte: nam & actionem parat actori quasi ex nova emptione, & reum ipso jure tuetur, si conveniatur ex priori emptione, *l. pacta, de contrah. emp.* Stipulationi autem neque inest ex parte actoris, quia actionem ei non parat, nec ex parte rei, quia reo nihil proficit, nisi beneficio oppositæ exceptionis, nisi facto rei opponentis exceptionem, *l.3. de rescind. vendit.* Præterea *lex petens, C. de pact.* (quam etiam in hanc sententiam afferunt) non probat etiam pactum incontinenti subjectum stipulationi inesse ex parte actoris, quia ea lex non est de pacto subjecto stipulationi, sed de stipulatione subjecta pacto. Hanc constat parere actionem. Et vero (ut Paulus ait 2. Sent.) omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit. Illud vero pactum, quod incontinenti subjicitur stipulationi, neque parit propriam actionem, neque format actionem ex stipulatu, sed ipso jure ex parte rei tantum inest stipulationi, id est, reo prodest etiam tacenti, nec opponenti exceptionem pacti: hoc genere pactum subjicitur stipulationi, stipulationis reformandæ, conservandæ, vel emendandæ gratia. Illo vero genere pacto subjicitur stipulatiu, pacti confirmandi gratia, ut in *d.l. petens*. Quæ ideo recte ait, nihil interesse, an stipulatio, quæ interponitur pacti firmandi gratia præcedat, an sequatur pactum; nam & quæ antecedit tempore, sequitur natura, & intellectu. Et ita nihil interest an stipulatio mutuum præcedat, an sequatur, *l.6. & 7. de novat.* nihil interest pactum præcedat emptionem, vel alium contractum, *l. 3. C. de ædilit. action.* nihil interest traditio præcedat emptionem, an sequatur, *l. sive, §. 1. de Pub. in rem*, nihil interest legatum tutori relictum sequatur, an præcedat tutelam, *l. 33. de excusat. tutor.* Et ita est explicanda *d.l. petens*. Ex his vero concludamus, nullum esse locum in jure, quo probetur, pactum incontinenti inesse stipulationi ex parte actoris, quoniam inest duntaxat ex parte rei, ut in specie hujus legis, si sortem, quam stipulatione placuerat solvi Cal. prox. etsi ea die non solveretur, centesimas dari: si, inquam, statim subjecto pacto, mutataque sententia convenerit sortem solvi divisis pensionibus, puta ex sorte 15. millium denarium solvi menstruos denarios trecenos, quia tale pactum inesse creditur stipulationi, & pro

pro eo res habetur, ac si secundum formam pacti ab initio concepta fuisset stipulatio: finito primo mense ipso jure non possunt à debitore peti, nisi trecenti denarii: finitis duobus mensibus, nonnisi sexcenti, finitis tribus, nonnisi nongenti, non sors integra, id est 15. millia, etiamsi jam pridem exierint Cal. prox. & consequenter nonnisi pro rata pensionum sua die non soluturam, usuras quoque deberi: non ergo deberi usuras totius sortis, quia tota sors peti non potest, & non potest peti usura sortis, nisi & sors ipsa peti possit, *l. cum post*, *§. usuras*, *de jur.* dot. aut certe eatenus tantum usura peti potest, quatenus & sors, quæ est sententia Pauli in hac lege. Quidam à Paulo dissentiens dicebat, pactum incontinenti subjectum stipulationi, non inesse stipulationi, & debitori tantum prodesse ad exceptionem, si eam opponere vellet, si ea uti vellet: sin minus, nihil prodesse, quia ipso jure (ut dicebat) ex Cal. prox. peti ab eo sors integra potest, quasi non imminuta, vel immutata pacto forma, & origine stipulationis: & ideo non solutis statis pensionibus aliquot mensium, dicebat usuras totius sortis deberi ex die stipulationis, & peti posse, nec petenti obstare exceptionem pacti, quia in pacto nihil de usuris comprehensum. Et insuper dicebat totius sortis usuras deberi ex die stipulationis, id est, ex Cal. prox. quo tota sors solvi debuit, aut si ea die non solveretur, usuram centesimam in menses singulos, quo tardius solveretur, non expectato (ut dicebat) fine singularum pensionum, perinde atque si id nominatim inter contrahentes expressum fuisset, ut non soluta parte sortis statis pensionibus, retrorsum usuræ præstarentur, non ex die tantum, quo mora facta est in solvenda pensione quaque, solvendisque pensionibus, sed ex die stipulationis, id est, ex die, quo solvi sibi totam sortem P. Mævius stipulatus est, puta ex Calend. prox. Nam ex die contractæ stipulationis non potuit existimare, aut non fuit adeo vervex, ut existimaret usuras deberi, cum hæc verba stipulationis: *tunc eo amplius, quo post solvam, pœnæ nomine*, plusquam aperte referantur ad tempus moræ, id est, ad tempus non solutæ sortis Cal. prox. Verum hæc sententia à Paulo refellitur, existimante (quod etiam obtinuit) ex eo die, id est, à Calend. proxim. non deberi centesimas usuras, si cessaretur in solvendis pensionibus, sed à die cessationis tantum, à die finiti mensis cujusque, & pro rata pensionis cujusque: quia dilatio sortis solvendæ, atque divisio in pensiones, quam pactum invexit, suspensio, & intermissio usurarum est. Quid aliud? Non debentur ergo ex Calend. proximis usuræ, sed ex eo tempore, quo debitor moram fecit in pensione quaque sua die solvenda. Unde efficit Paulus etiam eo dato, quod ille dicebat, pactum non inesse stipulationi, sed prodesse ad exceptionem tantum: eo, inquam, dato, non concesso (nam diversa sententia obtinuit) eo paulisper dato, etiam si id detur, non posse peti usuras totius sortis, quia ex tempore moræ debentur, & non intelligitur in mora fuisse solvendæ totius sortis is, à quo tota sors peti non potuit, *l. si pupillus*, *de verb. obligat.* Non intelligitur autem peti potuisse, quod si petitum fuisset, aut si peteretur, exceptione pacti posita (ut vel ille putabat) infirmari posset. Inanis est petitio, quæ exceptione infringi potest, *l. sciendum*, *de usur. l. Stichum*, *§. aditio*, *de solut. l. & eleganter*, *§. servus*, *de dolo*, *& l. quamvis*, *§. Marcellus*, *ad Vellej. l. 25. de verb. oblig. l. pen. inf.* de *condict. ob turp. caus.* At secundum sententiam Pauli, quæ obtinuit, cum nec ipso jure tota sors peti possit, & totius sortis multo minus usuræ peti possunt. Denique ipso jure non committitur stipulatio usurarum, nisi pro rata pensionum sua die non solutarum, ex tempore cessationis, & moræ, non ex die stipulationis, nisi id nominatim expressum sit. Nam in fine hujus l. fatetur Paulus, id specialiter exprimi, & caveri posse, ut non solutis pensionibus, retrorsum usuræ debeantur ex die stipulationis, id est, ex Calend. proximis, vel etiam aliter, ut à die non soluta sorte post moram, post eam diem etiam retro usuræ debeantur ex die contractæ, & interpositæ stipulationis, qui modico intervallo distat ab illo, *ut l. 64. & 126.* quæ est ex eodem libro Pauli, *de verb. obligat.* Nam & idem de fructibus caveri posse ait, ut puta, si fundus promissus ad diem non detur, ut ejus fundi fructus retro computentur ex die contractæ stipulationis, & restituantur: quam in rem hic locus est singularis: nescio similem. Et observa Paulum argumentari à fructibus ad usuras: nam & usuræ vice fructuum sunt, *l. usuræ*, *de usur. l. 3. de usuf. ear. rer. quæ usu consum. vel l. cum quidam*, *de usur.* quæ extremo hujus legis opponitur, satis dixi prima recitatione, & hoc tantum inculcati præstat, in fine hujus legis ostenditur, ob sortem sua die non solutam, posse infligi usuras ex die contractus. Lex *cum quidam* non tradit contrarium, sed hoc tantum, ob minores usuras solutas quidem quibusdam diebus, sed sua quadam die non solutas, non posse infligi majores ex die contractus, sed ex die cessationis tantum, quo debitor cessavit in solvendis minoribus. Optima ratione, quia iniquum est usuras usuris accrescere, solutis minoribus accrescere majores, usuræ usuris nunquam accedunt. Antequam veniam ad *l. 18. de cond. ob turp. caus.* si placet repetamus magis, atque magis id quod obscurum est in *l. lecta*, ut confirmemus ea, quæ ad eam diximus esse omnia verissima. Ac primum, quod ait Paulus, non ante sortis non solutæ usuras peti posse, quam & ipsa sors peti potuerit, id inveni Græcos interpretes etiam confirmare ex *l. 8. §. illud*, *de lib. legat.* quæ lex ait, si testator vetuerit à debitore suo intra certum tempus sortem peti, non posse etiam ab eo heredem ejus, ne quid faciat contra voluntatem defuncti interim quandiu sors peti non potest, usuras petere. Sortis igitur dilata petitione, & dilata etiam intelligitur petitio usurarum. Invenio etiam id, quod est præcipuum in *l. lecta*, nempe pactum incontinenti subjectum stipulationi, inesse ex parte rei ipso jure, etiam non opposita exceptione, & minuere obligationem, non etiam ex parte actoris, quia non valet ad agendum, & ut Stephanus ait in eamdem legem, pactum incontinenti subjectum stipulationi, minuere potest obligationem, non etiam augere, quod nihil aliud est, quam illud pactum ex parte debitoris inesse, non ex parte creditoris. Invenio, inquam, idem in mutuo, qui est contractus stricti juris, Ulpianum scripsisse in *l. rogasti*, *§. 1. eod. tit.* quia in eo non hoc tantum proponit, pactum incontinenti subjectum mutuo non inesse ex parte actoris, ut docui, ut puta, si mutuo acceptis 10. statim subjecto pacto convenerit undecim reddi, non amplius condici posse, quam 10. non undecim, quia pactum non inest ex parte actoris, non auget obligationem mutui: sed tantum inest ex parte rei ipso jure, ut puta, si acceptis mutuo decem, statim pacto convenerit, novem tantum reddi, ipso jure non possunt peti nisi novem: pacto ipso jure minuitur obligatio, & inest ex parte debitoris. Favorabiliores utique semper sunt rei, quam actores. Consentit ergo Ulpianus cum Paulo, & consequenter in *l. lecta*, Paulus non Ulpianum reprehendit, sed alium quendam, forte Papinianum ipsum, qui præerat consilio, ut in *l. si creditores*, *de separat.* dum ait Paulus, *quidam putat*, sane Papinianum intelligit, cujus sententia extat in *l. debitor*, *eod. tit.* Aliis locis quum ait *quidam*, forte potuit Ulpianum significare, ut in *l. 8. usuf. quemadm. cave. l. qui heredi*, *§. si duorum*, *de condit. & demonstr.* & dum ait, *Alii*, *in l. pro emptore*, *§. si in diem*, *inf. pro emp.* Hæc sunt, quæ addi velim iis, quæ prius tradidi ad *l. lecta*.

Ad L. VIII. de Condict. ob turp. caus. *Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summovere eum possis: tamen si solveris, non posse te repetere: quoniam sublata proxima causa stipulationis, quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudo, superesset. Porro autem, si & dantis, & accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse. Et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est.*

QUæstio legis hæc est, *si solvi*, *quod stipulanti promiseram ob turpem causam*, *veluti ob stuprum*, *qua in re versatur turpitudo stipulantis*, *& promittentis*, *dantis*, *& accipientis*, *an id condicere possim?* Quæstio non est de turpitu-

pitudine accipientis tantum, ut glossæ volunt, & interpretes omnes, qui ex uno casu, qui proponitur in hac l. conficiunt duos diversos: perperam, ut postea demonstrabitur. Quæstio (inquam) non est de turpitudine accipientis tantum, quo casu constat etiam re soluta, conditioni locum esse, cum ex parte dantis nulla versatur turpitudo, ut si dedi, ne mihi injuriam faceres, *l. 1. & 4. l. pen. & ult. C. eod. tit.* Sed quæstio est de turpitudine utriusque, & turpiter dato, vel soluto, & turpiter accepto. Et ita Græci omnino ponunt, qui breviter totius legis sententiam ita exprimunt: *ἐὰν ἑκατέρωθεν τῆς αἰσχρᾶς αἰτίας οὔσης*, &c. id est, *si cum ex utraque parte turpitudo versaretur, turpisve causa exsisteret, promisero me daturum aliquid, si à me petatur, habeo quidem exceptionem: sed si solvero, non habeo repetitionem*. Itaque quum ex utraque parte versatur turpitudo, condictioni locus non est ejus, quod solutum est. At videbatur tamen condictioni locus esse, quia solvi indebitum. Indebitum enim est etiam, quod etsi ipso jure debeatur, jure tamen perpetuæ exceptionis, quæ tam naturalem, quam civilem obligationem exstinguit, non debetur, *l. qui exceptionem, inf. de cond. indeb.* Quod autem promisi ob turpem causam, etiamsi versetur turpitudo ex utraque parte, id si à me petatur, tueri me possum exceptione doli mali, vel in factum, quæ perpetua exceptio est, & omnem obligationem exstinguit. Ergo id effectu non debui. Et consequenter si per errorem solvi, id quasi indebitum condicere possum. Duo exigimus, ut condictio indebiti competat ei, qui solvit, cum haberet exceptionem; primum, ut habuerit perpetuam: nam temporaria exceptio condictionem non inducit, *l. sufficit, inf. de cond. indeb.* & ut habuerit ejus generis exceptionem, quæ etiam naturalem obligationem expugnat, veluti exceptionem pacti, *d. l. qui exceptionem, §. ult.* conjuncta *l. si non sortem, §. si libertus, eod. tit.* & exceptionem jurisjurandi voluntarii, aut necessarii, *l. si quis juravit, eod. tit.* & exceptionem Senatusconsulti Velleiani, *d. l. qui exceptionem*. Et hanc, de qua hic agitur exceptionem doli mali, vel in factum ex causa doli, *l. 7. sup. tit. prox. l. si pater ignorans, sol. matrim.* Exceptio autem, quæ naturalem obligationem non perimit, ut exceptio rei judicatæ, *l. judex Julianus, inf. de cond. indeb.* & exceptio Macedoniani, *dict. l. qui exceptionem, & l. quia naturalis, ad SC. Maced.* Hæ exceptiones, quæ civilem obligationem tantum exstinguunt, non naturalem, non inducunt soluti condictionem. In casu autem hujus legis verius est, exceptionem doli, vel in factum, licet sit perpetua, & naturalem etiam perimat obligationem, soluti condictionem impedire, quia, ut ait Paulus, *sublata proxima causa stipulationis*, nempe stipulatione, *quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudo superesset*. Quæ verba videntur subobscura, sed nihil est facilius, ut exponemus. Proxima causa solvendi est stipulatio, quia, ut ait in fine, ex stipulatione solutum est. Hæc vero causa nulla est, quia stipulatio per exceptionem inanis constituitur, ut in *l. lecta, de reb. cred.* Et ideo, quod ad hanc causam attinet, quia nulla, aut inutilis est, aut inutilis fit per exceptionem, ei, qui solvit, condictio competere videtur. Pristina autem causa solvendi est turpitudo, quia causa turpis prius venit in mentem, de eaque primum inter se tractarunt contrahentes, tractatus turpis antecessit, deinde secuta est stipulatio, & stipulationem solutio. Solutioni proximior est stipulatio, solutionis proxima causa est stipulatio, quam exceptio doli, vel in factum infirmat, infringit, nullamque constituit. Pristina autem causa, id est, prior (*pristina enim dicitur, ut Festus ait, quasi priustina*) pristina, inquam, sive prior solvendi causa, id est, turpitudo non aboletur, sed eadem manet, & extat. Et hæc inhibet soluti condictionem. Proxima causa non inhibet, quia nulla est, sed prior causa inhibet. Et ita quoque Græci hanc rationem Pauli interpretati sunt, quorum verba hæc sunt fere, *τῇ καταβολῇ* &c. id est, *solutioni proximior est stipulatio, quia prius de turpi causa cogitaverunt, & inter se colloquuti sunt, deinde subjecerunt stipulationem*, & ita stipulationem secuta solutio est: nihil est evidentius. Et sic in *l. cum is, §. pen. inf. de cond. indeb.* si mater, cum in ea opinione esset, ut crederet se pro dote obligatam filiæ nomine, se dotem pro filia dare debere, pietatis officio functa dotem dederit, non condicit. Quare? Utitur eadem ratione: quia sublata falsa opinione, quæ scilicet fuit proxima causa dandæ dotis, & per se condictionem inducit, relinquitur, inquit, & superest pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Et propter eam causam dicitur cessare condictio. Invenies & in *l. cum de hoc, inf. de except. rei judic.* proximam causam actionis dici ad differentiam primæ, seu pristinæ causæ. Causa proxima actionis in rem est dominium: causa prima, titulus acquirendi dominii, veluti possessio temporis lege definiti. Quod autem sequitur in hac lege, *porro autem si & dantis, & accipientis, &c.* id consequentia est, & conclusio ejus, quod dixit ante. Et (*porro autem*) idem valet, quod proinde. Denique idem est casus, non alius: nimirum, si dantis, & accipientis turpitudo versetur, in pari causa, in pari vitio potiorem, & meliorem esse conditionem possessoris, ut in *l. 2. C. eod. tit. l. ult. inf. de cond. sine caus.* in pari causa fortunam pro possessore dare sententiam, & ideo, quod is tenet, & possidet non potest ei condici ab illo, qui dedit, quique in eodem vitio versatur, licet dederit ex stipulatione, quæ jure exceptionis nulla, & inanis erat, quia hac causa sublata superest alia, puta turpitudo, quæ inhibet repetitionem, turpitudinis causa, ex qua solutum repeti non potest. Quod autem dicitur hoc loco stipulationem, vel stipulationis causam, quod idem est, tolli exceptione doli mali, vel in factum, ei nihil obstat *l. 5. C. eod. tit.* nihil *lex generaliter* cum *l. seq.* nihil *l. si flagitii, de verb. obl.* quæ turpes stipulationes dicunt esse ipso jure nullas ab initio, etiamsi nulla opponatur exceptio, citra exceptionem, quia loquuntur de stipulationibus rei turpis: ut si quis stipulanti promiserit, se homicidium facturum, aut lenocinium, sicut in *l. 6. §. rei, mand.* dicitur rei turpis mandatum nullum esse, & ita stipulatio turpis, id est, stipulatio rei turpis: non loquuntur de stipulationibus certæ pecuniæ, quæ fiunt non expressa causa stipulationis: hæ ipso jure valent, nec excluduntur, nisi beneficio exceptionis doli, vel in factum. Et ita Bartolus recte. Concurrit autem exceptio doli semper cum exceptione in factum, hæc est honestior: illa quodammodo infamat. Et hac utimur adversus eos, quibus honorem, & reverentiam debemus, ut adversus parentes, & patronos: illa adversus cæteros, *l. apud Celsum, §. adversus, de doli except.* Eademque est ratio actionis de dolo, & actionis in factum, *l. non debent, de dolo*. Actio enim de dolo est famosa, infamat reum secuta condemnatione, quia omnino est in personam, dirigitur in personam, qua cum agitur, quia notat personam ejus, qui dolum fecit. Actio autem in factum vi quidem ipsa est etiam in personam, sed non figura verborum, quia in rem, & generaliter scribitur, sive concipitur, non notata persona, quæ dolum admisit: scribitur in factum, id est, in id quod gestum est, non in eum, qui gessit, quamvis vi ipsa, *τῇ δυνάμει*, sit in eum. Et ita eodem sensu Lampridius Alexandrum Severum, *si quid minus bene factum esset, id ipsum convincisse ait, verum in factum, & sine amaritudine animi*: in factum scilicet, non in personam: factum reprehendebat, & convincebat magis, quam personam. Quod est scitum, & elegans.

Ad L. XXI. de condict. indeb. *Plane, si duos reos non ejusdem pecuniæ, sed alterius obligationis constitueris: ut puta, Stichi, aut Pamphili: & pariter duos datos, aut togam, vel denaria mille: non idem dici poterit in repetitione, ut partes repetant: quia nec solvere ab initio sic poterunt. Igitur hoc casu electio est creditoris, cui velit solvere: ut alterius repetitio impediatur.*

Quæstio I. pendet ex *l. 19. §. ult.* & *l. 20. sup.* Eam igitur prius exponamus. Si duo sint rei debendi, qui debeant singuli in solidum eandem pecuniam, puta 10. non dena, & per errorem pariter solverit 20. id est, singuli dena, recte ait *l. 19. §. ult.* singulos quina quasi indebita

Digitized by Google

bita repetituros, ut creditor non habeat, nisi decem, quæ sola ei à duobus reis debebantur: nec sua decem, quæ solvit, repetet unus potius, quam alter, quia nec apparet uter indebitum solverit, quia pariter solverunt. Ut igitur par sit ratio omnium, melius est singulos repetere quina: pariter solverunt viginti, id est, uno eodemque tempore, non simul ambo: nam si diversis temporibus singuli solverint dena, qui prior solvit, non habet repetitionem, quia debitum solvit, posterior decem, quæ solvit quasi indebita, repetere potest, *l. cum duo, inf. hoc tit.* Item si ambo simul solverint 20. scientes præsentesque, qui posterior solvit, non habet condictionem, quia solvit per errorem juris, nesciens se solutione prioris liberatum esse. Error juris non inducit condictionem, sed error facti tantum, *l. cum quis, C. de jur. & fact. ignor.* Ponendum igitur est, quod & Græci ponunt hoc loco, unumquemque solvisse decem, nesciente altero, puta solvisse per alium, per nuntium, aut tabellarium, non per se, *θεμάτιον ἕκαστον. Pone, inquiunt, unumquemque ignorante altero, misisse per alterum creditori nummor.* Ex quo intelligitur, aliud esse *pariter, aliud simul ambo, aliud ἅμα, aliud ὁμοῦ.* Porro l.20. ait idem esse, si reus principalis, & fidejussor pariter 20. solverint, cum in obligatione essent decem tantum. Singuli enim repetent quina. Et in hac causa (inquit, quod notandum) reus, & fidejussor non distant à duobus reis debendi. Recte in hac causa. Nam in aliis causis, multum distant reus, & fidejussor ejus à duobus reis debendi. Fidejussor compensare potest, quod reo principali debetur, *l.4. & 5. de compensat.* Correus vero non potest compensare, quod correo debetur, nisi socius sit. *l. si duo, de duob. re. constit.* fidejussor si solverit, habet in reum principalem actionem mandati, vel negotiorum gestorum, *l. 20. mand.* Correus si solverit, adversus correum nullam actionem habet, quia suo nomine solvit, *l. si pro parte, §. ult. de in rem verso.* Utriusque correi par causa est, *l. ult. in princ. quæ in fraudem credit.* Singuli enim sunt rei principales, fidejussor non est reus principalis, sed accessio, & sequela principalis obligationis, *l. 5. §. penult. de inst. act. l.93. de solut.* mora rei fidejussori nocet, *l. mora, de verb. oblig.* mora correi, correo non nocet, *l. in condemnatione, §. pen. de reg. jur.* & est hodie ex Novella Justiniani *de fidejussoribus*, inter eos certissima differentia, quod etsi electio permittatur creditori, ut eligat ex duobus reis quem voluerit, quem conveniat, & condemnet, eadem ei electio non permittitur in reo, & fidejussore. Prius enim conveniendus, & excutiendus est reus principalis, quam fidejussor. Qua ratione si hodie reus, & fidejussor solverint 20. id est, singuli decem, cum decem tantum deberentur, dicerem soli fidejussori competere condictionem decem, quæ solvit per errorem, cum existimaret totidem reum non solvisse, & non esse solvendo. Quam in rem est valde singularis Glossa l. 20. Est tamen etiam alia causa, in qua reus, & fidejussor non distant à duobus reis debendi. Nam neque inter correos, neque inter reum, & fidejussorem locus est beneficio divisionis, quod induxit epistola divi Adriani, invito creditore, *l. si plures, §. ult. de fidejus. l. si ex toto, §. ult. de legat. 1. l. reos, de duob. reis.* His cognitis videamus, quid sit dicendum, quæ est quæstio hujus *l. 21.* si duo sint debitores non ejusdem pecuniæ, inquit, sed alterius obligationis, id est alternatæ obligationis, ut si singuli debeant Stichum, aut Pamphilum sub disjunctione, quo genere uterque servus est in obligatione, unus tantum in solutione, *l. si duo, de verbor. obligat.* & electio est debitoris quem solvat, *l. plerunque, §. ult. de jur. dot.* Quid autem dicemus, si pariter solvant utrumque, unus Stichum, alter Pamphilum? vel quid si debeant singuli sub disjunctione, sub alternatione, togam, aut denaria mille (dicit Paulus denaria mille, more Græcorum, ut Plautus, in *Rud. centum denaria Philippæa in pascolo*, id est, in marsupio) Quid ergo si singuli debeant sub alternatione togam, aut denaria mille, & pariter utrumque solvant per errorem, unus togam, alter denaria mille, an possint singuli condicere partes, sicut illi, qui cum deberent decem, solverunt 20. condicere possunt partes, ut supra dictum est, puta, quina: an similiter & in hac specie unus poterit

A condicere partem Stichi, alter partem Pamphili; vel unus partem togæ, alter partem mille denarium? Minime, quia, ut ait, nec ab initio solvere potuerunt partes hominum, vel togæ. Et cujus rei arbitrium non haberet in solutione, id etiam æquum est, ut nec habeat in repetitione: non potuerunt solvere partes: ergo non poterunt etiam repetere partes. Non est etiam æquum, utrunque servum retinere, vel utramque rem creditorem retinere, cum altera contentus esse debeat, sicuti fert jus, & conditio alternatæ obligationis: & vicissim non est æquum, utrumque debitorem rem, vel hominem, quem solvit in solidum, repetere, aut unum potius repetere, quam alterum. Fac utrumque velle repetere, quod solvit. Impedient se invicem, quia non statuunt, aut non possunt statuere, uter potius repetat. Si inter eos conveniret quis repeteret quod

B solvit, & quis non repeteret, nullus esset labor. At quid fiet, si uterque repetitione uti velit, Paulus definit, melius esse neutri repetitionem dari, & in electione creditoris, & arbitrio ponere, cui reddat, quod ab eo accepit, ut eo electo alterius repetitio impediatur. Hoc, inquit, casu, rei scil. expediendæ gratia (quod notandum) electio est creditoris cui velit solvere, id est, reddere quod accepit plus debito, cui velit reddere decem. Hoc casu, quum scilicet sunt duo debitores Stichi, aut Pamphili, vel togæ, aut denarium mille. Alias enim si non sint duo debitores, sed unus tantum, qui debeat Stichum, aut Pamphilum sub disjunctione, & per errorem utrumque solvat, electio non est creditoris, sed electio est ejus, qui solvit, ut repetat quem volet. Quod Julianus subindicat in *l. cum is, in princ. hoc tit.* quia cum utroque homine, vel altero mortuo apud

C creditorem, deneget debitori condictionem, quia qui superest remanet in soluto, sane utroque vivo, debitori, qui solvit videtur dare electionem, ut ex iis repetat quem volet. Idque Julianum sensisse etiam Papinianus scripsit auctore Justiniano, *l. pen. C. eod. tit.* Et probat Juliani sententiam tam Papinianus, quam Justinianus ipse, *d. l. pen.* ut scilicet is habeat electionem repetendi, qui & solvendi electionem habuit, abrogata sententia Celsi, Ulpiani, & Marcelli, qui electionem reddendi, & retinendi quem vellet, creditori dabant, quasi creditore jam facto debitore reddendi alterius. Ex exstat hæc Ulpiani sententia adjuncta auctoritate Celsi, & Marcelli in *l. si non sortem, §. pen. inf. hoc tit.* Illo loco, *utroque simul soluto, Sticho, id est, & Pamphilo mihi*, id est, creditori, *repetendi*, &c. cum tamen uterque non conjunctim, sed disjunctim esset

D in obligatione, *mibi creditori retinendi quem vellem arbitrium daretur.* Sed explosa hæc sententia est, & correcta igitur omnino *d. l. si non sortem*, in supradicto loco. Inter eosdem Jurisconsultos fuit ratione pari controversia in hac specie: si is, qui debuit Stichum, aut Pamphilum, putans se pure debere Stichum, solverit Stichum: nam Julianus ei dat condictionem Stichi, si veritate cognita Pamphilum solvere malit, *d. l. cum is, §. ult.* Celsus autem denegat condictionem Stichi, *l. 19. de leg.* 2. Denique, ut utroque dato, & soluto Celsus retentionem, sive potestatem retinendi quem velit creditori dat, ita & altero dato, ejus ei retentionem dat. Julianus vero, ut utroque dato potestatem repetendi quem velit debitori dat: Ita & altero dato potestatem repetendi ejus, & dandi alterius. Et ex mente Justiniani Juliani sententiam sequendum est. At

E quæro quid dicemus, si debitor unus Stichi, vel si duo debitores Stichi, cum existimarent se debere Stichum, aut Pamphilum, solverunt Pamphilum, quia in disjunctivis electio est debitoris. Et hoc casu extra omnem controversiam est, Pamphilum quasi indebitum condici posse, *l. 19. §. pen. sup. hoc tit.* quia non videtur pro Sticho solutus Pamphilus. Imo vero non potuit alius pro alio solvi invito creditore, *l.2. §.1. de reb. cred.*

Ad L.LX. eod. *Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset. Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet: similemque*

que esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit, sive non venerit? quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur. Ubi autem quis quod pure debet, sub conditione novandi animo promisit: plerique putant, pendente novatione, solutum repetere posse: quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit. Idemque esse etiamsi diversas personas ponas eandem pecuniam pure, & sub conditione novandi animo promisisse. Sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura, & conditionali eundem debiturum certum est.

HÆc lex ab interpretibus est multo, & inerudito pulvere aspersa. Quæstio hæc est, *an verus debitor, cum quo creditor litem contestatus est, si pendente judicio, nondum data sententia, nondum facto judicio solverit quod debuit, an id pendente judicio condicere possit?* Causa dubitandi hæc est, quia forte judicabitur ab eo pecuniam non deberi, & interim incertum esse videtur, debeat, nec ne. Atque adeo, sicut pendente conditione obligationis, ei, qui solvit coodictio datur, *l.16. & 18. hoc tit.l.5.§.pen.de lib. leg.* ita etiam danda videtur esse condictio ei, qui pendente judicio, sub incerto eventu judicii, pecuniam solvit. Aliud tamen Juliano judicium est, ut Paulus refert in hac lege, nempe condictionem ei dandam non esse, quia & solventi post absolutionem judicis non daretur condictio, quia verus debitor est, id est, quia natura debet: veritas autem, & natura idem est, ut in *Inst.adoptionem imitari naturam*. Cic. pro domo sua, *adoptionem imitari veritatem suscipiendorum liberorum*. Ausonius: *adoptionem imitari prolem, quam legisse juvet, quam genuisse velit.* At qui vere, & natura debet, absolutione judicis debere non desinit: res enim male judicata non expungit naturalem obligationem: naturale vinculum, jurisgentium vinculum, *l.8.§.1. rem ratam haberi*. Ergo nec absolutus verus debitor, quod sua sponte solvit, condicere potest, *l. judex, hoc tit.* nam ejus, quod natura debetur, non jure civili, repetitio non est, *l.quod enim, l.fidejussor, §.fidejussor, de fidejuss.l.49.§.1. de solut. l. 1. §. id quod natura, ad leg. Falcid.* Quod si verus debitor, etiamsi absolutus sit, condicere non potest quod solvit post absolutionem, & multo minus id condicere potest, quod solvit anta absolutionem pendente lite. Et rursus, si quod solvit post absolutionem condicere non potest, & multo minus, quod solvit post condemnationem. Nam etiamsi verus debitor non fuerit, quod solvit ex condemnatione condicere non potest, quia id civiliter debuit ex sententia judicis, *l. cum putarem, sup. famil. ercisc.* Et quia secundum jus vetus, ex ea causa solvit, quæ inficiatione crescit in duplum, *l.4.C. eod.tit.* Nec dicas verum debitorem, qui absolutus est, solutom repetere non posse hac ratione, quod res judicata à judice, qui eum absolvit, alio judicio, puta condictione indebiti, convelli, aut retractari non possit. Ne hoc dicas, quia posterior judex non cognoscit de sententia prioris judicis, qui à debitore peti vetuit, quive debitorem pronuntiavit non debere, neque retractat rem ab eo judicatam, sed cognoscit tantum de causa repetendæ solutæ pecuniæ. At dicas, verum debitorem, etiamsi absolutus sit, non repetere quod solvit, nec jure causam obtinere apud posteriorem judicem, quia natura debuit, & ut subjicit Paulus ex Juliano, verus debitor, qui solvit manente adhuc judicio, *συνεστῶτος τοῦ δικαστηρίου*, similis est ei, qui ita stipulanti promisit: *Sive navis hoc anno ex Asia venerit, sive non venerit, centum dari:* qui si interim solvat, antequam certum sit, ventura sit navis, necne, condictionem non habet, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur (videtur obscura ratio) hoc est, sublata una solvendi causa, puta, non debente eo solvere ex illa parte stipulationis quod navis venerit ex Asia, quæ non venit, superest altera causa, quia etsi navis non venerit, aut venerit, in hunc quoque casum se debitor obligavit. Denique una causa cessante, existit statim altera, & ita sublata una caosa solvendi absolutione debitoris, quæ civilem obligationem tollit, emergit statim, & soboritur altera: quia natura debitor manet, quia naturale vinculum, naturalis obligatio absolutione perempta non est. Et dicit, *alterius solutionis*, pro *alterius*,

A *trius*, ut heri in *leg.21.* alterius obligationis, id est, alterutrius, vel alternatæ obligationis (ubi & ratione consionli Paulus utitur) & solutionis, id est, numerationis, & redditionis debitæ pecuniæ. Glossæ hæc non intelligunt. At quæri potest, *si quis ita stipulanti promiserit, sive navis venerit ex Asia, sive non venerit, utrum pura sit, an conditionalis stipulatio?* Et, ut breve faciam, verius est conditionalem esse, & si certum sit, alterum casum futurum, quia ex ea petitio non datur, antequam alter casus exstiterit. Quæ est ratio Bartoli verissima. Et Julianus quoque in *l. necessario, §. si ita, de peric.& comm.rei vendit.* servo ita vendito: *Esto servus ille emptus tot aureis, sive navis venerit ex Asia, sive non venerit*, dicit venditionem statim esse perfectam, & ideo periculum servi ad emptorem respicere: dicit esse perfectam, non etiam esse puram. Conditionalis igi-
B tur emptio, conditionalis stipulatio est, ut & legatum ita relictum, *sive navis venerit ex Asia, sive non, sive illud factum fuerit, sive non fuerit*, constat esse conditionale, & ideo non traosmitti ad heredem legatarii, nisi alteruter casus vivo legatario exstiterit, *l. hujusmodi, inf. quando dies legati ced.* Qua in re tale legatum distat sane plurimum à pari stipulatione, quia stipulatio quæcunque conditionalis transmittitur in heredem stipulatoris, propterea quod ex præsenti tempore vires accipit, licet sit conditionalis, non ut legatum ex futuro tempore, *l. usufructus, de stip. serv. l. si filiusfam. de verbor. obligat. §. ex conditionali, Inst. eod. tit.* Conditio item stipulationis, vel alterius contractus, quæ exstitit, retrotrahitur, retro recurrit, *d.l. necessario, §.1.l.potior, §.1. qui pot.in pign.hab.* conditio legati, quæ exstitit, non retrotrahitur. Qua de
C causa & legatum pendente conditione solutum, ut arbitror, repeti potest, certissima ratione, quia certum non est debitum iri. Si enim legatarius interim moriatur pendente conditione, heredi ejus nihil debetur. Pecunia autem in stipulationem deducta factam sub conditione supra scripta, *si pendente conditione solvatur*, repeti non potest, quia certum est stipulatori, vel heredi ejus quandoque debitum iri, quatenus scilicet conditio omnimodo exstitura est, hæc, vel illa, *si navis venerit*, vel *si navis non venerit*. Itaque tametsi sub illa conditione legatum relinquatur, quæ omnino exstitura sit, interim solutum repeti potest, quia fieri potest interim moriente legatario, ut legatum nulli debeatur. Quod si sub eadem conditione promissum sit stipulanti, interim solutum repeti non potest, *l. 18. hoc tit.* Et quod ad causam repetionis attinet,
D stipulatio pro pura habetur, quia ut ex pura, ita ex hac solutum non repetitur, licet sit conditionalis, quia conditio omnimodo exstitura est. Itemque quod ad causam novationis attinet, pro pura habetur: nam si quod pure debeam, sub ea conditione promittam, quæ omnino exstitura sit, novandi animo, statim novatio fit, *l. 9. §. 1. de novat.* Et ita legatum relictum, *quum morietur heres*, quia conditionale est, & ad heredes legatarii non transmittitur, si vivo herede legatarius vita decedat, *d. l. hujusmodi, l. heres meus, §. 1. de cond. & demonst.* interim solutum per errorem repeti potest. At stipulatio ita concepta, *quum morietur promissor*, quæ non est conditionalis, non sub conditione facta, sed sub die incerto, quandoquidem, etsi promissorem moriturum certum sit, quo die tamen sit moriturus, incertum est: quia, inquam, & hæc stipulatio ad
E heredem transmittitur, quod interim ex ejus stipulationis causa solvitur, repeti non potest, *l. 17. hoc tit.* quæ lex (quod notandum) exemplum est ejus, quod ante dixit in *l. 16.* & proposuit his verbis, *quod autem sub incerto die debetur, die pendente non repetitur*. Res exigit, ut illo loco legamus: *die pendente*, ut in *§. 1. Instit. de Atilian.* Die pendente, non ut passim, *die exsistente*, alioqui nulla esset differentia inter debitorem sub conditione, & debitorem sub die incerto. Quam tamen differentiam voluisse constituere Pomponium in *d. l. 16.* plusquam manifestum est, quia & exsistente conditione, solutum non repetitur, ut eadem lex ait. At differentia in hoc tantum consistit, quod pendente conditione solutum repetitur, quia certum non est debitum iri quum conditio est casualis, quam omnino exsti-

exstituram dicere non possumus. Pendente, inquam, illa A conditione, solutum repetitur, quia certum non est debitum iri. Pendente autem die incerto, puta, quum morietur promissor, pendente die incerto solutum non repetitur, quia certum est debitum iri. Sequitur in hac l. (& hic est finis) *Ubi autem quis, quod pure debet, sub conditione novandi animo promisit, plerique putant, &c.* Dixit ante de eo, qui promisit pecuniam sub duabus conditionibus, *sive navis venerit ex Asia, sive non venerit*, in omnem eventum, quem dixit, interim solutum repetere non posse: nunc dicit de eo, qui eandem pecuniam stipulanti promisit pure, ac deinde sub conditione novandi animo: qui si solvat pendente conditione, pendente novatione, quæritur, an repetere possit? Et hunc quoque placet solutum repetere non posse, quia eam pecuniam omnimodo debiturus est: sive enim conditio defecerit, quasi novatione non facta, B eam debiturus est ex pura stipulatione: sive exstiterit conditio, quasi novatione facta, eam debiturus est ex conditionali stipulatione, *l. quoties, de novat.* At in contrarium objici potest, quid si novandi animo stipuler à secundo sub conditione, quod pure mihi primus debet, & secundus pendente conditione solverit? repetere potest: quia non est omnino certum à secundo pecuniam debitum iri. Si enim conditio defecerit, à secundo non debebitur, sed à primo ex pura stipulatione, quasi novatione non facta, nec primo, quasi tacita pactione liberato, quia inanis novatio, nec vim pacti habet, *l. in persona, §. ult. sup. de pact.* Sed hic casus (ut Paulus ait) longe est dissimilis à superiore. Itaque ab eo ad illum non ducitur idoneum argumentum: nam superiore casu unicum debitorem, qui pure primum, ac deinde sub conditione promi- C sit novandi animo, certum est omnino debiturum, vel ex pura, vel ex conditionali stipulatione. Et ideo si interim solverit, condictioni locus non est, quamvis tunc solverit, quum incerta erat solvendi causa, quamvis ex qua obligatione solveret, adhuc esset incertum. Posteriore autem casu, quum duo sunt ejusdem pecuniæ debitores, unus pure, alter sub conditione, stipulatione conditionali interposita novandi animo, non est certum, uter eorum sit debiturus pecuniam. Et ideo condictioni locus est, si pendente conditione, & novatione solvatur. Et hæc est sententia Pauli in hac lege.

Ad L.XLI. de Pign. act. *Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse cœpisti, datur utilis actio pigneratitia* D *creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero. Hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.*

Ad L. XIV. de Fidejussor.

CErtum est rem alienam, in qua debitor nullum jus habet, vel quæ ei non debetur, ab eo specialiter pignori obligari non posse sine mandato, aut voluntate domini, nec ejus pignoris creditori persecutionem dari, id est, actionem hypothecariam: sed contraria actione pigneratitia teneri debitorem in id, quod interest, etiam igno- E rantem, qui creditori ignoranti rem alienam pignori posuit, atque etiam scientem, qui creditorem decepit teneri extra ordinem crimine stellionatus, *l. si rem alienam, in princ. l. tutor, §. 1. l. si quis in pignore, §. 1. hoc tit. l. 6. C. si aliena res pignori data sit.* Rei alienæ qualem qualem obligationem esse dicit *l. rescript. §. 1. inf. de distract. pign.* id est, nullam, ut in *l. getis, de acquir. hered.* qualis qualis possessio, id est, nulla. At sciendum est, uno casu re aliena pignori data, licet ab initio pignus non consistat, non contrahatur, postea ex æquitate convalescere, puta si debitor, qui eam rem pignori opposuit, postea dominium ejus acquisierit, ut si domino ejus rei heres exstiterit. Convalescit autem hoc casu, & confirmatur pignus, non quidem

A directo, quia directi, & summi juris regula, quæ à Catone profecta est, obstat, quæ vetat, *quod ab initio non valet, ex post facto non convalescere.* Et ideo neque pignus, quod ab initio non valet, ex post facto convalescit directo, sed convalescit utiliter, hoc est, pignoris persequendi gratia creditori datur adversus debitorem, qui eam rem possidet, non quidem ordinaria, & directa actio hypothecaria, sed utilis, & extraordinaria, sive in factum, quæ eundem effectum habet, præsertim si ab initio nescierit creditor rem esse alienam, quam pignori accipiebat; & si hoc casu utilis hypothecaria ei datur, & multo magis ei dabitur retentio ejus rei per exceptionem doli mali si eam possideat, *l. 7. §. sed etsi filiusfam. inf. ad SC. Maced.* Alioqui scienti creditori datur retentio tantum, *l. 1. in princ. inf. de pignor.* non vindicatio, id est, actio hypothecaria, quæ hoc loco B (quod notandum) dicitur utilis pigneratitia, ut in *l. si Titio, inf. de pign. l. Titius, quibus mod. pign. vel hypoth. solv. l. si mater, §. ult. & l. pen. inf. de except. rei judic.* & in *l. 5. C. si aliena res pign. data sit.* In qua idem proponitur, quod in priore parte hujus legis, utilis persecutio exemplo pigneratitiæ, id est, utilis hypothecaria. Alio igitur sensu dicitur hic actio pigneratitia, quam in rubrica ipsa: Nam actio pigneratitia in hac rubrica est actio in personam, tam directa, quæ soluta omni pecunia debitori datur adversus creditorem pignoris recuperandi gratia, quam etiam contraria, quæ ex diverso, sive ex contrario (unde nomen contrariæ actioni) datur creditori adversus debitorem, si quid necessario impendit in rem pigneratam, vel si quid aliud ejus intersit, ut id à debitore recipiat. Actio autem hypothecaria, quæ hic dicitur pigneratitia, est actio in rem, C non in personam, *l. 17. inf. de pignor. l. 2. C. si unus ex plurib. hered. cred.* Item actio pigneratitia, de qua est hic titulus, tam directa, quam contraria est bonæ fidei, hypothecaria est arbitraria, non bonæ fidei. Ad rem. Sic statuo. Re aliena pignori obligata ignoranti creditori, postea debitori ejus rei dominio quæsito convalescit pignus, & creditori non tantum retentio datur, si eam rem possideat, sed & utilis hypothecaria adversus debitorem, si debitor eam possideat. Hoc dicit Paulus in priori parte hujus leg. idque signif. d. *l. 1. de pignor. & d. l. 5. C. si alie. res pign. data sit.* Nec huic sententiæ, & definitioni obstat, quod dicitur in *l. & quæ nondum, §. 1. inf. de pign.* creditorem, qui agit hypothecaria, probare debere, cum conveniebat de pignore, rem in bonis debitoris fuisse. Quod utique in hac specie cum probare non possit, quia certe non fuit in bo- D nis debitoris, videtur deneganda ei esse actio hypothecaria. Namque breviter ita respondeo: hujus rei probationem à creditore desiderari, si agat directo judicio, non si agat utili judicio, utili hypothecaria, & extraordinaria, *ut in specie proposita*, & ita Albericus recte. Et hoc satis est, nec sequaris in hanc rem Accursii nugas, puta, id non probanti creditori dari hypothecariam in debitorem, non in extraneum possessorem. Datur enim hypothecaria in utrumque, in quemlibet possessorem: sed utilis, ut dixi, non directa, vel ut idem ait, dari hypothecariam, si tempore conventi, & canti pignoris debitor eam rem bona fide possidebat: quoniam propter bonam fidem eo tempore quodammodo in bonis debitoris fuisse intelligitur, non si eam mala fide possidebat: Nam & hoc rejiciendum est, quia utroque casu verius est, creditori confirmato pignore ac- E quisitione dominii, dari utilem hypothecariam adversus debitorem, qui eam rem possidet, quasi retroacta pignoris confirmati causa ad tempus conventionis. Præterea huic sententiæ, quæ proponitur in priori parte hujus legis opponitur *lex si servo, qui, & à quibus manum. lib. non fiunt*, quæ servo alieno manumisso, non consentiente domino, quod fit inutiliter, si postea manumissor servi factus sit dominus, ut puta, si domino heres exstiterit, negat manumissionem convalescere: si dominii acquisitione pignus convalescit, cur non & manumissio multo magis, cum & favor libertatis sæpe alias benigniores sententias exprimat? Breviter respondeo, hanc esse rationem differentiæ inter pignorationem, & manumissionem servi alieni, quia ex manumissione nulla nascitur obligatio, quæ ob-

strin-

Digitized by Google

striogat personam manumissoris, vel nectat bona ejus. At ex conventione pignoris id agitur, ut nascatur obligatio, quam interest debitoris, ne teneatur contraria pignoratitia, quandoque dominio quæsito vires obtinere. Et hanc rationem differentiæ recte Bartolus etiam attingit, & verissima est. Ne quis etiam hic mihi nugas Accursii objiciat, ideo libertatem non facile convalescere, quod nec facile revocetur, quæ competiit semel. Quod perinde est, ac si diceret, ideo in una re non esse favorabilem libertatis caussm, quod in alia re sit favorabilis. Quod quidem est contra id, quod vulgo dicitur, *favores esse ampliandos, l. cum quidam, de lib. & post.* Et hæc de priori parte hujus legis. In posteriori parte quæritur; sicut debitore in jus universum domini succedente, jure hereditario pignus convalescit, an etiam è contrario pignus convalescat, re aliena à debitore pignori data non consentiente domino, si postea ejus rei dominus debitori heres extiterit, atque ita cœperit idem esse pecuniæ debitor, qui & ejus rei dominus est? Et respondet Paulus hoc casu, pignus non convalescere, nec ut priori casu creditori ignoranti adversus debitorem dandam esse utilem persecutionem pignoris, utilem pignoratitiam, id est, hypothecariam, hunc casum esse dissimilem à priori: quod ita demonstrat: Nam priore casu creditori agenti hypothecaria adversus debitorem eam rem possidentem, debitor improbe resistit, id est, impudenter, dicendo eam rem non fuisse in bonis suis tempore conventionis, quam tamen ipse quasi suam tunc temporis pignori obligavit. Hoc sermone seipsum mendacii arguit, & merito non auditur pati recusans utilem hypothecariam: si (inquit Paulus) convenisset de pignore, quæ verba Glossa non intellexit, si convenisset de pignore, ut in priore casu scilicet, nam duo tantum casus in hac lege proponuntur non tres, ut Glossæ, & Glossarum asseclæ ponunt. Si convenisset, inquit, de pignore, ut in priore casu convenit, ut res aliena pignori esset, quam quasi suam debitor pignoravit, ita ut nunc ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus eam rem creditor vindicet actione hypothecaria, quam initio dixit esse suam, nunc improbe dicit, non fuisse suam, & ideo pignus non consistere. Merito igitur dicemus propter mendacium, & perfidiam ejus, hoc priore casu pignus convalescere. At in posteriore casu, nihil improbe facit dominus rei, itemque debitor factus adita hereditate debitoris, quum creditori rem vindicanti resistit, quia non ipse eam rem pignori opposuit, sed debitor, cui heres existit, se non consentiente; & non debet ex facto defuncti heredi dominium rei propriæ, vel immunitas rei propriæ auferri, *l. ult. C. de evict.* Et hæc est sententia posterioris partis. Nec quidquam est amplius in hac lege. Verum huic posteriori sententiæ duo objiciuntur. Primum ex *l. filium, de lib. caus.* quod libertas convalescit, quæ servo data est à non domino, si dominus manumissori heres extiterit. Cur ergo, & pignus hoc casu simili non convalescit, si dominus debitori heres extiterit, qui pignori rem alienam opposuit? Dicam hoc extorquere favorem libertatis, hoc colore, quod sit æquum conservari libertatem à defuncto datam ab herede, qui in ejus bona succedit, qui ex ejus bonis lucrum facit, forte amplum, & luculentum, & tamen libertatem à se datam non conservat invitus, qui domino heres extitit, ut ostendi *sup. ex l. si servo, qui, & à quibus*. Cur tam varie? quia aditio hereditatis me obligat quodammodo, maxime manumissioni à defuncto factæ conservandæ: manumissioni à me factæ conservandæ alienæ aditio hereditatis, vel quæ alia causa me non obligat. In hanc rem affertur etiam *lex si ab eo, C. eod. tit. de liber. caus.* Cujus tamen longe alia species est: Nam species *l. filium*, est de non domino manumissore: species *l. si ab eo*, est de domino manumissore, cujus manumissoris heres controversiam manumissionis facere non potest, veluti dicendo, servum non fuisse à domino jure manumissum, quod sibi pignoratus esset. Deinde huic posteriori parti, & sententiæ legis opponitur *lex si Titio, inf. de pign.* quæ aperte dicit, pignus convalescere, si debitori, qui rem alienam pignori obligavit domino ignorante, dominus heres extiterit, ex

post facto non convalescere quidem pignus directo, sed convalescere utiliter, data utili pignoratitia, id est, hypothecaria, quam tamen Paulus denegat hoc casu, in hac posteriore parte, & diserte statuit, hoc casu pignus non convalescere. Ne etiam hic mihi nugas, & nebulas Accursii adferas, nam & ipsemet, quas hic offundit, dimovet in *d. l. si Titio*, & ibi acriores inducit, quas miror inducere etiam certatim & veteres interpretes, & novos quosdam, cum scilicet in *d. l. si Titio*, ajunt, utilem pigneratitiam accipi pro utili pigneratitia contraria, quæ competit creditori decepto, cui data est res aliena pignori, in id, quod interest: vel in hoc, ut aliam rem suam debitor pignori ponat. Quod totum etiam vitiosissimum est: quia & in hac *l.* & in *l. si Titio*, perspicuum est, utilem pignoratitiam accipi pro hypothecaria: aut certe hoc loco potius actio pignoratitia esset accipienda pro pignoratitia contraria, quoniam de ea proprie est hic titulus de pigneratitia actione, & contra. In hac lege, inquam, potius ita esset accipienda actio pignoratitia utilis, quam in *l. si Titio*, quæ cum sit sub titulo de pignoribus, qui totus est de formula hypothecaria, sane argumento tituli, quod perquam idoneum est, nisi aliud verba auctoris suadeant, accipienda est de actione hypothecaria. Et dicendum hanc leg. 41. poni debuisse sub illo titulo de pignoribus, non sub hoc de pignoratitia actione, vel contra, quia in ea nihil agitur de pignoratitia actione directa, vel contraria, sed de hypothecaria tantum, ut illa verba manifesto arguunt, *pignoris persequutio:* Nam pignoris persecutio nihil aliud est, quam actio hypothecaria, quam appellavit pignoratitiam, ut & alibi sæpe (quod initio dixi) eam ita nuncupant. Itaque nihil invenio, neque in Accursio, neque in aliis interpretibus, quod mihi explicet, quemadmodum hæ duæ leges in concordiam adducendæ sint, id est, *l. 41. & l. si Titio*. Nam Alciatus 7. *Parerg. c. 24.* nihil agit in hac lege, initio posterioris partis legendo, *pro non est idem dicendum, num est idem dicendum?* Nam & *num* Latine, negationem subintelligit, & sequentia palam ostendunt, non esse idem dicendum, priori casu convalescere pignus, posteriori non convalescere. Nec (parcat ille mihi) unquam intellexit verba hujus legis, quæ demonstrant, posterior casus quam sit à priore dissimilis. Nil etiam agit juvenis quidam, qui dicit has leges ita esse inter se componendas, ut dicamus in hac lege scientem creditorem accepisse pignori rem alienam invito domino: Nam scienti nunquam datur hypothecaria, *l. 1. de pign.* In illa autem *l. si Titio*, ignorantem creditorem accepisse ignorante, non invito domino. Nam & in hac l. ignorans creditor accepit. Nec aliud est, quod ille vult juveniliter, & frustra contendit id multis verbis probare: non aliud, inquam, est ignorante domino, aliud invito domino, vel sine domini voluntate, ut loquitur in hac l. quia & ignorans invitus est. Quid igitur dicemus? Animadvertendum est illam *leg. si Titio*, esse ex 7. differentiarum Modestini (quod multum facit ad rem) quo verisimile est, aut sane verum, exposuisse Modestinum differentiam hoc loco à Paulo propositam, ut si re aliena pignori data debitor domino heres extiterit, pignus convalescat. Contra si dominus debitori heres extiterit, pignus non convalescat ex auctoritate juris, quia sunt casus valde dissimiles. Et proposita hac differentia postea subjecisse Modestinum, & hoc quoque casu posteriore tandem placuisse ex æquitate, ut pignus convalesceret. Pauli tempore obtinuit supradicta differentia. Modestini tempore, qui diuturnior fuit Paulo, cum ad ætatem Gordianorum pervenerit, ut indicat *l. 5. C. ad exhib.* Modestini, inquam, tempore supradicta differentia non obtinebat. Cur non obtinebat? Cur tandem æquum visum fuit, & hoc casu posteriore, domino debitori succedente, quasi confirmato pignore, creditori dari hypothecariam utilem? In causa hoc est, quod heres, si non ipso jure, saltem beneficio exceptionis, vel replicationis doli mali debeat rata facere omnia, quæ defunctus gessit, ad cujus vicem propius accedit, etiamsi ea gesserit in re propria heredis, non in re hereditaria, ut comprobat *lex cum à matre, C. de rei*

vind. & *l.3. C. de reb. al. non alien.* & *d. l. si ab eo, de lib. caus.* Itaque in hac posteriori specie, cum debitori dominus successit, si creditori agenti utili hypothecaria opponat dominus, idemque debitor factus aditione hereditatis debitoris: si, inquam, opponat exceptionem hanc, *si non ea res in bonis defuncti fuit, qui eam tibi pignori posuit*, creditor saltem tuebitur se, scilicet replicatione hujusmodi, *si non tu heres extitisti ei, qui eam rem pignori posuit*. Ita res procedit. Et sic in specie quoque *legis ult. C. de evict.* quam supra pro Paulo attulimus, heredi ex sua persona, id est, jure proprio, non hereditario, vindicanti dominium rei suæ, de cujus evictione alio vendente defunctus cavit, cui heres extitit, verius est obstare exceptionem doli mali, ut in *l. Seja, inf. de evict.* quia quam evictionem debet præstare adversus alios, eam adversus seipsum multo magis. Concludamus igitur, pignori data re aliena, hodie nihil interesse, debitor, qui pignori dedit, domino heres extiterit, an dominus debitori. Utroque casu pignus convalescere, sicut re aliena vendita proditum est ab Ulpiano in *l. 1. in princ. de except. rei vend.* Nihil interesse venditor domino heres extiterit, an dominus venditori. Utroque casu heredem repelli à rei vindicatione, opposita exceptione rei venditæ, & traditæ. Et quidem facilius in venditione, quam in pignore: nam rei alienæ venditio ab initio valet, *l. rem alienam, de contr. emp.* pignus rei alienæ ab initio non valet, ut ante diximus. Et ratio differentiæ inter venditionem, & pignerationem notissima est, & aliis locis à nobis explicata, quia scilicet pignore contracto, vel convento hoc agitur, ut res sit obligata, obnoxia, nexa: nemo autem potest obligare rem alienam, in qua nil juris habet: venditione autem hoc non agitur, ut res obligetur emptori, nec ut dominium rei transeat in emptorem, nisi interveniat mancipatio, sed ut possessio tantum transeat in emptorem, quam venditor habet præstita cautione evictionis nomine, & doli nomine, ut *l. 1. D. de rer. perm.* potest rei alienæ mea esse possessio: ergo & ejus rei emptio venditio est, cujus possessionem tantum habeo, non dominium: solius domini est pignori obligare: vendere non est solius domini, sed etiam possessoris.

Ad L.LIV. de Fidejussor. *Si in pignore contrahendo deceptus sit creditor, qui fidejussorem pro mutuo accepit, agit contraria pigneratitia actione. In quam actionem venire quod interest creditoris. Sed ea actio fidejussorem non onerare poterit: Non enim pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obligat.*

His, quæ diximus ad legem 41. addi velim *l.54. de fidejuss.* quæ est ex eodem libro Pauli. Idque ostendit, quod tradidimus ante ex *l. si rem alienam, in princ. l. tutor, §.1.* & *l. si quis in pignore, §.1. eod.t.* & *l.6. C. si alie. res pign. data sit:* debitorem, qui creditori ignoranti rem alienam pignori posuit, quod pignus non consistit, teneri creditori in id, quod interest, contraria actione pigneratitia, vel in hoc, ut aliam rem suam debitor pignori ponat, ut *l. qui autem, §. pen. de const. pec.* Sed ut subjicit Paulus in *d. l. 54.* ea actione contraria pigneratitia non oneratur fidejussor, quem pro mutuo creditor accepit, quia non pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obligavit, non pro accessione, sed pro principali pecunia, vel pro eo, quod principaliter in obligationem venit, fidem suam obligavit. Unde colligitur eum, qui fide sua esse jubet principalem summam, non videri etiam fidejubere pro accessione, veluti pro pignore, nisi id nominatim expressum sit. Et in ea lege nihil est amplius.

Ad L.V. Ad SC. Macedon. *Ergo hic & in solidum damnabitur, non in id, quod facere potest.*

Transeamus ad *l. 5.* ad Senatusc. Macedonianum, cum qua explicabitur *lex 28. de pignorib.* quæ est ex eod. libro. Quia vero *lex 5.* ad *Maced.* pendet ex iis, quæ proponuntur in *l. 3. §. ult.* & *l.4. sup.* eæ mihi prius explicandæ sunt. Sæpe fit, ut qui mutuam pecuniam daturus est, prius à futuro debitore stipuletur eam sibi reddi, quam numeraturus est, ut stipulatio præcedat mutuum, quia intellectu, & natura mutuum sequi intelligitur, quamvis tempore antecesserit, *l.6. de nov. l.18. §. ult. de stip. serv. l. qui pecuniam, de reb. cred.* Et hæc stipulatio perfecta quidem est, licet conditionalis esse intelligatur, quia ei inest hæc conditio, *si postea eam pecuniam mihi numeraveris*, quia hæc conditionalis stipulatio statim perficitur, & ex præsenti tempore vires accipit, ut ait *lex usufructus, de stipul. serv.* Denique stipulatio perficitur verbis solemnibus, sine re, sine numeratione: impletur autem secuta numeratione, *l.7. de nov. Numeratio*, inquit, *fit implendæ stipulationis gratia, quæ antecessit*, & in *l. seq. hoc tit. numeratione*, inquit, *expletur substantia obligationis*, id est, obligationis contractæ ex stipulatione. Aliud est perficere contractum, aliud implere. Emptio perficitur solo consensu: impletur numeratione pretii, & traditione rei, *l. si quis alienam, de act. emp.* Nuptiæ perficiuntur nudo consensu, implentur concubitu, atque congressu. Præterea sciendum est, filiumfamil. ex omnibus causis tanquam patremfam. obligari, etiam sine auctoritate patris, in cujus potestate est, *l. filiusfam. 9. de oblig.* & *act. l. ult. §. 1. de verb. oblig.* Et agi quidem cum eo posse ex omnibus causis ex contractibus, vel ex delictis in solidum, quia in solidum obligatus est. Cum patre ejus vero, non in solidum, sed in peculium tantum, *l. si quis cum filio, tit. seq.* Ab hac sententia, quæ est certissima, excipienda est causa mutui, quia ea causa inanis est, propter exceptionem Senatusc. Macedoniani, quæ efficit, ut neque filius, neque pater ex hac causa, ex causa pecuniæ creditæ filiofam. civili, aut honorario jure obligentur, *l. qui contra, de fidejuss.* Naturali tamen jure filiusfam. obligatur, qui pecuniam mutuam accipit, quia Senatusconsultum expungit tantum civilem, vel honorariam obligationem, non naturalem, & ideo si solvatur creditori pecunia, condictioni locus non est, quia filiusfam. jure gentium verus debitor est, *l. quia naturalis, hoc tit.* Nunc finge, fœneratorem quendam priusquam pecuniam crederet filiofamil. ab eo stipulatum in hunc modum, *quantam pecuniam tibi intra illum diem credidero, tantam dari spondes?* Fac deinde eidem pecuniam fœneratorem credidisse jam patrifamil. facto, vel capitis minutione, ut ait *lex.3. §. ult.* veluti emancipatione, vel patrifamil. sui juris facto sine capitis diminutione, ut ait *d. l. 3.* veluti morte patris, quo genere sane fit sui juris sine capitis deminutione, adeo ut & in familia patris manere postea dicatur, *l. non tantum, §. si pater, de bon. possess. cont. tab.* Et hoc respectu etiam post mortem patris filiusfamil. dici potest, quamvis desierit esse in potestate, ut libertum familiæ dicimus libertum orcinum, *l. 48. de manum. testam.* Et intellige morte patris si sui juris effectus sit, naturali scilicet, vel civili, ut deportatione, *l.1. §. sed etsi morte, sup. quan. de pecul. act. ann. sit.* Fit etiam sui juris sine capitis deminutione, qui patritius proditur est, ex constitut. Justin. & olim (ut ex Atteio Capitone Gellius refert) qui flamen dialis inaugurabatur, vel quæ virgo Vestæ capiebatur. Et ita è contrario paterfam. fit alieni juris, & filiusfam. vel interveniente capitis minutione, veluti arrogatione, vel sine capitis deminutione, ut patre deportato beneficio principis reddito civitati, qua ratione testamentum, quod filius fecit post deportationem, & ante restitutionem patris, non fit irritum, quia licet recidat in potestatem patris restituti in integrum, capite tamen non minuitur, *l. ult. C. de sent. pass.* Verum ad rem: si à filiofam. stipuletur creditor, & patrifam. facto credat, hoc casu cessat Senatusc. Maced. quod vetat credi pecuniam filiof. quia eam non filiof. credidit, sed patrif. Atqui dices crediturus à filiof. stipulatus est: fateor. Verum ea res nihil pertinet ad Senatusc. Maced. quia (Senatusc. Macedon. ut ait *l.4. §. pen.*) non ad verba, sed ad numerationem refertur, id est, non stipulationem infirmat, sed mutuum: & ea quoque stipulatio, non ante impletur, quam fiat numeratio, quæ fit rite jam patrifam. facto. Qua ratione & è con-

Digitized by Google

contrario, si quis à patref. stipuletur, & credat jam filiof. facto, Senatusc. Maced. locus est, *l. seq. hoc tit.* Quæro, an etiam si filiusfam. ipse stipuletur sibi reddi, quod crediturus est, & paterfam. factus credat, numeretque pecuniam, an ex stipulatione actio filio adquiratur, an patri? Accursii sententia hæc est, actionem ex stipulatione adquiri filio, qui paterfam. factus credidit pecuniam ante in stipulationem deductam: adquiri, inquam, filio, non patri. Hoc sentit Accursius in *l. 3. §. ult. hoc tit.* Perperam: quia in stipulationibus, etiam condionalibus, qualis hæc esse intelligitur, id tempus spectamus, quo contrahimus, præsens tempus stipulationis, *l. si filiusf. de verb. oblig.* Eo autem tempore filius fuit in potestate patris. Ergo ex ea stipulatione actio adquiritur patri, non filio. Et nihil moveor *l. quidam, §. ult. eod. tit.* qua nititur Accursius, quoniam ejus legis longe alia species est. Nempe hæc: si filiusfam. pecuniam crediturus ex peculio, ita fidejussorem acceperit: *Quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse jubes?* & emancipatus non adempto peculio: vel alias paterfam. factus pecuniam crediderit, hoc casu lex ait, *fidejussorem non obligari patri, licet tempore, quo intercessit, filius in patris potestate fuerit, sed obligari filio numeranti post emancipationem, non directa quidem, sed utili actione ex stipulatu.* Verum hoc ideo, quia reus principalis non obligatur patri, quandoquidem post emancipationem contracta fuit obligatio principalis. Si reus principalis non obligatur patri, consequens est, ut nec accessio, puta fidejussor obligetur patri, ut *l. si debitori, §. ult. de fidejuss.* Denique non ante eo casu intelligitur obligatio accessoria vires accipere, quam extiterit principalis, & vires acceperit: ergo interim imperfecta fidejussoris obligatio est. Denique alii fidejussor, alii reus principalis obligatus esse non potest, patri fidejussor, filio reus principalis obligatus esse non potest, & cui reus principalis non tenetur, nec fidejussor etiam tenetur, aut pignus, aut mandator, vel quæ alia accessio, *l. 28. de pign.* patri non tenetur reus principalis, ergo nec fidejussor, aut mandator, aut pignus, vel hypotheca.

Ad L. XXVIII. de Pignor. *Si legati conditionalis relicti filiofamilias, pater ab herede rem propriam ejus pignori accepit, & mortuo patre, vel emancipato filio conditio legati extiterit: incipit filio legatum deberi, & neque pater potest pignus vindicare, neque filius, qui nunc habere cœpisset actionem: nec ex præcedente tempore potest quicquam juris habere in pignore, sicut in fidejussore dicitur.*

SPecies dictæ l. 28. quæ ex eo lib. est ejusmodi: legatum filiofam. relictum est sub conditione. Pendente conditione heres legati nomine cavere debet patri non præcise, κ'χ ἁπλῶς, sed in hunc casum, si existentis condisionis legati tempore in potestate filius fuerit. Debet etiam cavere filiofam. in hunc casum, si existentis conditionis legati tempore sui juris fuerit, *l. 1. §. plane si ei, & §. ult. & l. 3. ut legat. nom. cav.* Cavere autem heres debet, vel dato fidejussore, vel dato pignore, si pater pignore contentus sit: Nam invito patre, vel filiofam. invito legatario, non aliter satisdatur, vel cavetur, quam fidejussore dato, *l. 7. de præt. stipul.* At volenti satisdatur legati nomine, etiam nuda cautione, nuda repromissione, aut pignore dato, *l. ult. §. si legatarius, inf. quod legat.* (†) Ubi vulgo recte: *Idem dicendum est*, inquit, *si legatarius pignoribus sibi satisdari voluit.* Male Florentiæ, *noluit.* Nunc finge heredem legati filiofam. sub conditione relicti cavisse pignore dato, id est, ut ait, re propria ab herede pignori data, quia alienæ rei pignus non consistit, vel cavisse patri dato fidejussore (nihil interest) deinde fac existentis conditionis tempore filium esse sui juris factum emancipatione, vel morte patris (nihil etiam interest) atque ita filio legatum deberi, quia eo tempore cessit dies legati, id est, extitit conditio legati, quo tempore legatarius est sui juris, & in legatis tempus spectatur, quo dies

(†) *Vide Merill. lib. 3. Variant. ex Cujac. cap. 18.*

A eorum cedit, non tempus testamenti faciendi, *l. quæ legata, de reg. jur.* Quare certum est distare legata à stipulationibus. Nam in stipulationibus, ut ante dixi, conditionalibus inspicitur tempus interponendæ stipulationis, non tempus existentis conditionis, *d. l. si filiusf. de verb. oblig.* Proinde ait Paulus in *d. l. 28.* si extiterit conditio legati filiofam. relicti, eo jam facto patrefam. neque patrem pignus persequi, & vindicare, neque fidejussorem convenire posse, quia sublata est pignoris, & fidejussoris causa, & cui heres, qui est reus principalis, legati nomine non tenetur, nec fidejussor igitur, aut pignus, *d. l. quidam, §. ult. d. l. si debitori, §. ult.* Heres in hac specie legatum non debet patri: ergo nec fidejussor patri tenetur, aut pignus. Ait etiam Paulus, filium, qui nunc habere cœpit actionem ex testamento, id est, cui nunc primum cœpit deberi legatum, neque pi-
B gnus datum patri, neque fidejussorem datum patri persequi, aut convenire posse, quia nunc primum ei debere cœpit legatum heres, qui est reus principalis, tunc vero, id est, tempore dati pignoris, vel fidejussoris, filiof. non debebatur legatum. Sed nec ex præcedenti tempore filius quidquam juris habere intelligitur in pignore, vel in fidejussore, quia in legatis conditio, quæ extitit non retrotrahitur ad præteritum tempus. Quare etiam legata conditionalia distant à conditionalibus stipulationibus: Nam in stipulationibus conditio retrotrahitur ad præteritum tempus, id est, ad tempus contractus, ex quo vires accipiunt, *l. potior, §. 1. qui potior. in pign. hab. l. necessario, §. 5. de peric. & comm. rei vend.* Porro ex eo, quod supra dictum est, locum non esse SC. Maced. si quis à filiof. futuro debitore creditæ pecuniæ stipuletur. & patrif. facto credat, ex eo colligit Pau-
C lus in hac l. 5. filiumfam. cui post emancipationem credita pecunia est, vel postquam alia ratione factus est sui juris, ex stipulatu teneri in solidum, non in id quod facere potest, quia scilicet eo jam patref. facto, impleta est substantia stipulationis: & certum est, quia non fuit impleta, dum filiusfa. fuit: ex contractibus factis post emancipationem, aliamve quam rationem solvendæ patriæ potestatis, patremf. teneri in solidum, *l. 3. in fine sup. t. prox. l. 4. §. 1. & l. 1 1. de tut. & rat. dist.* Ex contractib. autem factis ante emancipationem, dum erat in potestate filiumf. non teneri, ut plurimum, nisi causa cognita, ut ait prætor in *l. 1. t. prox.* in id quod facere potest. Hoc autem casu intelligitur stipulatio facta post emancipationem, quia impleta est post emancipationem demum numerata pecunia jam patrif. facto.

D Ad L. III. Quæ res pignori, vel hypoth. &c. *Aristo Neratio Prisco scripsit, etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: Neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore. Quo casu emptoris causa melior efficitur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere: Videamus an dici possit, huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo: Sæpe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.*

SPecies & sententia legis hæc est. L. Titius cum pecuniam deberet Cajo creditori hypothecario sub pignore,
E vel hypotheca certæ rei, à Mævio mutuam pecuniam accepit, ea lege, ut ea pecunia se à Cajo priore creditore liberaret, & ut Paulus loquitur, priorem creditorem, id est, Cajum dimitteret, & absolveret, nec adjectum est, ut pecunia Mævii, dimisso Cajo, Mævius in jus pignoris succederet, quod Cajus habuit: non est adjectum, ut eandem rem Mævius pignori obligatam haberet: denique inter Titium & Mævium nihil convenit de pignore, vel hypotheca. Et ideo ex Aristone Jurisc. Paulus refert in 1. parte hujus legis, Mævium posteriorem creditorem non succedere in jus pignoris, quod habuit Cajus prior creditor: succedit quidem in locum ejus in personalibus actionibus: puta ut si ille privilegium exactionis, quod vocant πρωτοπραξίαν habuerit, idem & ipse habeat, cujus pecunia ille dimissus

 est,

est, *l. 2. de cess. bon. l. si ventri, §. eorum, de reb. auct. jud. possid.* A Itemque si ille prior creditor, qui posterioris pecunia dimissus est, haburrit actionem Paulianam, quæ est actio in rem eorum, quæ debitor in fraudem alienaverat, revocandorum gratia, ut & eandem actionem posterior creditor habeat, cujus ille pecunia dimissus est, *l. 10. §. 1. & l. 16. quæ in fraudem credit.* At non succeder etiam ei in hypothecariis actionibus, aliter quam si id actum sit nominatim, quod in specie prioris partis hujus legis actum non est. Ergo jus pignoris non sequitur posteriorem creditorem, quia de pignore nihil conventum est inter Titium & Mævium, *l. 1. C. de his, qui in al. loc. succe. l. cum alter, C. de fidejuss.* Quare in proposito casu, quia ea de re nihil actum est nominatim, Paulus ait, *emptoris causam esse meliorem*. Quæ verba brevia sunt & obscura. Sed hoc vult, melius esse rem pignoratam priori creditori, a debitore emere, ut B ex pretio dimittatur prior creditor, quam debitori credere pecuniam dimittendi prioris creditoris gratia. Ostendo esse melius. Nam si Mævius emerit à debitore rem pignoratam Cajo, ita scilicet ut ex pretio prior creditor dimitteretur, tacite convenisse videtur inter debitorem & posteriorem creditorem, ut in jus pignoris posterior succederet, quod habuit prior. Et ita proditum est in *l. 1. C. de his, qui in prior. cred. loc. succed.* Quam ibi legem male Accursius interpretatur, negans emptorem succedere in jus pignoris, etiamsi id actum non sit nominatim, cum aperte lex dicat, emptorem succedere in jus ejus, cui possessio obligata erat. Jus autem illud, quid aliud est, quam jus pignoris? Et hoc quoque Paulus significat hoc loco, quum ait, *quo casu emptoris causa melior efficitur*. Et ratio differentiæ est manifesta inter eum, qui credidit pecuniam dimittendi C prioris creditoris gratia, & eum, qui à debitore emit pignus obligatum priori creditori: ut scilicet ex pretio prior creditor dimitteretur. Hoc enim posteriore casu facilius consensisse intelligitur debitor, ut emptor in jus pignoris succederet & anteponeretur creditoribus inferioribus eam rem vindicantibus actione hypothecaria, quia emptione & traditione pignus abcessit dominio debitoris. Facile igitur creditur consensisse, ut in ea re, quæ sua esse desinebat, jus pignoris sequeretur emptorem. Difficilius hoc admittitur priore casu: quia pignus in dominio debitoris manet. Itaque non aliter creditur posterior creditor succedere in jus pignoris, quod prior habuit, quam si id actum sit cum ipso debitore nominatim, qui dominium retinet pignoris, quia pignus non mutat dominium, sed possessionem tantum. Posse autem debitorem pignus vendere nondum so- D luta pecunia tam creditori, ut in *l. rescriptum, de distr. pign.* quam aliis, certissimum est. Ita tamen, ut ex pretio, quod alij numeraverint, pecuniam offerat, aut solvat priori creditori, aut creditori, si unicus tantum fuerit, cum & Fiduciam (*quod est pignoris genus quoddam*) *nisi non possit debitor vendere creditori, quia in eum fiduciæ dominium transtulit, possit tamen aliis eo modo vendere fiduciam, id est, ut ex pretio dimittatur creditor, auctore Paulo 2. Sentent. tit. 13.* fiducia est genus pignoris mancipati creditori ea lege, ut remancipetur soluta omni pecunia, creditore illo, qui fiduciam contraxit, dimisso, debitor remancipatam sibi rem ex lege fiduciæ emptori præstat. Ita res geritur. Hæc de prima parte hujus legis. Secunda pars est de eo, qui credita pecunia prioris creditoris hypothecarij dimittendi gratia, nominatim paciscitur de pignore. Prima pars nominatim E est de eo, qui non paciscitur de pignore, secunda de eo, qui paciscitur de pignore, ut idem sibi obligatum sit, sicut priori creditori, quem dimittit. Hic paciscitur quidem de pignore, sed non etiam paciscitur nominatim de distrahendo pignore, id est, ut sibi liceat distrahere, ac vendere illud pignus: non paciscitur, inquam, nominatim de illo pignore distrahendo, sicut prior creditor, qui in pignore contrahendo, de eo quoque distrahendo, si pecunia non solveretur, pactum interposuerat. Quod quidem pactum omisit posterior, non per oblivionem, sed data opera, cum id ageretur, ut ait, inter eum & debitorem, ne & ipse jus distrahendi pignoris haberet, quæ pactio valet, quamvis quodammodo videatur esse contra naturam pignoris.

Quo enim pignus, nisi id creditor distrahere possit? Neque omnino probatur, neque omnino improbatur hæc conventio. Probatur, quatenus non potest distrahere, ut convenit, nisi post trinam denuntiationem, quæ fiat testato & solemniter, *l. 4. de pign. act.* ex Paulo 2. *Sent. tit. 5.* Et nihil interest fiat illa pactio expressim, *d. l. 4.* an tacite, ut hic locus demonstrat. Si pactum hujusmodi de pignore vendendo per oblivionem omiserit, pro interposito habetur, quia id non agebatur, ne veniret, & per oblivionem omissum, non habetur pro omisso, *l. Sejæ, de instrum. leg. l. 12. de probat. l. ult. in princ. de lib. legat.* Ex contrario citra oblivionem consulto consilio omissum, pro omisso habetur. Et ita si consulto consilio posterior creditor omiserit pactum de vendendo pignore, pro omisso habetur: nec ei ex sua persona jus est distrahendi pignoris, nisi debitori solemniter, & ter denuntiaverit, ut solveret, & debitor cessaverit, *d. l. 4. & apud Paulum 2. Sent. tit. 5.* At tandem hoc loco concludit Paulus ei, id est, creditori posteriori esse jus distrahendi pignoris, quamvis ea de re silentium summum egerit, etsi nihil convenerit ea de re inter eum & debitorem, imo potius convenisse credatur, ne distraheret: ei, inquam, jus est distrahendi pignoris, non quidem ex sua persona, quia vetat tacita pactio, sed ex persona prioris creditoris, quem dimisit, qui habuit jus distrahendi pignoris, quia a priore creditore eadem ipsa hypotheca, idem ipsum pignus (ut recte Bartolus contra Accursium sentit) & jus omne, quod in eo pignore habuit prior creditor, transisse intelligitur in posteriorem, *l. creditor 12. §. a Titio, tit. seq.* Ergo ut ei etiam licebat distrahere pignus, id denique distrahet non ex sua persona, sed ex persona prioris, cui in jus omne pignoris successit. Et ita in extremo hujus legis eleganter Paulus ait, sæpe evenire, ut quod quis ex sua persona non habeat, hoc per extraneum habere possit: ut quod per se quis non habet, id habeat per alium: Ut *l. cum de hereditate, de adquir. hered.* coheres, qui adivit hereditatem ex sua persona, non potest repudiare, ex persona tamen coheredis repudiantis portionem suam, datur ei electio, ut vel totam hereditatem amplectatur, vel a tota recedat, id est, totam respuat, quam tamen semel amplexus est pro sua parte, quia sæpe fit, ut se heres abstinere possit propter alium, qui per suam personam se abstinere non poterat. Ut item in *l. mulieri & Titio, de cond. & dem.* si conjunctim legetur Titio & mulieri viduæ, aut virgini sub conditione si mulier non nupserit, hæc conditio remittitur mulieri leg. Julia, ita ut etiam si nubat, possit capere legatum, eaque conditione remissa propter mulierem, quæ conjunctim injuncta fuit mulieri & Titio, & Titius ipse, quasi circumscripta conditione, ad legatum admittitur, qui tamen non admitteretur, si ei soli relictum esset legatum, si ea mulier non nuberet. Nam ea muliere nubente, non haberet legati petitionem: nam ex beneficio legis tantum ex legato concessum esse mulieri dicitur, quantum haberet si conditioni paruisset. Denique in ea specie, quod per se non habet, id habet per mulierem, ut item in *l. si communem, quemad. serv. amitt.* si Titius & pupillus communem fundum habeant, cui debeatur via, servitus viæ, pupillus non utendo, non amittit servitutem, quia tempore vel usucapione nihil amittit, qui in ea ætate est. Pupillus igitur viam retinet, & si ea non utatur, & propter pupillum etiam Titius socius ejus, eamdem viam retinet, qui per se eam amisisset ea non utendo. Quæ exempla protuli, præter ea, quæ adducit Accursius. Ac similiter per se nemo potest rem suam emere, per alium potest, per suppositam personam, *l. si mandavero, §. si id, mand.* Idque fit quotidie. Simili modo pupillus per se testamentum facere non potest: per alium potest facere testamentum, aut potest ei fieri testamentum, quod dicitur substitutio pupillaris, puta per parentem, in cujus potestate est. Hoc tamen non esse perpetuum Paulus ipse demonstrat satis, quum hoc evenire ait *sæpe*, non *semper*. Non est omittendum, hanc legem abhorrere ab hoc tit. quia non est de rebus datis pignori, quæ obligari non possunt, sed de successione in jus pignoris, quæ quæstio proprie pertinet ad seq. non ad hunc titulum,

Ad

Digitized by Google

Ad LXVI. Qui potiores. *Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianæ primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. Cum Eutychiana de jure suo doceret, superata apud judicem à tertio creditore non provocaverat. Turbo apud alium judicem victus appellaverat: quærebatur utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet? Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit. Fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere. Mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. Pone primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, & exceptione, aliove quo modo à tertio superatam: Nunquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei judicatæ uti potest? aut contra, si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est à tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei judicatæ adversus primam creditricem? nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit, nec inter alios res judicata alii prodesse, aut nocere solet. Sed sine præjudicio prioris sententiæ totum jus alii creditori integrum relinquitur.*

HÆc lex duas recitationes desiderat. Unam, quæ explanet sententiam hujus legis: alteram, quæ definiat, quid statuendum sit de illo argumento, quod in hanc legem adducit Accursius, an cum, qui te vicit, ego vincere debeam. Itemque demonstrat, an ex eo, quod statuit Paulus in hac lege, sequatur vitium illud, quod proponit Accursius in prima Glossa, quod Græce vocatur ἀντιστροφον. Species legis hæc est. Eadem res ab eodem debitore diversis temporibus tribus creditoribus pignori, hypothecæve obligata est. Primum Eutychianæ, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. In eo pignore privilegio temporis potior est Eutychiana, cui primum ea res obligata est, & consequenter in actione hypothecaria superare debet posteriores creditores, inferiores 2. & 3. At cum ageret Eutychiana actione hypothecaria adversus tertium creditorem, qui pignus possidebat, & de jure suo, id est, privilegio suo & prærogativa temporis non doceret, non probaret judici quicquam, superata est lite, & sententia data secundum possessorem. Lege in hac lege; Cum Eutychiana de jure suo non doceret, ut significet superatam fuisse Eutychianam, deficientibus juris sui probationib. Quod est certissimum. Nam quæ de jure suo docebat, non potuit superari, nisi per injuriam judicis, quam nullam intervenisse Paulus ponit. Huic autem sententiæ Eutychiana adquievit, nec appellavit. Post Turbo secundus creditor apud alium judicem egit actione hypothecaria adversus 3. pignus possidentem, & superatus est etiam à 3. at sententiæ non adquievit, ut Eutychiana: sed appellavit, forte à præside provinciæ ad Papinianum præfectum prætorio, ut in *l. lecta*. Et in auditorio ejus assidente Paulo, & aliis jurisconsf. quærebatur, utrum jure contra Turbonem pronuntiatum esset: vel utrum tertius, qui superaverat Primum, etiam Turbonem 2. creditorem superare deberet, an vero superato, & remoto 1. creditore, primave creditrice, 2. deberet quasi prior tempore tertium excludere, fretus privilegio temporis, quasi 3. prior & antiquior, juxta id quod vulgo dicitur, priorem tempore esse potiorem jure. Quidam dicebant tertium, *qui primum superaverat*, etiam 2. *superare debere*, hac ratione, *quia si tertius creditor hypothecarius, sub eod. pignore obtulisset, & solvisset pecuniam primo creditori hypothecario, succederet ei in privilegium temporis, quod ille habuit, l. 1. C. eod. tit. & l. ult. C. de iii, qui in prio. cred. loc. suc. ac proinde secundum creditorem quasi potior excluderet*. Hoc est certissimum. Et eadem ratio intervenire videtur, si 3. in vindicatione pignoris primum creditorem superet: nempe, *ut in locum ejus, & in privilegium temporis, & in jus omne primi, quod in pignore primus habuit: tertius succedat, & substituatur*. Hæc erat illorum ratio. Non utebantur illa ratione, de qua infra: quia Tertius, *qui vicit primum, qui secundum vincere potest, vincere etiam*

A *debet secundum*, quæ ratio falsa est, si non sit eadem ratio vincendi primi, & secundi, ut non esse eandem, die crastina demonstrabo. Et non minus falsa est in hac specie ratio illa, quam illa Androcidis ad Alexandrum Magnum: Si vinum cicutæ venenum est, & cicuta homini, & multo magis vinum homini venenum est, quia non eadem vi, eademve facultate agit vinum in cicutam, qua cicuta in hominem. Sed qui erant in ea sententia utebantur hac sola ratione, quia *tertius, qui primum superavit, intelligitur ejus locum subiisse, subintrasse, perinde atque si suis nummis primum dimisisset*. Horum vero sententiam Paulus ut improbet, hypotheses inducit similes, in quibus evidentius appareat, quam iniqua ea sententia sit. Pone, primum creditorem egisse hypothecaria adversus 3. qui pignus possidebat, & à tertio superatum esse, non quod primus de jure
B suo non doceret, sed opposita exceptione pacti, aut jurisjurandi, aut alio modo, veluti imprudentia judicis, an poterit postea tertius secundum agentem hypothecaria repellere exceptione rei judicatæ? Hoc nemo dicturus est. Non potest autem in casu proposito tertius alio remedio secundum repellere, quam per exceptionem rei judicatæ, tanquam res judicata contra primum, in cujus locum tertius successisse intelligitur, secundo quasi inferiori præjudicare debeat, quod tamen si illo casu, quem supposuit est iniquum, & hoc quoque, quod potissimum in hac l. proponitur. Rursus pone, *post victoriam tertii adversus primum, egisse secundum hypothecaria adversus tertium, & vicisse, vel ut ait Paulus, obtinuisse tertium*, ut in *l. Paula, §. ult. de leg.* 3. An poterit secundus, qui vicit tertium, primum agentem hypothecaria repellere
C exceptione rei judicatæ inter eum, & tertium creditorem, quasi in primi locum successerit tertius, quem secundus vicit? Et hoc quoque nemo dicturus est. Ergo sententia dicta inter primum, & tertium, nec priori hypotheci secundo nocet, nec posteriori prodest. Proinde eadem ratio exigit, ne secundum agentem hypothecaria tertius, qui vicit primum, cum de jure suo non doceret, repellere possit exceptione rei judicatæ, ne res judicata inter tertium, & primum creditorem noceat secundo. Denique quacunque ratione tertius vicerit primum, non ideo vincet etiam secundum, nec primum quoque ideo vincet secundus, quod vicerit tertium, qui devicit primum. Et in summa, tertius, qui vicit primum, non intelligitur in ejus locum successisse, cui erat primus locus. Et alia est ratio solventis primo, sive dimittentis primum: alia
D vincentis primum in judicio. Ergo qui sum posterior creditor solvo priori hoc animo, ut mihi confirmem pignus, & in prioris locum succedam. Vinco autem apud judicem priorem creditorem, & vinco mihi, aut retineo pignus dante judice, quasi meliore causa mea, non quasi successor, aut substitutus priori: sententia me non substituit priori: si victor succederet in locum victi, id est, si tertius in locum primi, sane 3. vinceret etiam 2. quia obtineret primum locum: & contra secundus devicto 3. victore primi, vinceret etiam primum, *l. 3. §. ult. de pign.* At verius est, non succedere 3. in locum primi, quem vicit, non dimisit sua pecunia. Ergo aliam esse personam 3. aliam 1. Si aliam personam, ergo & aliam rem in judicium deduci, agente primo adversus 2. vel agente 2. adversus 3. Mutatio personarum aliam atque aliam rem
E facit, *l. si cum uno, de except. rei jud.* Et ideo agenti non obstat exceptio rei judicatæ, quia hæc exceptio tantum obstat agenti de eadem re, ut in formulis nostris præscribi etiam Cicero auctor est 13. *epist. & 5. de finibus, & 1. de orat. Quod eadem res antea in judicium venerat*: non etiam obstat agenti de alia re, hoc est, res inter alios judicata alii nocere, vel prodesse non potest, ut sæpe constitutum esse ait *l. sæpe, de re judic.* Et pro regula juris dicitur receptum in *l. Modestinus, de except. l. is, qui fundum, de usufr. leg. l. Lucius, ff. de his, qui notant. inf.* Et ideo in specie legis, ut concludit Paulus, sine præjudicio prioris sententiæ, quæ data est secundum 3. & contra primum, totum jus secundo integrum relinquitur, & illabitum, sine præjudicio prioris sententiæ, id est, sine metu exceptionis

rei

rei judicatæ. Et ita eadem verba accipiuntur in *l.1. C. quibus res inter al. jud.* Explicui heri sententiam legis 16. *qui pot. in pign. hab.* nunc vero pauca addam ad eam sententiam, quam Basilica contrahunt in hunc modum: *Si diversis temporibus rem pignoravero tribus creditoribus, & 3. vicerit 1. recte 2. aget adversus 3. quia tunc duntaxat quum solvit 1. tertius in ejus locum succedit, in ea quantitate, quam exsolvit.* Nihil est præterea, neque etiam quicquam amplius legis summa desiderat. Nunc veniamus ad glossas Accursii, quod earum explicatio sit magni momenti. In priore glossa Accursius notat secundum definitionem Pauli evenire, ut 2. à 3. pignus vindicet, quasi prior tempore, & primus æque à secundo quasi prior, & rursus 3. à primo ex auctoritate rei judicatæ: & rursus 2. à 3. rursusque 1. à 2. atque ita res incidat in vitium illud, quod Græci vocant ἀντίστροφον. Quod quidem vitium male Alciatus 1. *Parerg.* B dixit esse proverbio ὑπέρου περιτροπή, *pistilli rotatum*, quia eo ταυτολογία notatur, aut ejusdem facti iteratio continua & frequens, non ἀντίστρεφον. Male etiam pistilli rotatui jungit, quod Hieronymus in epistola ad Occeanum vocat *acumen omni pistillo retusius*, quia neque ad pistilli rotatum respicit, neque (ut ille arbitratur) hoc dicit in acutum hominem, sed in hebetem. Verum ex definitione Pauli, nullum sequi ἀντίστρεφον, verius est: nam secundus quidem à 3. pignus vindicat actione hypothecaria, & primus item à 2. eadem actione. At rursus 3. qui 1. vicit, cum de jure suo non doceret, nulla actione id à primo, qui id recepit, à 2. vindicare potest. Quia ut res non jure judicata pro possessore, non præbet ei vindicationem, sed retentionem tantum, ut docet aperte *l. 3. §. ult. de pign.* Ita etiam res judicata pro possessore in pari causa, cum actor de jure suo C non doceret, & quæreretur de jure petitoris, non de jure possessoris, ei nullam vindicationem præbet, *l. pen. §. ult. de except. rei judic. l. sed etsi possessori, de jurejur.* Neque etiam actionem in factum ex causa judicati: quia de jure ejus judicatum non est, sed de jure petitoris tantum, *d. l. sed etsi possessori.* Ergo nullum hic vertitur ἀντίστρεφον. Neque etiam (quod asserit Odofredus hoc loco) ullum ἀντίστρεφον incurrere ita posita specie: Tertium egisse hypothecaria adversus primum possessorem pignoris, eumque vicisse non docentem de jure suo. Nam secundus à tertio vindicare pignus potest, quia suum integrum retinuit, & vicissim primus à 2. quo peracto rursus 3. id à primo non vindicabit, videl. si tunc primus de jure suo doceat, repertis novis instrumentis, quia de jure primi pronuntiatum priore judicio non fuit, quandoquidem in eo primus D non opposuit, aut non probavit exceptionem rei sibi ante pigneratæ, sed judicatum est de jure tertii tantum, de jure actoris, non de jure possessoris, *l. duob. l. pen. §. ult de except. rei jud.* Et ita Bartolus recte. Dicamus etiam de alio exemplo ἀντιστρέφοντος, quod hic Accursius exposuit: *Cum bona mea uxori tacite pignorata essent dotis nomine, eadem primo pignoravi, non consentiente uxore, ac deinde 2. qui est 3. si uxor prima numeretur, ut certe est prima, deinde 2. Igitur consentiente uxore, & remittente suam hypothecam*, quæ remissio valet, quia neque intercessio est, neque donatio, *l. quamvis in princ. ad Senatusc. Velle: an. l. etiam, & l. jubemus, C. eod. tit. l. & si pignus, quæ in fraud. cred.* Hoc vero casu extraneo possidente bona, ea primus à possessore vindicat, & uxor à primo, quia ei non consensit, & secundus, quia ei consensit uxor, ab uxore, & retro primus quasi prior à E 2. & rursus uxor à primo, & secundus ab uxore, & sic deinceps, quid fiet? Hoc male explicant nostri, sed omnino ut mox planum faciam ex *l. æquissimum, ad Tertul.* in qua proponitur certissima ratio explicandi ἀντιστρέφοντος, quæ sequenda est meo quidem judicio in casibus omnibus, in quibus ἀντίστρεφον occurrit. Hoc igitur casu rectius est, dotis jure uxorem præferri, quasi secundo à primo excluso atque remoto, nec jam queunte uxorem excludere, ut in specie *d. leg. æquissimum*, in qua etiam ἀντίστρεφον versabatur: hæc species est: *Si nepos ex filio emancipatus, & manumissus ab avo paterno vita decesserit intestatus, superstitibus avo, patre, & matre, quis ei succedat ab intestato?* Controversia est reciproci, quod dicitur ἀντίστρεφον. Nam avus patrem excludet jure manumissionis ex edicto prætoris, *si quis à parente manumissus fuit*, & avum excludit mater ex Senatusc. Tertull. Quo facto, id est, admissa matre, statim pater excludit matrem, & rursus patrem avus, rursusque avum mater. Quid fiet? Videamus quemadmodum hoc explicet Jurisc. in *d. l. æquissimum*, ut in similibus causis exemplum ejus sequamur. Et ait rectius esse, avum præferri cæteris omnibus, quasi exclusa matre per patrem, quæ avum excludere potuit, & præferri avum jure manumissionis, & quasi jure patronatus, cum (ut ait l. in fi.) & adversus heredes scriptos jus suum avus exerceat, adversus quos mater nullum jus habet. Potentius ergo est jus avi manumissoris, quam jus matris. Vincat igitur avus in dubio. Huic disputationi conjuncta est alia, de qua Accursius tractat in altera glossa. Quæro, cur in specie hujus legis, qui existimabant 3. qui primum vicit, & secundum vincere debere, cur hac tantum ratione utebantur, quod videretur 3. in locum primi successisse, quæ tamen à Paulo rejicitur, quia sententia dicta pro 3. contra primum non facit, ut 3. succedat in locum primi, sicut nec consensus, & remissio primi, si eo consentiente, & remittente jus pignoris, debitor tertio creditori idem obliget pignus, *l. 12. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Et omnino his duobus casibus remoto 1. per 3. quod victus sit à 3. vel quod remiserit debitori pignus, secundus tertio potior est: quia 3. non intelligitur subiisse locum primi. Cur, inquam, illa hac tantum ratione utebantur, non etiam illa, quod 3. qui vicit primum, qui potior est secundo, obtinere etiam debeat adversus 2. Omiserunt hanc rationem, tanquam manifesto falsam. Quia non est eadem ratio tertio vincendi primi, quæ primo vincendi secundi. Tertio hæc est ratio, quia primus de jure suo non docet. Primo autem hæc est ratio vincendi secundi, quia tempore prior est. Non eadem igitur utrique ratio. Si esset eadem, victor primi etiam esset victor secundi, quia qua ratione vincit secundum primus, eadem tertius vincit primum, ut in specie *legis de accessionibus, de divers. & temp. præscr.* quæ est hujusmodi. Si fundum, quem mihi pignerasti, Titio pigneravi creditori meo, quod feci jure: pignus enim pignori dari potest, *l. grege, §. 1. de pign.* quamdiu pecuniam mihi non exsolvis, in vindicatione pignoris te vinco, quia tu mihi dedisti pignus, me autem, aut eum, cui ego dedi, vincit Titius, an etiam te Titius vincit? Sic sane, & multo quidem magis, quia eodem jure Titius me vincit, quo ego te: id est, jure constituti pignoris: si alio jure te vinco, puta jure pignoris, quia mihi fundum pignerasti, alio autem jure vincit me Titius, puta, jure emptionis, quia ei fundum vendidi, non vincit etiam te ob id solum, quod vicerit me. Denique nuda hæc ratio: *Si vinco vincentem te, multo magis vinco te*, nihil valet: at cum adjuncto hujusmodi valet, *quo jure vinco eum, qui te vincit, eodem jure, & eodem ipse vinco te multo magis*, ut si primus creditor jure antiquioris hypothecæ vincit secundum, qui eodem jure vincit tertium, & tertium quoque primus vincet multo magis. Et recte Cynus in *Auth. licet, C. de nat. liber.* spectandam esse vincendi causam ait, sit ne eadem in utroque, an diversa: Nam si sit eadem, si vinco vincentem te eadem ratione, qua illum vinco, & multo magis vinco te. Si sit diversa causa vincendi, vitiosa collectio est, quia sit à comparatione majoris, & nulla est comparatio inter eos, quorum causa, & ratio diversa est. Et ita in specie *d. leg. æquissimum*, mater, quæ vincit avum jure Senatusconsulti Tertulliani, si solus sit, non ideo etiam vincit patrem, si concurrat, quem avus vincit jure manumissionis ex edicto prætoris, nec potest mater ita ratiocinari, *si vinco avum, qui patrem vincit, multo magis vinco patrem.* Ac similiter pater, qui vincit matrem jure veteri, non vincit etiam avum, quem mater vincit ex Senatusc. nec potest ita ratiocinari pater, *Si vinco matrem, quæ avum vincit, & avum multo magis.* Ac similiter avus, qui vincit patrem, à quo vincitur mater, non vincit etiam matrem. Nec ita argumentari potest avus, *si vinco patrem, qui vincit matrem, ergo & matrem vinco.* Et hoc si inter eos solos sit controversia, ut recte scriptum est in *Institut. §. pater, de Senatuscons. Tertull.* si in-

si inter eos solos controversia sit, puta inter patrem, & matrem, vel inter avum, & matrem, vel inter patrem, & avum: nam concurrentibus his tribus personis, patre, matre, avo, emergit ἀντιστρέφον, cujus vitandi, aut explicandi causa inspicitur, cujus jus potentius sit, & is anteponitur omnibus. Potentius autem est jus avi, qui & contra heredes scriptos valet, cæterorum jus non item. Ergo rectius est, avo jus suum conservare, tanquam patre excludente matrem, & avo patrem, nec jam queunte matre excludere avum. Et hæc est ratio, propter quam in *d. §. mater*, Paulus ait, patrem præferri matri, non avum, cum inter eos solos de hereditate agitur. Nam tribus concurrantibus avus præfertur, quasi à patre exclusa matre. Et ita si inter fiscum, qui semper habet tacitam hypothecam, & inter mulierem; quæ etiam habet tacitam hypothecam dotis nomine, sit controversia de hypotheca, fiscus si sit antiquior, præfertur mulieri, & servatur inter eos ordo temporis, *l. dotis*, *C. de jur. dot.* Concurrente autem Titio (quod Græci interpretes notant) qui fisco, & muliere est antiquior, fiscus autem antiquior muliere, ne inducatur ἀντιστρέφον, melius est, mulierem præferri omnibus, quasi à Titio primo creditore excluso filio, ne scilicet rursus Titio à muliere excluso, fiscus, qui muliere est antiquior, vocetur, & fisco admisso, Titius, qui fisco, & muliere antiquior est, quod esset ἀντιστρέφον: ergo melius est, consistere in persona mulieris, nec ultra progredi, alioqui nullus esset rei exitus. Et ita quoque damnato liberto, & proscripto, si inter fiscum tantum, & filium liberti de bonis liberti controversia sit, deducto quadrante, id est, deducta legitima, quæ filio proscripti conservatur, in reliquis bonis fiscus præfertur: concurrente autem filio proscripti, & filio patroni ejus, qui proscriptus est, sive patrono, & fisco, filius liberti præfertur in semisse bonorum, quasi pro eo semisse à filio patroni jure patronatus excluso fisco, quod proponitur in *l. 8. de bon. damn.* quæ est ex iis, quæ desiderantur, suppletæ à nobis ex Basilicis. Hoc ideo ita definitur, ne sequatur reciprocum incommodum ἀντιστρέφον quod utique semper vitandum est, nempe, ut fiscus excludat filium liberti, qui filio patroni anteponitur, & per hoc inducatur filius patroni, qui fisco potior est in semissem, & rursus hoc admisso filius liberti vocetur. Ne hoc eveniat, ne in hoc discrimen incidamus, rectius est filium liberti proscripti præferri in semissem, cum & ipse jus potentius habeat. Et hæc ratio diluendi hujus vitii, quæ ita proponitur in *d. l. aequissimum*, summe notanda est. Præterea ad hujus legis intellectum faciliorem, nonnulla superioribus addenda sunt. Primum igitur addam ad hoc genus argumenti nihil pertinere, quod affert Accursius in hac lege, ex Nov. 89. vel ex *Auth. licet*, *C. de natur. lib.* Unde efficit filios naturales intestati defuncti, sine liberis justis, & legitimis vocati in sextantem, quod est verum, & ab eo sextante excludere cognatos defuncti, & patronum, qui uxorem defuncti excludunt, quia uxor non vocatur ad intestati mariti successionem, nisi post cognatos, & tamen filios naturales uxorem patris defuncti non excludere, denique victores eorum, qui vincunt uxorem, non vincere uxorem. Dico id omne falsum, & vitiosum esse: nam uxore relicta superstite, juxta eam Novellam, filii naturales patri nullo modo succedunt ab intestato: non potest igitur ille casus existere, quem ponit Accursius, ut filii naturales excludant cognatos, qui uxori anteponantur, & tamen non excludant uxorem, quia uxore superstite non patet filiis naturalibus aditus ad hereditatem intestati patris naturalis. Quod & Bartolus hoc loco suboluisse, & sensisse videtur. Nihil etiam ad id pertinet, quod idem affert ex Novell. 97. vel *Auth. quo jure*, *C. eod. tit.* ex quo efficit, eum creditorem, cujus pecunia domus restituta est, qui habet tacitam hypothecam ex SC. vel eum, cujus pecunia refecta, aut comparata, si habeat expressam hypothecam (neque enim habet tacitam) eum, inquam, vincere antiquiorem creditorem, habentem expressam hypothecam, qui vincit mulierem habentem tacitam dotis nomine, nec tamen vincere mulierem. Primum enim falsum hoc est, mulierem inferiorem, quæ dotem persequitur, vinci à superiore creditore, qui expressam hypothecam habet, quamvis ipsa non

A habeat nisi tacitam, ut Martinus sentit recte, non vinci eam ab antiquiore, tametsi antiquior expressam habeat hypothecam, cum ipsa non habeat nisi tacitam: Martinus, inquam, recte contra Joannem, aut non tam Martinus, quam ea ipsa Novella, quæ ex antiquioribus creditoribus expressam hypothecam habentibus mulieri præfert tantum eum, cujus pecunia domus refecta, vel res empta est. Ergo cæteros, qui habent expressam hypothecam, non ita præfert mulieri, sed mulierem illis omnino contra Joannis opinionem tamen, ut mulier præferatur antiquioribus creditoribus talem hypothecam habentibus, qualem ipsa habet, id est, tacitam, non etiam habentibus expressam, usu invaluisse non nego, sed ita, ut solet plerunque vulgus ex duabus opinionibus arripere falsam potius, quam veram. Falsum etiam est, eum, cujus pecunia domus restituta,
B empta, vel refecta est, præcise, & simpliciter in persecutione hypothecæ vincere mulierem: hoc, inquam, falsum est, quia non vincit eam aliter, quam si antiquior sit, id est, jure communi servato ordine temporis. Non est igitur alter potior altero, nisi privilegio temporis, quod propriè privilegium non est. Quod hic adjicit Accursius non necessario consequi, amicum amici mei esse amicum meum, verissimum est, quia variæ sunt amicitiarum causæ. Nec semper quæ causa me tibi conciliavit amicum, eadem etiam tibi conciliabit amicum meum. Qua de causa hoc jure utimur, ut recte quidem recusem, & ejurem judicem, quod sit amicus adversarii mei, non quod sit amicus amici adversarii mei. Et hæc ratio variarum causarum efficit, ut cliens clientis mei, non sit cliens meus: libertus liberti mei, non sit libertus meus, *l. Modestin. de verbor. signific.* affinis affinis
C mei, quod est certissimum, non sit affinis meus, & sicut est in regula juris, socius socii mei, non sit socius meus, *l. non socii*, *pro soc. l. consilii*, *de reg. jur.* Et similiter, ut victor victoris mei non sit victor meus, nisi utrinque eadem sit ratio, & causa victoriæ omnibus. Ideoque propriis singulorum causis exsistentibus, non communibus, non est locus regulæ Geometricæ, *τὰ τῷ αὐτῷ, ταῦτα καὶ ἀλλήλοις εἶναι ταῦτα*, id est, *quæ eidem sunt eadem, & invicem esse eadem*. Qua tamen regula fretus Synesius scribens ad Phylemonem, conatur persuadere, *duos amicos suos, & invicem sibi amicos esse debere*, in epistola incipiente *τῆς γεωμετρικῆς*, ubi ejus regulæ eadem verba usurpat: sed ad rem. Est alia in hac leg. pusilla Glossa in verbo *exsolvit*, quæ Paulo scribente, tertium creditorem, qui de sua pecunia primum dimittit, in locum ejus succedere, in ea quantitate, quam ei sol-
D vit, quæ ei debebatur, non in ea, quæ sibi debetur, in hac esse, & manere tertium, in illa esse primum, in id perperam affert *legem creditor*, *§. à Titio, hoc tit.* In qua nihil tale proponitur: nam de tertio creditore non est, qui primo solvit sed de eo, qui cum non esset creditor, debitori credidit pecuniam primi creditoris dimittendi gratia. Inter quos est magna differentia: nam inferior creditor, qui solvit superiori, in locum ejus substituitur, in ea quantitate, quam solvit, etiamsi de eo nihil nominatim convenerit, *l. 1. C. eod. tit.* Itemque is, qui pignus emit à debitore, ita ut ex pretio primus creditor dimitteretur, quia etsi ei res empta, & tradita non possit esse pignorata, quia sua res est, *l. debitor*, *de pign. act.* tamen in ea obtinenda ex persona primi potior erit inferioribus creditoribus, qui eam rem obligatam habent, si agant hypothecaria, *l. 3. sup. tit. prox. l. 3. C. de his,*
E *qui in prior. cred. loc. suc.* At is, qui credidit pecuniam prioris creditoris dimittendi gratia, quive cum creditor non esset priori creditori solvit, in ejus locum non succedit, nisi de eo nominatim convenerit, *d. l. 3. tit. prox. d. §. à Titio.* Eum quoque creditorem non succedere in locum prioris, qui priorem jure judicioque superavit, constat ex hac lege. Idemque est dicendum, si consentiente primo creditore debitor eandem rem tertio obligaverit: Jus enim ille sui pignoris retinuisse videtur, non etiam tertius in locum ejus successisse, *l. 12. qui. mod. pign. vel hypoth. solv.*

Ad L. IX. de Distract. pign. vel hypoth. *Quæsitum est, si creditor ab emptore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset: putavi: si nulla*

cul-

culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum: quia ex necessitate facta venditio, non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

Ad §. Pomponius *autem lectionum libro secundo ita scripsit: Quod in pignoribus dandis adjici solet, ut quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est: quia ipso jure ita se res habet, etiam non adjecto eo.*

DUæ sunt partes hujus legis. In priore quæritur de eo creditore, qui pignus rite vendidit, & pretium nondum percepit ab emptore, neque vero potest percipere propter inopiam, quæ emptori subito contigit, incendio forte rebus omnibus suis amissis. An hoc casu debitor personali actione creditæ pecuniæ liberatus sit? Et recte Paulus ait, si nulla culpa, nulla negligentia in exhigendo emptore creditori imputari possit, debitorem liberatum non esse, quia perceptio pretii, si debito sufficiat, aut quatenus debito sufficit, debitorem liberat, non venditio pignoris per se sola facta à creditore, quia, ut eleganter Paulus ait, ea venditio ex necessitate fit: id est, tunc maxime ad eam decurrit creditor, cum aliter suum à debitore servare non potest. Et ita *l. 2. hoc tit.* electo, & convento fidejussore pignoris in fidejussorem transferendi causa, venditionem pignoris fieri ait necessitate juris, id est, quia aliter jus suum à fidejussore servare creditor non potest, quam si ei vendat, inque eum transferat pignus, quod habet. Igitur prior hæc pars est de creditore, qui nihil redegit ex venditione pignoris. Posterior autem est de eo, qui minus redegit, quam ei deberetur, quia minoris pignus vendidit, quam sit in debito. Et quemadmodum in priore casu debitor in solidum obligatus manet, quia creditor nihil redegit, ita & posteriore æquum est debitorem in id, quod deest, manere obligatum, *l. 3. C. eod. l. adversus, C. de obligat. & act.* (quod glossa ait apud Venetos non observari) *l. creditor 2. sup. de reb. cred.* ut scilicet idem jus sit in parte non percepta, quod in toto. Et ipso jure ita res se habet, etiamsi de eo nihil convenerit in dando pignore, ut plane conventio in dando pignore ea de re interposita, quo minus venierit, ut in tantum debitor teneatur, sit supervacua, id est, non necessaria. Huic autem contrariam conventionem si placuerit, sane exprimi necesse est: puta ut creditor contentus sit pretio qualicunque pignoris, *l. à Divo Pio, §. si pignora, de re judic.* Ex diverso, si ex pignoris venditione plus redegerit creditor, quam ei debeatur, par & æquabile est, eum teneri superfluum pretii debitori restituere actione contraria pigneratitia, & quidem cum usuris ex tempore moræ: ut etiam si superfluum pretii in usus suos converterit, aut si id fœnori occupaverit, & usuras perceperit, id restituat, *l. 6. §. ult. & l. seq. l. pen. sup. de pig. act.*

Ad L. X. Quib. mod. pign. vel hypoth. solv. *Voluntate creditoris pignus debitor vendidit, & postea placuit inter eum, & emptorem, ut à venditione discederent. Jus pignorum salvum erit creditori: Nam sicut debitori, ita & creditori pristinum jus restituitur: neque omnimodo creditor pignus remisit: sed ita demum, si emptor rem retineat, nec reddat venditori. Et ideo si judicio quoque accepto venditor absolutus sit: vel, quia non tradebat, in id, quod interest, condemnatus, salvum fore pignus creditori dicendum est. Hæc enim accidere potuissent, etiamsi non voluntate creditoris vendidisset.*

Ad §. Creditor *quoque si pignus distraxit, & ex venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus, quibus concessum est rem alienam vendere: Non enim, quia dominium transferunt, ideo ab emptore jus ejus recipiunt, sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione.*

HUic legi adjungam *l. 21. de jur. fisc.* & *leg. 84. de divers. regul. jur.* quæ sunt ex eodem libro. Certum est, pignus liberari, aut solvi, si voluntate, vel consensu, aut permissu creditoris debitor pignus vendiderit, *l. 7. hoc tit.* Voluntas enim habetur, & proprie accipitur pro ratihabitione, *l. 3. §. sed si, de in rem verso, l. si fundus, §. 1. de pignor. l. Pomponius, §. ult. de procur. l. 9. §. pen. de donat.* Et hac in re ratihabitionem creditoris sufficere certissimum est, ut pignus liberetur, *l. 4. §. pen. hoc tit.* Consensus autem creditoris, vel est expressus, ut si debitore petente veniam vendendi pignoris, eam ei palam concesserit: vel etiam tacitus consensus, ut si venditioni interfuerit, & subscripserit tabulis emptionis, *l. 8. §. sed si permiserit, & §. non videtur, & l. 1. §. ult. hoc tit.* Permissus creditoris non est, nisi expressus consensus: igitur si de voluntate, consensu, aut permissu creditoris, debitor pignus vendiderit, certissimum est pignus liberari, etsi nondum tradiderit rem, vel pretium acceperit, *l. 8. §. si debitor, hic.* At quid dicemus, si post venditionem re integra statim placuerit inter debitorem, & emptorem, ut à venditione discederetur, an convalescit pignus? Hæc est quæstio hujus legis. Paulus existimat, pignus convalescere. Et recte: quia impleta venditio rei traditione non est. Idemq; est, si impleta sit traditione rei, sed resoluta restituta re venditori, quia pro non facta habetur, *l. ab emptione, sup. de pact.* Idemque est, si creditor permiserit debitori alii pignus testamento legare, & mortuo debitore legatum repudiaverit legatarius, pignus enim convalescit, quia legatum effectum non habuit, id est, pignus alienatum non fuit, *l. 8. §. venditionis, hoc tit.* aut certe non tam convalescit, quam salvum, & integrum manet creditori, quia ipso jure convalescit: quum id, quod agitur, effectum non habet, omnia manent in eodem statu, perinde atque si de eo immutando nihil actum esset. At non idem est dicendum si perfecta, & impleta alienatione consensu creditoris pignus ex nova causa in dominium debitoris redierit, quia hoc casu pignus non convalescit, *l. ult. C. de remiss. pign.* Et hanc distinctionem comprobat etiam *l. 8. §. supervacuum, hoc tit.* quæ initio ait, frustra quæri, an pignus permissu creditoris venierit, si debitor repossideat. Dico *repossideat, rehabeat*, ut sit unum verbum, quoniam & Basilica ita interpretantur ἐὰν πάλιν ἔλθῃ εἰς τὸν χρεώστην, id est, *si iterum redierit ad debitorem*, id est, si repossederit. Frustra autem id quæritur, aut non necessario, quia certum est, videri non venisse pignus, quod venditor, idemque debitor ab emptore statim recepit, vel revocavit rescissa venditione. Non idem omnino dicendum, si id debitor ab emptore, vel herede ejus postea bona fide redemerit, vel si emptori heres extiterit, atque ita res jure hereditario ad eum redierit: hoc casu non convalescit pignus. Veruntamen (quam in rem est valde singularis *d. §. supervacuum*) si pretio accepto soluta pecunia creditori non sit, etsi necdum soluta sit, non inutiliter adversus debitorem, ad quem pignus rediit ex nova causa, etiam hoc casu creditor agit hypothecaria, quia excipiente debitore in hunc modum, si non voluntate tua pignus veniit, creditor replicabit de dolo malo, hoc pacto: *At si non dolo malo facis, qui rem mihi olim à te pignoratam possides, nondum mihi pecunia soluta: Quum pecunia*, inquit, *soluta non est, doli mali suspicio inest, translata ad præsens tempus, ut possit creditor replicationem doli mali objicere.* Sensus hic est horum verborum: Præteritum dolum non argui, qui nullus fuit, quia debitor bona fide vendidit permissu creditoris, & postea bona fide redemit, sed argui præsentem dolum: doli suspicionem referri, seu transferri à præterito tempore ad præsens, quasi nunc primum debitor in animum induxerit ludificari creditorem, quia ei non solvit, à quo initio facile extorsit, ut consentiret venditioni pignoris. At si à venditione pignoris facta consensu creditoris, discessum sit, statim mutuo consensu ipso jure pignus convalescit, sine beneficio exceptionis, aut replicationis, & ut debitori, ita creditori pristinum jus ipso jure restituitur. Denique omni ex parte omnia in integrum restituuntur, perinde atque si neque emptio, neque venditio intercessisset. Idemq; est dicendum, si qua ratio juris venditionem perfici, aut impleri impediat, propter quam conventus debitor, qui vendidit, actione ex empto absolutus sit, ut in *l. 4. §. ult. hoc tit.* Idem dicendum, si debitor conventus actione ex empto, in litis æstimationem condemnatus sit emptori, id est, quanti interest emptoris rem tradi, atque ita eo præstito rem retinuerit. Nam & hoc casu, quia impleta venditio rei traditione

tione

tione non est, pignus convalescit. Rem tradi exigimus, ut A omnino pignus perimatur, & non tantum tradi, sed etiam retineri ab emptore, nec reddi, aut redhiberi debitori. Reddita, vel redhibita res tradita non videtur, & ideo pignus convalescit; aut certe salvum creditori manet, quia consentiendo venditioni, non omnino intelligitur pignus remisisse, sed sub his conditionibus tantum, si venditio perfecta, & impleta fuerit: si res tradita postea reddita, aut redhibita non fuerit. Addit Paulus aliam rationem, quia, inquit, hæc accidere potuissent, etiam si non voluntate creditoris vendidisset, scilicet venditio resolvi potuisset mutuo consensu, vel ratione aliqua juris absoluto venditore: vel potuit res à venditore retineri præstita emptori litis æstimatione, etiamsi non voluntate creditoris vendidisset. Voluntas ergo creditoris non fecit, ut hæc acciderent. Ergo nihil ei obesse debet, quo minus cum hæc accidunt jus B pignoris salvum habeat. Et in extremo Paulus ostendit, eandem rationem servari in creditore voluntate debitoris, id est, ex pacto vendente pignus; nam ut debitore vendente pignus voluntate creditoris superioribus casibus, jus pignoris creditori servatur incolume, aut restituitur, ita creditore vendente voluntate debitoris, si venditio effectum non habuerit, si mutuo consensu resoluta fuerit, si redhibita res creditori fuerit ob vitium, aut morbum latentem eum, cui eam vendidit, jus dominii ad debitorem revertitur, non ad creditorem, quamvis à creditore translatum sit in emptorem: creditor ipse dominium præstat emptori, quod tamen non habuit, *l. non est novum, de acquir. rer. dom.* Et tamen dominium ad eum non redit rescissa venditione, sed ad debitorem, cujus etiam voluntate creditor id alienasse intelligitur. Et ita quicunque rem alienam vendit C domini voluntate, dominium transfert in emptorem, nec tamen resoluta venditione dominium ad eum redit, vel (ut loquitur Paulus) ab emptore jus ejus non recipit (quod idem est) nempe dominium ad eum, qui vendidit non redit, sed ad priorem dominum, cujus voluntate alienatio facta est. Et hæc est sententia Pauli in hac *l.* cui ex eodem lib. conjungenda est *l. 21. de jur. fisc.*

Ad L. XXI. de Jure fisci. *Titius, qui mihi sub pignoribus pecuniam debebat, cum esset fisci debitor solvit mihi quæ debebat. Postea fiscus jure suo usus, abstulit mihi pecuniam: quærebatur an liberata essent pignora? Marcellus recte existimabat: si id, quod solutum mihi est, fiscus abstulit, non competere pignorum liberationem. Neque differentiam admittendam esse existimo interesse putantium, id ipsum, quod* D *solutum est, an tantundem repetatur.*

HÆc lex, ut ea, quæ præcessit, ostendit, restitui pignus in pristinam causam, quod liberatum erat facta venditione voluntate creditoris, si venditio resoluta fuerit: ita ostendit pignus liberatum solutione pecuniæ restitui in pristinam causam, si solutio revocata fuerit: ut si fiscus, cui idem debitor obligatus erat jure sui privilegii, quia inter omnes creditores fiscus privilegium prælationis habet: si inquam, fiscus solutam alii creditori pecuniam abstulerit, quod sibi priori solvi deberet, hoc casu ostendit restitui pignoris obligationem, ut & obligationem principalem, & obligationem fidejussoris, si & fidejussor intercesserit, *l. 18. §. ult. l. 20. eod. tit.* Et nihil interesse ait, utrum id ipsum, quod solutum est, an tantundem fiscus revocaverit, E *arg. l. 7. de condict. indeb. l. pen. de præsc. verbis.*

Ad L. LXXXIV. de Reg. juris. *Cum amplius solutum sit, quam debeatur, cujus pars non invenitur, quæ repeti possit, totum esse indebitum intelligitur, manente pristina obligatione.*

Ad §. Is natura debet, *quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.*

ET rursus hic est conjungenda *lex 84. de reg. jur.* quæ etiam ostendit, pristinam obligationem restitui, aut remanere, quæ solutione sublata videbatur, si solutio revocata fuerit per condictionem indebiti, ut in specie *l. si non sortem, §. si centum, de cond. indeb.* Debitor 100. per errorem solvit amplius quam deberet, quia solvit fundum dignum centum quinquaginta. Quæ vero pars fundi indebito soluta sit, ut ea repetatur, non invenitur. Itaque ut definitur in *d. l. 84.* melius est totum fundum quasi indebitum repeti, ipso jure restituta, sive manente pristina obligatione. Quod sequitur in ea lege: *is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus,* conjungendum est cum eo, quod idem Paulus scripsit eodem lib. in *l. Julianus, de cond. indeb.* quæ jam à nobis exposita est, verum debitorem judicio accepto male absolutum, natura debitorem manere: quia res judicata non perimit naturalem obligationem: ut scilicet Paulus natura debitorem esse interpretetur eum, qui jure gentium debet, id est, æquitate, & ratione naturali, etiamsi jure civili non debeat, quia res judicata exstinxit civilem obligationem, ut *l. Stichum, §. naturalis, de solut. & l. indebitam, & l. si id quod, de cond. indeb.*

Ad L. XXV. de Probat. & præsc. *Cum de indebito quæritur, quis probare debet, non fuisse debitum, res ita temperanda est, ut si quidem is, qui accepisse dicitur rem, vel pecuniam indebitam hoc negaverit, & ipse, qui dedit legitimis probationibus solutionem adprobaverit: sine ulla distinctione ipsum, qui negavit, sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes præstandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas: præsumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, & indebitas effundat, & maxime, si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, & studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est, in aliquo facili errasse. Et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantiæ causam indebitum ab eo solutum. Et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.*

Ad §. Sin autem is, *qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, vel agricultor, & forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, & desidiæ deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, & debitas ei fuisse solutas: & si non ostenderit, eas redhibere.*

Ad §. Sed hæc ita, *si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat. Sin autem pro parte, quæritur, quod pars pecuniæ solutæ debita non est: vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus, errore ejus, pecunias dependit, ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, vel jam solutam pecuniam, per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens projecit pecuniam, secundum generalem regulam, qua eos, qui opponendas esse exceptiones affirmant, vel solvisse debita contendunt, hæc ostendere exigit.*

Ad §. In omnibus autem *visionibus, quas præposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, prius ipso pro calumnia jurante, ut judex juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, jure referendæ religionis ei servando.*

Ad §. Sed hæc ubi *de solutione indebiti quæstio est. Sin autem cautio indebiti exposita esse dicatur, & indiscrete loquitur: tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suæ confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese hæc indebite promisisse.*

INscriptio vindicat hanc legem Paulo; & sane cum lib. 3. quæstionum Paulus scripserit de condictione indebiti,

ti, ut patet ex *l.21. & 60.de condict. indeb. & l.84. de reg. jur.* A potuit etiam in eo libro de quæstione hujus legis tractare, quæ est ejusmodi. Quum agitur de condictione indebiti, cui incumbat onus probandi debitum esse, vel non esse, utrum actori se solvisse rem, vel pecuniam indebitam, an reo se accepisse debitam: Et rursus si non res, vel pecunia soluta sit, sed promissa, utrum stipulator probare debeat, se debitam sibi rem, vel pecuniam in cautionem deduxisse; an reus se promisisse indebitam? Potuit, & sane verisimile est lib.3.de hac quæstione tractasse Paulum. Cæterumq; eorum loco, quæ de ea quæstione Paulus scripserat, Tribonianus nobis longe alia supposuit, vel cum à Pauli sententia diversus abiret, vel eum rem accommodaret ad usum fori, qui obtinebat ætate Justiniani. Nam phrasis, quæ Triboniano amica est, & familiare genus dicendi, verba partim humilia, & inepta, partim ex Græco idiotismo B traducta satia produnt in hac l. quantumvis prolixa (& prolixitas id prodit etiam) nullum esse Pauli verbum, omnia esse Triboniani: at quum prudentem, & attentum patremfam. vocat studiosum, ut Græci σπουδαῖον, & cum pro docere, & probare mavult dicere, *ostendere*, ut Græci δεῖξαι, vel δεικνύειν. & quum illo loco *§. pen. in omnibus visionibus, quas præposuimus*, *visiones* appellat species, quæ etiam sic dicuntur ab antiquo verbo specire, id est, videre: quum, inquam, visiones vocat species, vel casus antea propositos, quibus modo actori, modo reo incumbit onus probandi, quum agitur condictione indebiti, vel themata, ut in Basilicis, ἐπὶ πάντων τῶν εἰρημένων θεμάτων, quia themata in scholis, ut Quintilianus ait, *in conspectu quodammodo collocantur*. Denique sunt visiones. Verbum visionum inolevit ætate Justiniani ex Græco idiotismo, ut patet ex *lege 2. quæ est Just. §. si quis autem, C. de vet. jure enucl.* illo loco, C *visiones expositæ veterum*. Hoc est themata, & proposita veterum, & ubicunque hæc vox reperitur in Digestis (reperitur autem aliquoties) sane à manu Triboniani est, maxime in *l. si fidejussor, §. in omnibus, mand.* ubi eadem sunt verba, quæ in hac l. in omnibus visionibus, quæ propositæ sunt. Item, quum juramentum dicit pro eo, quod juris auctores semper jusjurandum, quasi Jovis jurandum, ut Ennius & Nævius loquuntur. Item quum cautionem concipere indiscrete dicit, id est, non expressa causa debiti, ἀδιακρίτως, ἀσαφῶς: ut idem Just. in *l. si quis ad declinandam, §. ubi autem indiscrete, C. de episc. & cler.* Et quum in fine legis dicit, *nisi*, pro *si non* Græcorum more ἀλλ' εἰ μή, ut recte glossa ibi notavit, *nisi*, non facere exceptionem, sed, alium constituere, vel ponere casum. Et quum etiam ibidem D cautionem vocat *confessionem*, ut Græci ὁμολογίαν. Hujus rei etiam argumentum est, quod & in hac lege, vel interprete Dorotheo notatur monachi conditio, illo loco, vel alias *simplicitate gaudens, & desidiæ deditus*: τῇ ἀπραγμοσύνῃ χαίρων καὶ ῥᾳθυμίᾳ ἐκδεδομένος, ut & in lege *quidam 26. C. de decurionib.* ignaviæ sectatores, id est, monachi: quibus verbis significatur eos esse amatores simplicitatis, & imperitiæ rerum, atque etiam simul desidiæ. Ad quæstionem autem hoc loco propositam ex sententia Justiniani, aut potius Triboniani distinguendum est: Aut agitur condictione indebiti soluti, aut condictione indebiti promissi. Hæc est condictio incerti, id est, condictio cautionis, stipulationis obligationis, quia ejus rei nullum corpus exstat, quod cerni possit. Certum enim dicitur à cernendo. Certa igitur ea res non est, sed jus est incorporale, cautio, stipulatio, obligatio, & contra liberatio. E Illa autem, quæ dicitur condictio indebiti soluti, est condictio certi, nempe rei certæ, vel quantitatis solutæ. Et de hac quidem condictione indebiti soluti primum dicemus satis multa, deinde paucula de condictione indebiti promissi. Et ita distinguamus ex sententia Triboniani, aut Justiniani, qui probavit omnia, quæ patravit Tribonianus. Aut agente aliquo condictione indebiti soluti, reus negat omnino se quicquam accepisse, sibi rem cum actore ullam unquam fuisse, vel forte visum à se eum hominem ante fuisse nunquam, & deinde convincitur jure proditis probationibus, actore probante, se ei pecuniam dedisse, numerasse, solvisse, inter quas probationes etiam esse jusjurandum, si deferatur, ostendit *§. ult.*

A *hujus legis*, quod nescio tamen, cur glossa negaverit ex *l. eum, qui, sup. de jurejur.* quæ nihil ad eam rem pertinet. Hoc vero casu, quum reus negavit se quicquam accepisse, & actore probante convictus est, amittit præsumptionem, quæ pro illo faciebat, quia nemo præsumebatur ei solvisse indebitum, & actor exoneratur necessitate probandi se solvisse indebitum, & in mendacii pœnam, cujus convictus est, transfertur probandi necessitas in reum, ut probet, se debitum accepisse, si condemnari nolit. Quod etiam belle confirmat *l. ult. sup. de rei vindic.* Unde colligitur, ab actore probata intentione sua, & cognitis jam reo probationibus actoris, non prohiberi reum de alio jure suo docere, vel aliarum defensionum suarum probationes exequi, ut *l. 9. C. de except. l. empt. C. de præsc. long. temp.* Nec quicquam obstat *Nov. 9. de test.* qua coercetur tan- B tum multiplex, & varia testium productio, nempe, ut non possit alios producere, qui sæpius produxit, quique ad extremum declaravit se alios non habere, quos producere velit. Hoc enim casu non admittitur nova productio testium, quia renuntiavit ampliori productioni, & satis se testium produxisse dixit. Et hæc de priori membro superioris distinctionis. Sequitur alterum. Aut ab initio fatetur reus se accepisse, negat autem indebitum fuisse id, quod accepit: & hoc sane casu onus probandi incumbit actori, ut probet, se per errorem indebitum solvisse, quia non præsumitur homo sanus indebitum solvisse. Et ubi præsumptio adversus aliquem facit, utplurimum ab eo contraria probatio exigitur, ab adversario nulla, pro quo facit præsumptio *legis generaliter, §. si petitum, de fideic. liber. l. ult. in princ. de eo, quod met. causa.* Nemo sanus, & sui com- C pos præsumitur indebitum solvisse, videlicet si sit prudens & diligens paterfam. non præsumitur projicere quod suum est, neque errare in re sua, ideoque ei incumbit probatio indebiti soluti, puta se dolo malo, & falsa persuasione adversarii deceptum ei solvisse, vel per ignorantiam facti probabilem aliquam, quam probationem si non impleverit, reus absolvitur, pro quo præsumptio justa facit. Hoc, ut dixi, si diligens fuerit, & attentus ad rem is, qui agit condictione indebiti. Nam ut subjicit, si pupillus sit, vel etiam minor 25. annis, vel miles, vel rusticus, vel alius simplicitate gaudens, & desidiæ deditus, id est, monachus, ut ait Dorotheus, qui quidem monachi pleronque forensium rerum ignari sunt, quibusque pupillis scilicet, & minoribus, & aliis jus ignorare permissum est, & solutum etiam per errorem juris repetere possunt, *l. pen. inf. de jur. & fact.* D *ignor.* hoc, inquam, credibilius est solvisse indebitum, ii facilius præsumuntur solvisse indebitum, ideoque onus probandi nullum eis incumbit, sed incumbit reo tantum, adversus quem præsumptio facit, ut scilicet probet, se debitum accepisse, ac proinde condictioni locum non esse, aut reddat quod accepit deficiente probatione. Et hoc in his personis ita obtinet, si omne id, quod solverunt, condicant. Aliud enim dicendum est, si amplius quam deberent, se solvisse dicant, atque ita fateantur se debuisse partem. Nam hoc casu præsumptio pro eis non facit, & probare debent qui fatentur partem alteram esse indebitam, atque ita se plus debito solvisse. Idem onus eisdem personis incumbit, si dicant se jampridem solvisse eam pecuniam, ergo se debuisse olim, qui denuo solverunt, prioris solutionis obliti: vel si dicant se solvisse per oblivionem, E omissa exceptione perpetua, veluti pacti, aut jurisjurandi, qua se tueri poterant, quia generalis regula est, eum, qui debiti solutionem, vel qui exceptionem aliquam allegat, sive sit actor, sive reus (nam & reus in exceptione actor est) eam probare debere, *l.2. l. in exceptionibus, hoc tit.* ei, qui affirmat, probatio incumbit, inquit l. 2. adde sive sit actor, sive reus. Et quod ait hoc loco his casibus, quum condicit partem ejus, quod solvit, vel quum allegat, se per oblivionem omisisse exceptionem, aut se jam ante solvisse: quum ait, inquam, his casibus ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, & cæt. Illud *omnimodo*, in quo laborant glossæ, rectissime Basilica sic interpretantur, *qualiscunque sit is, qui solvit*, id est, *sive prudens paterfam. sive parvus ætate, sive mulier, sive miles, aut rusticus*,

cus, aut simplicitatis amator. Et Dorotheus apertius κἂν ᾖ αὐτὸς ὁ ἐστιν, &c. id est, *etiam si is, qui solvit sit ex iis personis, quas paulo ante relevavimus onere probandi.* His distinctionibus expositis, divertisque casibus, subjicitur, in omnibus iis visionibus, & casibus ei, cui incumbit probatio, si inopia probationum laboret, licere adversario jusjurandum deferre super ea re, qua de agitur, ut vel adversarius juret, vel referat jusjurandum, juxta *l. manifestæ, sup. de jurejur.* sed ita tamen, ut priusquam deferat adversario jusjurandum, ipse juret de calumnia: si hoc exigatur, puta se non calumniandi animo, aut vexandi adversarii causa ei deferre conditionem jurisjurandi, juxta legem 34. *§. qui jusjurandum, & l. 37. sup. de jurejur. & l. 55. §. pen. rer. amot.* Alioqui si hoc non præcederet, actio ei denegatur, & pro eo habetur, atque si adversarius jurasset, aut si ipse jusjurandum adversario remisisset: & ex hoc loco notandum post jusjurandum sequi sententiam judicis: cum ait, ut judex juramenti fidem sequutus, ita suam sententiam possit formare, quod etiam ostendit *l.* [illegible] *postea, §. si damnetur, sup. de jurejur.* Aliquando tamen sententia præcedit jusjurandum, ut quum judex sententia dicta jurare præcipit, & si juratum erit, vel non erit, quid fieri velit, etiam decernit, ut in *l. pen. C. de reb. cred. l. cum judex, C. de sentent. & interloc. om. jud.* Ultima pars hujus l. est de condictione indebiti promissi, & in cautionem scriptam redacti, circa quam ita distinguit: Aut cautio indiscrete loquitur, id est, non exprimit causam debiti, & hoc casu reus, qui convenitur condictione indebiti promissi, probare debet sibi deberi quod cautione continetur, in qua reticuit causam debiti: Aut actor in cautione expressit causam debiti, puta se debere centum ex causa mutui, vel ex causa depositi, & tunc, vel stare debet cautioni, vel probare aliu quodam scripto se per errorem indebitum promisisse, quoniam scripto præsumitur contineri debitum, quod in eo sit expressa causa. Probare, inquam, id debet alio quodam scripto, non testibus: Nam scriptum non recte refellitur testibus, sed alio quodam scripto opus est, *l. 3. C. si minor se maj. dix. l. 1.* quæ est Græca, *& l. testium, in fine, C. de test. l. generaliter, C. de non num. pec. l. pen. C. de contrah. stipulat.* Et ad hæc nonnihil etiam pertinet Novel. 136. *de argentariorum contractibus.*

Ad L. CXXVI. de Verb. oblig. *Si ita stipulatus fuero*, si Titius Consul factus fuerit, tunc ex hac die in annos singulos dena dare spondes? *post triennium conditione existente triginta peti poterunt.*

Ad §. Titius à *Mævio fundum detracto usufructu stipulatus est, & ab eodem ejusdem fundi usumfructum. Duæ sunt stipulationes; & minus est in eo usufructu, quem per se quis promisit, quam in eo, qui proprietatem comitatur. Denique si ille usumfructum dederit, eumque stipulator non utendo amiserit; tradendo postea fundum detracto usufructu liberabitur: non idem contingit ei, qui fundum pleno jure promisit; & usumfructum dedit: deinde amisso eo, proprietatem sine usufructu tradidit. Ille liberatus est dando usumfructum: hic nulla parte obligationis exoneratur, nisi pleno jure fundum effecerit stipulatoris.*

Ad §. Chrysogonus *Flavii Candidi servus actor scripsit coram subscribente, & adsignante domino meo, accepisse eum à Julio Zosa rem agente Julii Quintiliani absentis mutua denaria mille, quæ dari Quintiliano, heredive ejus, ad quem ea res pertinebit, Calendis Novembribus, quæ proximæ sunt futuræ: stipulatus est Zosas libertus, & rem agens Quintiliani: spopondit Candidus dominus meus, sub die suprascripta, si satis eo nomine factum non erit: tunc quo post solvetur, usurarum nomine denarios octo præstari, stipulatus est Julius Zosas, spopondit Flavius Candidus dominus meus: subscripsit & dominus. Respondi. Per liberam personam, quæ neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam adquirere possumus. Plane si liber homo nostro nomine pecuniam dares, vel suam, vel nostram, ut nobis solveretur: obligatio nobis pecuniæ creditæ adquireretur. Sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adjectio absentis, cui principaliter obligatio quærebatur. Superest, quæramus, an ex numeratione ipse, qui contraxit pecuniam creditam petere possit? nam quotiens pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum: plane si præcedat numeratio, sequatur stipulatio: non est dicendum recessum à naturali obligatione. Sequens stipulatio, in qua sine adjectione nominis usuras stipulatus est, non eodem vitio laborat: neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui & sortem, videri. Ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum, & cogitur eam patrono cedere. Plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus, vel conditionem ex eo, quod agi apparebit, intelligendum est: nunquam personam nisi expressa sit.*

Ad §. Si ita stipulatus fuero, *te sisti, & nisi steteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est: detracta secunda stipulatione, prior manet utilis, & perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.*

In principio legis proponitur quæstio de stipulatione ita concepta: *si Titius Consul factus fuerit, tunc ex hac die in annos singulos dena dare spondes? spondeo.* An valeat? & ideo post triennium impleta conditione, & Titio facto Consule, an præteriti temporis habita ratione, triginta peti possint? Qua de re merito dubitari Africanus scribit in *l. 64. sup. hoc tit.* Dubitandi materia hæc est, quia hæc stipulatio præpostere concepta videtur propter illa verba, *tum, vel tunc ex hac die.* Quæ quidem hoc significare videntur, ut si Titius consul factus fuerit, ex hac die dena præstentur in annos singulos. Quo genere datio, sive præstatio conditione, & obligatione prior est, quæ debet esse posterior, quia hoc agitur, vel agi videtur, ut hodie præstentur dena: si quandoque postea Titius Consul factus fuerit; hoc est præposterum: ergo vitiosum: nam πρόθύστερον vitiat stipulationem. Et ita semper obtinuit ante Justinianum. Stipulatio ex strictis formulis constat: ergo ex rite conceptis tantum. Non est autem rite concepta, quæ præpostera est, quæ dationem præfert obligationi. At recte Paulus, & Africanus definiunt, alium esse sensum, & plane carentem vitio illorum verborum, *tunc ex hac die*: nempe, ut tunc, quum Titius consul factus fuerit, quum extiterit conditio, dena præstentur in annos singulos ex die interpositæ stipulationis, qua in re nihil est præposterum. Præstatio enim pecuniæ confertur in tempus existentis conditionis, non pendentis; & hoc agitur, ut existente conditione, verbi gratia, post biennium, aut triennium, non præterito tempore, sed tunc demum, cum conditio extiterit, præteriti temporis pensiones præstentur, non præterito tempore, sed præteriti temporis. Itaque post triennium existente conditiooe, statim 30. debentur, & peti possunt condictione certi. Et ita in *l. lecta, §. ult. de reb. cred.* Paulus docuit, valere stipulationem ita conceptam: *si Calend. Juniis mille mihi non solveris, tunc ex hac die promittis dena pœnæ nomine in menses singulos?* quæ usura est centesima. Et ei nihil adversari *legem cum quidam, de usur.* satis ostendi ad African. & non ita dudum ad *d. l. lecta*: & ob eam rem apte videtur initium hujus legis posse conjungi cum extremo *d. l. lecta.* Observa autem hoc loco Glossam non intelligere quid sit *dena*: nam dena, & decem idem esse arbitratur, idem δέκα καὶ ἀνὰ δέκα. Et quod pejus est, proprie dena esse 20. nesciens latinos dena, quina, sena, & his similia dicere, facientes ea dispartitiva, quæ Græci vocant ἐπιμεριζόμενα, & naturaliter, sive generaliter plurativa semper esse.

Ad §. *Titius*. Sequitur alia quæstio in §. 1. Sciendum est, fundi, vel ædium, vel rei cujusque appellatione plenam proprietatem significari. Ideoque eum, qui fundum promittit, aut legat, plenam proprietatem promittere, aut legare, nec liberari dando proprietatem sine usufructu, *l. eum, qui stipulatur, §. si à te, sup. h. t. l. 26. l. cum filius, §. dominus, de leg. 2. l. si tibi, de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* Et qui dicit, *fundum suum esse*, hoc dicit, dominum se fundi esse pleno jure, vel se fundi plenam, & solidam proprietatem ha-

bere. Et hoc quidem quantum ad verborum significatio- A nem attinet. Ex sententia enim loquentis, vel scribentis, hic sermo, *fundum suum esse*, ut in rei vindicatione, transferri potest ad proprietatem solam, sive dominium, *l. recte dicimus, de verb. signific.* Proprietas, & dominium idem est, aut si quid inter ea est, hoc tantum unum ab altero distat, quo genus à specie: nam dominii nomen latius patet: cum & dominium usufructus, & dominium possessionis dicatur: dominium proprietatis, sive proprietas est species. Verum alia est proprietas nuda, si usufructus ab ea separatus, & alienus sit. Alia est proprietas plena, si ab ea usufructus separatus non sit. Et similiter ususfructus alias meus est jure proprietatis, si plena proprietas ad me pertineat: alias meus est jure servitutis, si nuda proprietas alterius sit, *l. si cum testamento, §. pen. de except. rei jud.* Hunc usumfructum, qui meus est jure servitutis rei discernendæ gratia, B interpretes non inepte vocarunt *formalem* usumfructum: illum *causalem*, à Philosophis mutuati hæc vocabula. Formalis est servitus, quam fundus, vel alia, quæ res personæ debet, ut etiam si dominus non sit, ea re uti, & frui possit, tanquam is, qui plenum dominium habet viri boni arbitratu. Causalis autem est jus, quod comitatur proprietatem plenam. Ille proprie ususfructus est, qui est servitus personalis, *l. cum in fundo, de jur. dot.* Hic qui comitatur proprietatem, proprie ususfructus non est, sed emolumentum rei, commodum omne rei. Ille item vindicari potest actione confessoria, si paret fundi illius, cujus proprietas aliena est, usumfructum meum esse. Hic autem, qui cohæret proprietati, eadem actione vindicari non potest. Negatoria tamen actione de eo experiri licet, negando eum esse separatum à proprietate, *l. uti frui, sup. si ususfr. pet. & d. l.* C *si cum test. §. pen.* Præterea, ut & hoc loco Paulus ait, minus est in formali usufructu, qui servitus est, quam in causali. recte: nam formalis non est cum proprietate, causalis est cum proprietate. Et formalis amittitur non utendo constituto tempore, quo tamen modo causalis non amittitur: nam non amittis plenam proprietatem, si ea re non utaris, quam possides. Et notandum hoc loco, hunc tantum modum amittendi usufructus notari à Paulo, puta non utendo, quo modo causalis non amittitur, ut dixi, nam aliis modis, veluti capitis deminutione, aut morte, aut in jure cessione, aut rei mutatione: quibus formalis amittitur, amittitur etiam causalis, id est, plena proprietas. Docet autem Paulus in hoc §. multum interesse, una quis stipulatione fundum pleno jure, vel fundum simpliciter, quod tantum potest, quantum fundum pleno jure, stipulanti promisit, D an vero duabus stipulationibus, una fundum detracto usufructu. altera usumfructum ejusdem fundi. Hoc enim casu, si promissor stipulanti cesserit usumfructum, quod potest, licet eum proprie non habeat potest, servam facere rem suam usufructus jure, *l. quod nostrum, de usufr.* tametsi stipulator usumfructum amiserit non utendo, isque redierit confestim ad proprietatem, ut solet semper amissus, vel finitus ususfructus statim recurrere ad proprietatem, ut eleganter Græci ἀεὶ ἡ χρῆσις ἀνατρέχει πρὸς τὴν δεσποτείαν, id est, *semper ususfructus recurrit ad proprietatem*: hoc, inquam, casu ex posterior stipulatione promissor liberatus est, quia semel cessit usumfructum: nec obstat, quod postea amissus sit non utendo: ex posteriori stipulatione dando usumfructum liberatus est, ex priori autem obligatus manet, ut scilicet præstet proprietatem nudam, quam si præstiterit E ab utraque stipulatione liberatus est: Illo autem casu, qui una stipulatione promisit fundum pleno jure, & usumfructum cessit stipulatori, qui postea eum amisit, nulla ex parte liberatus est, sed adhuc in solidum obligatus manet, & peti ab eo fundus potest, id est, ut fundum stipulatoris faciat pleno jure. Et rursus non liberatur omnino, si nunc præstet proprietatem nudam, sed ea præstita, adhuc ab eo peti ususfructus potest, *d. l. eum, qui, §. si à re, hoc tit. & d. l. Mævius, §. pen. de leg. 2.* ususfructus, inquam, præstita proprietate adhuc ab eo peti potest, non fundus, quia stipulator fundum habet totum, quantum ad proprietatem pertinet: si quid fundi proprietati deesset, fundus peti posset, *l. etiam, de solut. l. hujusmodi, §. ædes, de leg. 1.* At proprietati, quæ tradita est, si per se spectatur, nihil deest: ususfructus enim, quem promissor retinuit, pars fundi, vel proprietatis non est, sed species servitutis, quia quasi servitutis jure eum retinuit, *d. l. Mævius, §. pen. & l. recte, de verb. sign.* Si esset pars fundi, cesso usufructu promissor liberaretur pro parte, & proprietas tantum nuda remaneret in obligatione, etiam amisso usufructu, *l. 9. §. ult. de solut.* At non nuda, sed plena proprietas remanet in obligatione, & peti potest, quasi nec parte ulla fundi præstita, præstita servitute usufructus, quæ non erat in obligatione, videlicet si ususfructus amissus sit: nam (quod notandum) si usumfructum adhuc habeat stipulator, solius, ut arbitror, proprietatis petitio competit, qua præstita, ususfructus stipulatoris esse desinit jure servitutis, & ex nova causa ejus esse incipit jure proprietatis: formalis fit causalis, *d. l. si cum testamento, §. pen.* Denique cedendo usumfructum formalem separatum à proprietate, si is postea amissus sit, nihil ejus rei promissor solvisse intelligitur, quam promisit, & debuit. Ergo integra est totius ejus rei, aut plena rei petitio. Tradendo autem fundum detracto usufructu, sane eam ipsam proprietatem, quam debuit solvit, & ideo petitio ejus nulla superest, sed petitio usufructus tantum, ut proprietati rei jam ante traditæ consolidetur, id est, ut nuda proprietas fiat solida, & plena.

AD *§. Chrysogonus*. In hoc §. proponitur cautio hujusmodi: Chrysogonus servus actor rerum domini sui scripsit instrumento cautionis nomine domini, eodemque domino præsente, & instrumento subscribente, & subsignante: scripsit, inquam, dominum suum à liberto quodam gerente C rem patroni absentis, accepisse mutua denaria mille, ea scilicet adnumerante liberto suo nomine, ita ponendum est, vel quod tantundem valet: simpliciter sine adjectione nominis, denique ea denaria mille adnumerante liberto, suo nomine, non nomine patroni: ac deinde stipulante liberto scripsit eodem instrumento dominum suum promisisse, se eam pecuniam patrono ejus soluturum, atque ita scripsit libertum pecuniam credidisse suo nomine. Patrono autem, heredive ejus, eive, ad quem ea res pertinebit (sic legendum) stipulatum libertum eam pecuniam reddi Calendis proximis: Itemque si ea pecunia Calendis proximis patrono non solveretur, tunc ex eo die eundem libertum, non patrono, sed simpliciter nullius nomine expresso stipulatum usurarum nomine menstrua denaria octo, quæ usura dextante minor est, una tertia parte denarii: dextans enim integra D redderet menstrua denaria octo, & unam tertiam partem unius denarii. Duæ igitur sunt interpositæ stipulationes, ut in *l. centum Capuæ, de eo, quod certo loco*, una sortis facta patrono nominatim, puta ut sors solveretur patrono Calendis futuris, altera usurarum non facta patrono, vel sibi, sed simpliciter, & ἀπροσώπως. Et hæc omnia, quæ ita scripsit Chrysogonus, dominus ejus scripsisse, cavisse, promisisse intelligitur, quoniam interfuit, atque subscripsit, & signavit servi chirographum. Ex quo, si actio est, non est dubium ea dominum directo conveniri posse, quia ipse promisisse intelligitur. Sed malebant plerunque domini per suos servos contrahere, & se obligationi subjicere. At dubitatur an patrono absenti actio ex stipulatione liberti adquisita sit. Et recte ponit, patronum fuisse absentem, ut in simili specie *l. 3. C. de contrah. stip. & l. 3. C. de inut. stip.* nam si E præsens fuisset patronus, cum libertus ei stipulabatur, ipse stipulatus videretur, eique daretur utilis actio, *l. si procuratori, hoc tit. l. si dictum, §. si præsente, de evict.* At quia patronus fuit absens, liber homo, qualis fuit libertus, inutiliter ei stipulatus est, quia per liberum hominem, qui non est in nostra potestate, ut filiusfam. nec nobis bona fide servit, nulla obligatio nobis, vel actio adquiri potest, *l. solutum, §. per liberam, sup. de pig. act. l. 1. C. per quas pers. nob. adqu. obl.* Quæ jam nobis competere cœpit obligatio, vel actio, retineri quidem potest per liberum hominem, veluti per procuratorem, *l. per procuratorem, de procur.* vel per libertum institorem, ut in *l. ult. de inst. act.* Potest, inquam, retineri per liberum hominem, & conservari nobis, & præparari: imo & perpetuari facto ejus, vel produci, & prorogari, ut

in

in *l. si quis solutio*, *§. ult. de usur.* Breviter, quæ nobis jam competit actio, per liberam personam nobis conservari potest, & melior quoque efficitur per liberam personam. At quæ nobis nondum competit actio, non potest nobis adquiri per liberum hominem, conventione facta nostro nomine. Unus tantum casus excipitur, quo jure singulari receptum est, ut per liberum hominem nobis adquiratur obligatio, ut si suam, vel nostram pecuniam mutuo det nostro nomine, id est, ea lege, ut nobis debeatur, nobisque solvatur: obligatio & condictio ex mutuo nobis adquiritur, *l. certi*, *§. si nummos*, *de reb. cred. l. 2. C. per quas pers. nob. adq. oblig.* itemque ex promutuo, ut in *l. 6. C. de cond. indeb.* Hoc jure singulari utilitatis causa receptum est, propter crebrum & necessarium creditæ pecuniæ usum, sicut & alia pleraque, *l. singularia, de rebus cred.* At in specie proposita neque ex numeratione, id est, neque ex mutuo, per libertum patrono adquiritur obligatio creditæ pecuniæ, quia libertus eam non credidit patroni nomine, sed suo nomine. Non adquiritur etiam patrono per libertum actio ex stipulatione, quia alteri liber homo stipulatur inutiliter, adeo ut nec sibi, nec alteri ulla quæratur actio, nec alteri quoque, cui liber homo stipulatus est, solvatur recte, tanquam adjecto solutionis gratia. Ergo nec patrono hoc casu, cui libertus stipulatus est sortem reddi, sors solveretur recte, quia id agebatur (licet ageretur stulte) ut patrono adquireretur principalis obligatio. Et cum adjicitur aliquis solutionis gratia, semper alius est adjectus solutionis gratia, alius is, in cujus persona consistit principalis obligatio: ut si stipuler mihi, aut Titio, ego sum principalis, cui obligatio quæritur: Titius adiectus est solutionis, non obligationis gratia: unus idemque non potest esse principalis creditor, & adjectus solutionis gratia, sicut nec unus idemque potest esse principalis debitor & fidejussor, vel quæ alia accessio, *l. heres, §. servo, de solut.* Ergo ex stipulatione sortis facta patrono, neque agere patronus potest, neque etiam ei solvi potest pecunia, quæ in eam stipulationem deducta est, quia nec habetur pro adjecto solutionis gratia, quia id non agebatur, ut esset adjectus, sed ut esset principalis creditor. Hæc omnia sunt certissima. At hoc potissimum quæritur in hac l. an saltem libertus, qui suo nomine credidit pecuniam, habeat actionem creditæ pecuniæ. Dubitationem movet, quod numerationi pecuniæ mutuatitiæ subjecta ex continenti stipulatione ita agatur, ut non ex mutuo, vel ex numeratione nascatur actio, sed ex stipulatione tantum, id est, ut unus contractus sit, puta stipulatio, non duo, mutuum, & stipulatio, *l. 6. §. ult. & l. 7. de novat.* Et ita quidem (quod etiam hic proponit Paul.) se res habet omnino, si utilis fuerit stipulatio, quæ numerationi, sive credito subjecta est incontinenti. At in specie proposita inutilis stipulatio est, quia libertus patrono, vel liber homo quilibet alteri stipulatur inutiliter, ideoque stipulatio pro non facta habetur, nec subjecta inutili stipulatione videtur libertus recessisse ab obligatione creditæ pecuniæ, quam contraxit utiliter suo nomine, ut *l. certi*, *§. quoniam, de reb. cred. l. 3. C. de contrah. stipul.* non videtur, inquam, libertus recessisse ab obligatione naturali, id est, ab obligatione reali creditæ & pernumeratæ pecuniæ: mutui enim obligatio contrahitur re, id est, numeratione naturali, ut solet etiam scribi in instrumentis, naturalem dationem intervenisse. Itaque liberto, qui suo nomine credidit, quia stipulatio inutilis est facta patrono detracta ea stipulatione, salva manet pristina actio, id est, condictio ex numeratione, sive suam pecuniam crediderit, condictio certi, quæ ex mutuo competit, sive pecuniam patroni crediderit condictio incerti, si pecunia extat, id est, condictio possessionis, quæ res incerta est, *l. indebiti*, *§. sed etsi nummos*, *de condict. indeb.* vel si jam consumpta sit pecunia condictio certi, quia consumptio conciliat (ut dicunt vulgo) & confirmat mutuum, quod ab initio non valuit, quia pecunia non est facta accipientis. Condictio igitur ex consumptione potius (per quam convalescit mutuum) quam numeratione competit, *l. nam etsi fur, de reb. cred.* Sic igitur concludamus: quum nulla est condictio ex stipulatione, quæ numerationi subjecta est, quod sit inutilis, manet condictio ex numeratio-

A ne, quæ est utilis, nec per inutilem contractum ab utili recessum videtur, quandoquidem non aliter ab utili, qui præcedit, recedi videtur, quam si valeat, qui sequitur. Atqui non valet: ergo salva manet obligatio ex primo contractu. Et hoc est quod ait hoc loco, plane si præcedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione, &c. ubi illo loco sequatur, *stipulatio*, ἐλλείπει, id est, *deficit supra scripta*, ut sit hic sensus: Si præcedat numeratio, ut in hac specie, sequatur stipulatio suprascripta, quæ inutiliter facta est patrono, non est dicendum recessum videri a naturali obligatione mutuæ pecuniæ. Et hæc de obligatione sortis. Restat alia quæstio de obligatione usurarum, quæ per stipulationem contracta est simpliciter, sine adjectione nominis, nempe hoc modo: *si Calendis proxi-*
B *mis sors patrono non solvatur, tunc eo amplius, quo post solvetur, usurarum nomine in menses singulos denaria octo præstari:* non dixit *mihi præstari, vel patrono præstari*, sed simpliciter, *præstari*. Hæc stipulatio utilis est, quia non est stipulatus patrono nominatim, quod si fecisset, & hæc quoque stipulatio inutilis foret. Denique stipulatio usurarum non laborat eo vitio, quo laborat stipulatio sortis, quia non potest dici libertum patrono stipulatum usuras videri, cui & sortem stipulatus est. Quod tamen quis tentare posset, ut qui stipulatus est sortem patrono nominatim, si deinde simpliciter stipuletur usuras, videatur etiam patrono stipulatus usuras. Sed, ut ait, maligna est hæc interpretatio, & in dubiis (qua de re sunt multæ regulæ) ea accipi interpretatio debet, quæ benignior est, quæ vitium nullum inducit, quæ facit, ut valeat quod agitur, non pereat. Hæc igitur
C interpretatio si admittatur, etiam inutilis erit stipulatio usurarum. Ergo benignius est interpretari, libertum sibi stipulatum usuras. Itaque stipulatio usurarum in liberti persona valet, eique condictio usurarum ex stipulatione competit, sed patrono eam actionem cedere cogitur actione mandati scil. vel negotiorum gestorum. Cur ita? quia gerendo negotia patroni, ita rem contraxit. Proinde debet & cedere ei condictionem sortis ex numeratione, & condictionem usurarum ex posteriori stipulatione. Prior irrita est per omnia, posterior manet. Et præterea ut magis probet, libertum non intelligi stipulatum usuras patrono, qui eas stipulatus est simpliciter, & ἀορίστως, id ita confirmat. In stipulationibus verba inspicienda esse, quia ex verbis oritur obligatio verborum, etiam si agatur sine re nudis verbis. At verba si inspicias stipulationis posterioris non invenies liber-
D tum patrono stipulatum usuras nominatim. Ergo nec intelligitur eas patrono stipulatus esse. Nec mutat (quod & ait Paulus in extremo hujus §.) quod raro, sive interdum etiam sine stipulatione quædam in stipulationibus inesse intelliguntur, licet verbis expressa non sint, veluti dies & conditio, *l. interdum*, *hoc tit. l. 4. §. ult. de pact.* aut locus, quo quid fieri debet, aut genus, vel quantitas, quam reddi oportet, ut in *l. triticum, & l. seq. hoc tit.* hæc subintelliguntur, quum de jis apparet actum fuisse inter contrahentes. Et etiam in stipulationibus, vel aliis strictis contractibus id, quod agi intelligitur, pro cauto & expresso habetur, *l. cum quid, de reb. cred.* cum scilicet id non vitiat contractum, sed corroborat vel explanat. At persona alterius, quam contrahentis, cujus adiectio vitiat contractum, sive stipulationem, nunquam intelligitur, nisi expressa sit. *l. Titia, §. 1. inf. hoc*
E *tit.* Vitium non intelligitur, nisi expressum sit, quia sani homines nihil vitiose & inutiliter agere præsumuntur. Cum his omnibus, quæ definiuntur circa quæstionem propositam, quæ in disquisitionem veniebant, cohæret omnino quod additur in extremo hujus legis; si stipuler *te sisti in judicio, & nisi steteris, hippocentaurum dari*, *l. 97. hoc tit.* quæ tractat eandem speciem. Si igitur stipuler te sisti in judicio, & nisi steteris, hippocentaurum dari, chimæram dari, tragelaphum, sed solent Jurisconsulti uti hippocentauri nomine & exemplo, pro re, quæ non est in rerum natura, & quam præstare impossibile est, ut Stoici quoque apud Diogenem in Zenone, & Sceptici apud Empiricum, & Galenus quoque 4. *de diff. pulsuum*. Cæterum ita interposita stipulatione, si judicio non stares, *hippocentaurum dari*, detracta stipulatione posteriore, quæ inutilis est, relinquitur

Digitized by Google

quitur prior te fisti, quæ est utilis. Nec utilis vitiatur per inutilem: quod est frequentissimum in jure, ut utile per inutile non vitietur. Hoc, inquam, cohæret cum superioribus, quia in superiori specie utilis numeratio non vitiatur per stipulationem inutilem. Ac præterea posterior stipulatio usurarum, quæ est utilis, non vitiatur per priorem stipulationem sortis, quæ est inutilis, & ait, detracta secunda stipulatione, prior manet utilis, ut sublata etiam dixit *l. pen. de condict. ob turp. caus.* sublata proxima causa, pristina superest. Et eodem genere loquendi in *l. cum is*, *§. pen. de cond. indeb.* sublata falsa opinione, hoc est detracta, relinquitur pietatis causa. Et nihil est præterea in hac lege.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. IV. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XXVI. de Leg. *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur.*

Ad L.XXVII. eod. *Ideo quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, & semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, & ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt.*

AIT, *non esse novum*, quod lex prox. quæ sequitur, ait, *esse usitatum*, & semper inesse legibus prioribus, ut ad eas quoque personas, & ad eas res pertineant, quæ quandoque similes erunt, & comprehendentur posterioribus quibusdam legibus. Unde intelligi possit, quid sit *priores leges trahi ad posteriores*: aut cujus rei gratia priores leges trahantur ad posteriores; certe ut quod cavetur prioribus legibus certis de rebus, certisve personis id conjungatur, & commisceatur posterioribus legibus, quæ iisdem de rebus, aut similibus, iisdemve personis, aut similibus latæ sunt, quasi scilicet priores leges pertineant etiam ad posteriores. Et è contrario in altera lege, quæ sequitur, quæ est ex eodem Paulo, ait, sæpe etiam evenire, ut posteriores leges pertineant, & trahantur ad priores. Si quæsieris in glossa, vel interpretibus idonea exempla ad hanc leg. 26. vel ad illam 27. frustra fueris diligens. Ego ad hanc legem velim vos primum sumere exemplum ex *lege 2. §. ult. de noxal. act.* Duæ sunt leges de noxalibus actionibus, quæ ex delictis servorum adversus dominos instituuntur. Prior & antiquior est lex 12. tab. *Si servus furtum faxit, noxamve nocuerit.* Posterior est lex Aquilia, *l. pen. inf. si famil. furt. fec. dic. §. sunt autem, Instit. de noxal. act.* Hæ duæ leges consentiunt inter se, si insciente domino servus furtum fecerit, aut damnum injuria dederit, ut scilicet dominus servi nomine teneatur noxali actione, puta ut noxæ servum dedat, si nolit subire, & præstare æstimationem litis. Altero autem casu hæ duæ leges inter se discrepare videntur, puta si servus sciente, & non prohibente, aut jubente domino furtum fecerit, noxamve nocuerit, nam lex 12. tabul. servi nomine dominum teneri ait actione noxali, nec adjicit dominum teneri suo nomine: dicit tantum dominum teneri servi nomine noxali actione, quia servus hac in re domino obtemperare non debuit. Lex autem Aquilia ait, eo casu dominum suo nomine teneri in solidum, quasi tacite excusato servo, qui domino paruit, cum esset alioqui petiturus. Unde videtur existere *ἀντινομία* quædam. Nam lex 12. tab. eo casu servi nomine tantum dat in dominum noxalem actionem. Lex Aquilia hanc non dat, sed dat tantum in dominum suo nomine actionem in solidum. Verum ex Juliano in d. *l. 2. de noxal. act.* ea antinomia componitur tracta lege antiquiore ad posteriorem, tracta l. 12. tab. ad legem Aquiliam: vel (quod idem est) conjuncta lege priore posteriori atque commixta, quæ optima est ratio tollendarum antinomiarum, nempe conjunctis duabus legibus, quæ inter se pugnare videntur, ita scilicet, ut dicamus cum lege Aquilia agitur, quæ sola hodie viget, de damno injuria dato eo casu, non tantum dominum teneri suo nomine in solidum, ut lege Aquilia cavetur, sed etiam ut cavetur lege 12. tab. servi nomine noxali judicio, quod & probatur in *l. 4. §. cum dominus, de nox. act.* Et hoc est, quod ex Juliano ait *d. l. 2. si servus furtum faxit, noxamve nocuit*, id est, hanc leg. 12. tab. ad posteriores etiam leges pertinere (quo verbo *pertinere*, in hanc rem etiam utitur lex proxima, quæ sequitur) Pertinere igitur etiam ad leg. Aquil. & ibidem Basilica, *ἐκ τῶν πρεσβυτέρων νόμων οἱ μεταγενέστεροι κανονίζονται*: id est, *posteriores leges à prioribus formam, & regulam accipiunt.* Et nominatim Græcus interpres, *τὸν νομοθέτην, τὸν δωδεκαδέλτου ἕλκειν εἰς τὸν Ἀκυΐλιον*: id est, *Jurisconsultum, quod est scriptum in 12. tabul. trahere ad leg. Aquiliam.* Hinc vero apparet hac Pauli sententia nos uti, quum inter se duæ leges discrepare videntur, nec tamen sunt contrariæ ipso jure, ut ait Quint. qui ita loqui didicit à nostris quum existit *ἐναντιοφανές*, non quum sunt revera contrariæ: tunc enim alia non trahitur ad aliam, sed prævalet ea, quæ posterior est, posterior vincit priorem, *l. ult. tit. seq.* & (ut ait Nov. Valentiniani & Marciani *de matrimoniis Senatorum*) quæcunque lex est posterior tempore, validior est sanctione. Longe igitur alia ratione, quam fieri soleat in hypothecis, sive in conventionibus pigneratitiis, quæ pro lege habentur, in quibus prior hypotheca, sive conventio pigneratitia posteriore potentior est semper, superior potentior inferiore, antiquior juniore: nam his omnibus appellationibus varie juris nostri auctores utuntur. At in legibus publicis posterior, & gravior, & potentior est. Et recte *lex 1. §. si servus, de quæstion.* si torqueantur servi quasi sceleris participes, & in quæstione de domino aliquid confiteantur, ex rescripto quodam Trajani confessione servorum gravatur opinio domini: sed ut subjicit, ab eo rescripto recessum esse ostendunt posteriores leges, quæ graviores sunt, & validiores. Titus Livius 9. *ubi*, inquit, *sunt duæ leges contrariæ, semper antiquam abrogat nova.* Sumatur autem ad hanc legem aliud quoque exemplum ex *l. quoties lex, de obligat. & act.* de arboribus furtim succisis, & duæ sunt leges: lex 12. tabular. & lex Aquilia, *l. pen. arbor. fur. cæs.* quia, etsi lex Aquilia in aliis causis damni injuria dati derogavit legi 12. tabul. *l. 1. ad leg. Aquil.* non derogavit tamen in hac causa cæsarum arborum alienarum. Itaque hac de re lex antiquior (quæ est lex 12. tabul.) facile trahitur ad posteriorem legem Aquiliam, ita ut, quamvis lex Aquilia ex ea causa ob cæsas arbores alienas obligationem, & actionem novam introducat, quia nominatim non cavet, ut ea sola actione utamur, sed licet nobis eo nomine etiam veteri actione uti ex 12. tabul. Et ita est conjungenda *d. l. quoties* cum *d. l. pen. arbor. furt. cæs.* quæ ambæ sunt ex eodem lib. Quemadmodum autem leges priores interdum trahuntur ad posteriores, si contrariæ non sint (ut docui) ita & posteriores trahuntur nonnunquam, & sæpenumero ad priores, ut ait lex 28. inscripta ad leg. Juliam, & Papiam. Utamur ergo hoc exemplo: Leges Julia, & Papia de caducis, quæ leges novæ dicuntur in *l. ult. inf. de reg. Caton.* trahuntur ad jus antiquum, quod obtinuit ante has leges, quodque post eas leges, & ex iisdem legibus conservatur liberis, & parentibus testatoris usque ad tertium gradum, auctore Ulpiano *lib. reg. tit. 28. & Justiniano in l. un. §. & cum lex, C. de caduc. toll.* eis, inquam, servatur jus antiquum, puta ut iis heredibus institutis, quæ relicta in testamento mortuo testatore aliqua ex causa deficiunt, non fiant caduca, non recidant in fiscum, sed remaneant apud heredes scriptos, sive institutos, qui sunt ex liberis, vel parentibus usque ad tertium gradum, ut scilicet, remaneant apud eos ea lege, & conditione, qua & exteris relicta caduca fiunt, puta cum suo onere, ut cum onere præstandi legati, aut fideicommissi, ad hunc modum tractis posterioribus legibus ad jus antiquum, *l. pater, §. ult.* conjuncta *l. si Titio, §. 1. de leg. 2.* Aliud exemplum est ex *lege Gallus, §. & quid si tantum, & §. quid si, qui filium, de liber. & post.* Duæ sunt leges de postumis heredibus instituendis, vel exheredandis, qui sui heredes nobis futuri sunt. Una est lex 12. tabul. quæ jus antiquum vocatur in *d. l. Gallus*, de iis, qui post mortem

tem testatoris nascuntur. Altera est lex Julia Velleja de iis, qui post testamentum vivo testatore nascuntur. Et ad jus quidem antiquum accommodata est formula Galli Aquilii, qua nepos ex filio instituitur, qui nasciturus est, & instituitur in casum mortis filii, non etiam in casum deportationis, vel emancipationis filiifam. At lege Velleja nepos ex filio, qoi nascitur vivo testatore, instituitur fere in omnem casum. Et hoc est, quod ait *d. §. quid si qui filium*, legem Vellejam multos casus rumpendi testamenti abstulisse. Et exemplum quidem hujus legis, quæ posterior est, trahitur ad jus antiquum, ita scilicet, ut instituto postumo nepote ex filio, omnes casus rumpendi testamenti institutione comprehendi possint, sive vivo testatore moriatur filius, sive deportetur, sive emancipetur, deinde post mortem testatoris nascatur nepos, & hoc est aliud exemplum. Verum addit Paulus in *d. l.* 27. eundem modum, quem & nos adjecimus huic legi, nisi contrariæ sint inter se priores, & posteriores, id est, si non contrariæ sint, ut in *l. 2. C. si mancip. ita ven. ne prostit.* Et contra quoque si non, pro nisi, in *l. si eum, in fine, si quis cautionib. jud. sist. l. liber, in fine, ad leg. Aquiliam*, more Græcorum, qui Ε᾽ μὴ, &c. dicunt pro nisi. Nisi igitur, inquit, sint contrariæ: nam si sint contrariæ, posteriores leges sunt fortiores. Et ita quia primo capite lex Julia de Adulter. plane derogat prioribus legibus pluribus, ut Paulus scribit libro singulari de adulteriis apud Licinium Rufinum, ideo neque lex Julia trahitur ad priores, neque priores ad legem Juliam.

Ad Leg. XXXVI. de Neg. gest. *Si liber homo, bona fide mihi serviens, mutuam pecuniam sumpserit: eamque in rem meam verterit: qua actione id, quod in rem nostram vertit, reddere debeam, videndum est. Non enim quasi amici, sed quasi domini negotium gessit, sed negotiorum gestorum actio danda est: quæ desinit competere, si creditori ejus soluta sit.*

Liber homo, qui mihi bona fide serviebat, cum rem meam ageret, mutuam pecuniam sumpsit suo nomine, eamque vertit in rem meam. Quæritur, cognita conditione sua, si vindicaverit se in libertatem, qua actione eam pecuniam ei reddere debeam, quam ipse debet creditori? neque enim teneri eo nomine videor contraria actione negotiorum gestorum, quamvis eam verterit in negotia mea, quia non quasi amici, ot procurator voluntarius, qui & amicus voluntarius dicitur à Cicer. pro Cæcinna, cui competit actio neg. gest. non, inquam, quasi amici, sed quasi domini negotia gessit, non sua sponte omnino, sed quasi ex necessitate servili? Ideoque videbatur ei non esse danda actio negotiorum gestorum. At nihilominus Paulus censet dandam & in me esse actionem negotiorum gestorum, si non directam, utilem (ut recte Odofredus sentit hoc loco) qua scilicet eam pecuniam recipiat, cujus nomine obligatus est creditori, si eam ego creditori, à quo mutuatus est, non solvi. Nam si eam creditori solvi ultro, vel agenti in me de in rem verso, libero homini in me nulla competit actio, cum mea opera à creditore ipso jure liberatus sit, *l. solvendo, inf. hoc tit. l. solvere, inf. de solut.* Atque ideo nihil ejus amplius interest, eam pecuniam ei à me reddi, cum obligatione creditæ pecuniæ eum ipse liberaverim. Et hanc Pauli sententiam confirmat *lex 3. §. pen. & lex 5. §. si quis quasi servus, hoc tit.* Et valde placet in hanc rem ratio, quam affert *lex 19. §. si libero, hoc tit.* quia & gerendi negotii mei ille affectum habuit, & is fuit, cui ego obligari potui, & vicissim ipse mihi foit, nempe liber homo. Amici sunt quidem plerumque nostri, qui ultro nobis absentibus, aut ignorantibus ad negotia nostra accedunt, eaque utiliter, & fideliter administrant, *l. liberto, §. pen. hoc tit.* Sed non est necesse, ot hæc actio nascatur ultro citroque, eos, qui gerunt negotia nostra amicitia duci ad ea gerenda, satis est, si alio quocunque affectu ducantur. At sicut solvendo creditori, à quo liber homo bona fide mihi serviens pecuniam mutuatus est, hunc liberum hominem à creditore ipso jure liberari constat, quæritur, an & ego à libero homine, cui teneor negotiorum gestorum solvendo creditori ipso jure liberatus sim? Et ita sentire Paulus videtur: nam actionem negot. gestor. ait competere desinere, si creditori ejus pecuniam solvi. Desinere competere actionem plane est ipso jure peremptam esse actionem solutione. Verum obstat *l. si opera, de doli mali, & met. except.* quæ eum, qui creditori creditoris sui solvit, creditore suo ratum non habente, ait per except. doli mali liberari, opposita scilicet compensatione agenti creditori suo, per exceptionem doli, non ipso jure. Io hac autem specie liber homo est creditor meus, quia ei teneor actione neg. gest. creditor aotem ejus est is, à quo pecuniam mutuam sumpsit, quam vertit in rem meam. Huic ergo creditori ejus, si creditam pecuniam solvam, non liberor ipso jure à creditore meo, sed per exceptionem doli mali, scilicet, si agat negotiorum gestorum pensando, sive reputando, quod pro eo solvi creditori ejus. Quæstio igitur hæc est, quæ frequens est, & quotidiana, utrum qui solvit creditori creditoris sui ipso jure liberetur à creditore suo, an per exceptionem doli mali, vel an aliquo casu nullo modo liberetur? Qua in re breviter ita distinguendum est: Aut nulla mihi fuit causa solvendi creditori creditoris mei, quia ei non eram obligatus, nec res ulla mea ei erat obligata, sed malui ei solvere, quam creditori meo; & hoc casu ipso jure non liberor statim à creditore meo, nisi ratum habeat, quia potuit ejus interesse pecuniam non solvi creditori suo, ut io *l. cum pecuniam, inf. hoc tit.* Nec omnino igitur recte solvo creditori tuo, te nec mandante, nec ratum habente, quod tibi debeo. Cur enim non tibi potius solvo? Videor quodammodo invidere tibi pecuniam debitam, & in ea re non boua fide versari. Si tamen bene, & utiliter res cesserit in rem tuam, nec tua interfuerit pecuniam solvi creditori tuo, æquum est liberari me à te per exceptionem doli mali, usque ad concurrentem quantitatem, vel etiam hodie ipso jure, quod addi velim ad *l. si opera*, quia quæ in strictis judiciis ex constitutione Divi Marci inducebatur compensatio per exceptionem doli mali, *§. in bonæ fidei, Inst. de act. l. 78. de hered. inst. l. 22. ad leg. Falcid.* & ut placuit Jurisconsultis omnibus, hodie inducitur ipso jure, *l. posteaquam, inf. de compens. l. ult. C. eod. tit. l. inter, de adm. tut.* Et omnino ita est, oulla alia ex causa, quam ex causa compensationis exceptio doli mali inest strictis judiciis, bonæ fidei judiciis inest ex omni causa, nec opponi eam, vel allegari necesse est: inest potestate judicii. Strictis autem judiciis doli exceptio non inest, nisi ex causa compensationis. At si interfuerit creditoris mei pecuniam, quam ei debebam, non solvi creditori suo, hoc casu puto me ab eo nullo modo liberari, nec ipso jure, nec per exceptionem. Et hunc esse sensum *legis invito, C. de solut.* dum ait, invito, vel etiam ignorante creditore, si alii solvatur, puta creditori creditoris, solventem non liberari ab obligatione: adde, & quidem oullo modo liberari, si intefuerit creditoris sui pecuniam alii non solvi, sed sibi. Et hæc quidem de priori membro hujus legis. Sequitur aliud membrum. Primum fuit de eo, cui nulla fuit causa solvendi creditori creditoris sui. Secundum est de eo, cui fuit causa solvendi creditori creditoris sui, ut in specie hujus legis fuit mihi causa solvendi creditori creditoris mei, quia ex eadem causa ei tenebar actione de in rem verso, ut glossa notat recte ex *l. 1. §. ult. de pec.* non recte ex *l. eum, qui in fine, C. quod cum eo, qui in alien. potest. est*, quæ non loquitur de libero homine, qui nobis bona fide serviebat, quo de agimus, nec de actione de in rem verso. Itaque nihil ad eam rem facit. Et hoc quidem casu recte solvi creditori creditoris mei, quia ei obligatus eram, & una solutione tam creditorem meum, quam meipsum à communi creditore, & me rursus à creditore meo ipso jure liberavi. Una solutio dissolvit tres obligationes. Idem evenit in specie *legis solutum, §. solutam, de pigner. act.* Species hæc est: Si domum tibi à domino locatam tu mihi relocasti, quod jure permittitur certa mercede, qua ex causa frivola, & vasa quæcumque mea in eam domum induxi, intuli, importavi, invexi, tacite mercedis nomine, non tantum tibi locatori meo, sed etiam locatori tuo pignorata sunt, ut in *d. §. solutam*. Et ideo si mercedem locatori tuo solvero, non tibi recte solvi, quia frivola mea ei quoque pignorata erant,

Digitized by Google

erant, atque ita justa mihi fuit causa ei solvendi. Proinde quia recte solvi, consequens est, me à te recte liberari, atque adeo me posse experiri adversus te pigneratia actione de pign. recuperandis, de frivolis invectis illatis in eam domum recuperandis, te autem liberari à locatore tuo pari pecunia. Et hæc distinctio summe notanda est.

Ad L. X. de Eo, quod certo loco. *Si post moram factam, quo minus Capuæ solveretur, cum arbitraria vellet agere, fidejussor acceptus sit ejus actionis nomine: videamus ne ea pecunia, quæ ex sententia judicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione, adeo ut nunc quoque forte soluta, vel si Capuæ petatur, arbitrium judicis cesset: nisi si quis dicat, si judex centum, & viginti condemnare debuerit, centum solutis ex universitate, tam ex forte, quam ex pœna solutum videri, ut supersit petitio ejus, quod excedit sortem: & accedat pœna pro eadem quantitate, quod non puto admittendum: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videtur.*

Sciendum est, debitorem, qui certo loco veluti *Capuæ*, centum stipulanti promisit, non posse alio loco, puta Romæ solvere, invito stipulatore, aut invitum stipulatorem non cogi accipere centum, quæ Romæ offeruntur, aut non accipientem minime culpari, *l. 2. §. idem Julianus, l. pen. hoc tit.* Volenti creditori certum est, debitorem alio loco posse solvere, *l. continuus, §. cum ita, de verb. oblig.* Sciendum etiam est, eum debitorem non posse alio loco, quam quo dari promisit, conveniri pure, & simpliciter, nulla facta mentione loci, quo dari debuit, puta nulla facta mentione Capuæ: alioquin actor plus peteret loco, & in periculum veniret amittendæ litis, sive rei suæ. At facta mentione Capuæ, potest Romæ, vel alio loco conveniri, hoc modo, *si paret te mihi centum Capuæ dare oportere.* Quoniam hoc genere non supprimit locum, non aufert reo, vel actori utilitatem loci, sive non impedit, quin judex habeat rationem loci, quo dari debuit. Et hæc actio est prætoria auctore Theophilo in *§. loco, de act.* non autem civilis, sive utilis ex stipulatu, vel ex alio negotio stricti juris, *l. 1. h. tit.* & proprio nomine arbitraria appellatur, quia in ea arbitrio judicis, qui huic actioni addictus est, permittitur, ut æstimet ex bono, & æquo quanti interfit rei, vel actoris Capuæ pecuniam dari, *l. 2. in princ. & §. ult. h. tit. l. ult. C. ubi conven. qui cert. loc. dare promisit:* ut, inquam, æstimet, quanti intersit rei Capuæ potius dari centum, quam alibi, videlicet, si per actoram mora fuerit, quo minus Capuæ oblatam pecuniam acciperet, & eo deducto in reliquum condemnatio fit. Ergo minoris pecuniæ condemnatio fit, ut si rei intersit in 20. condemnatio fit in octoginta tantum, vel etiam, ut æstimet quanti actoris intersit Capuæ potius dari, quam Romæ, vel alio loco, quam in quo dari stipulatus est: videl. si per reum mora fuerit, quo minus Capuæ solveret centum, & eo amplius condemnatio fit, majoris pecuniæ igitur. Nam & in centum reus condemnatur, quæ sunt in obligatione, & in quantum actoris interest Capuæ dari, ut in hac *l. & l. centum Capuæ, hoc tit.* id est, sorti, quæ est centum ex sententia judicis, hoc casu accedit æstimatio ejus quod interest. Hoc præmisso, finge: post moram rei, qui mihi promiserat se centum daturum Capuæ, cum vellem Romæ cum eo agere actione arbitraria, is ut eam actionem paulisper differret, ejus actionis nomine mihi fidejussorem dedit, ejus actionis nomine, id est, in omnem causam arbitrariæ actionis. Quæritur utrum fidejussor obligetur tantum in sortem, id est, in centum, an etiam in id, quod ratione ejus quod interest actoris ex sententia, & arbitrio judicis accedere potuit, vel potest? Et verius est fidejussorem obligari tantum in centum, quia fidejussor accessio, & sequela est principalis obligationis. In obligatione autem principali sunt centum tantum, non etiam id quod huic summæ accedere potuit arbitrio judicis convento reo, vel convento fidejussore, qui rei locum obtinet, & actione arbitraria similiter, atque reus, conveniri potest, ut ait *lex centum*, quia mora rei & fidejussori nocet, *l. mora, de verb. obligat. l. si quis solutioni, §. 1. de usur. l. quæro, loc.* Aliud vero est aliquid esse in obligatione, aliud venire, aut præstari posse arbitrio, sive officio judicis, *d. l. quæro, d. l. centum, & l. qui per collusionem, §. ult. de act. emp. l. deducta, in princ. ad Trebell.* Illud debetur, quod scilicet est in obligatione: hoc proprie non debetur, antequam judex arbitratus fuerit, in cujus potestate est de eo, si velit, nihil arbitrari, aut decernere. Denique illud est certum, & finitum obligatione, hoc autem est arbitrarium, & incertum. Denique quod arbitrio judicis sorti accedere potest, & adjungi sorti, non est in obligatione principali, ergo nec in fidejussoria, quia fidejussoris non potest durior esse conditio, quam rei principalis. Nec mutat, quod reus jam fecerit moram in forte solvenda Capuæ: nam mora rei, neque rei, neque fidejussoris ejus obligationem auget, id est, quod moram reus fecerit, non ideo in plus obligatur reus, vel fidejussor: sed si conveniatur in plus, damnari potest arbitrio judicis propter moram rei, quæ utique semper utrique nocet. Effectus hujus legis sententiæ hic est, quia si postea creditor à reo, vel fidejussore Capuæ petat, quod loco dari debuit, sortem duntaxat petere potest, pura actione, sine adjectione loci, cum non petat alio loco, quam quo dari debet. Iterum dico, sortem duntaxat petere potest pura actione, *d. §. loco, Instit. de act.* non etiam petere potest id, quod ejus interfuit pecuniam Capuæ maturius sibi dari, quodque si egisset alibi arbitraria actione, officio judicis à reo, vel fidejussore, quem elegisset, consequi potuisset, quia id etiam, si debitor moram fecit, neque debetur pura, & directa actione, quæ sola institui potest Capuæ, neque est in obligatione, *l. 4. in princ. h. tit.* Et simili modo post moram quoque debitoris quocunque loco forte soluta à reo, vel fidejussore ejus volenti creditori: quo genere tollitur omnis obligatio, nullum superest officium, nullum arbitrium judicis, quia nec ulla superest obligatio, cui accedere, aut subservire possit. Denique nullus actioni arbitrariæ locus superest, quia creditor petendo Capuæ, vel accipiendo sortem eodem, vel alio loco, tacita conventione videtur remisisse debitori pœnam, id est, utilitatis suæ æstimationem, sive id, quod arbitrio judicis accedere potuit, si alibi egisset actione arbitraria in reum, vel fidejussorem. Pœna dicitur in hac lege, quia moræ coercitio est: qua ratione, & usura, quæ propter moram infligitur, pœna dicitur in *l. lecta, de reb. cred. l. qui sine usuris, de neg. gest. l. 90. de verb. oblig.* Denique creditor nunc quoque, ut ait Paulus, id est, post moram debitoris, quod solum Glossa recte interpretata est, petendo Capuæ, pura actione uti potest, vel alibi sortem oblatam accipiendo videtur remisisse, & perdonasse commodum arbitrariæ actionis. Et ita Paulo videtur hoc loco, & Africano in *d. l. centum*, & Marcello in *l. 2. §. idem Julianus, hoc tit.* Duos ergo lex ponit casus, quibus creditor intelligitur remisisse pœnam, id est, id quod interest ratione loci: unum, si Capuæ sortem petat: alterum si quoquo loco sortem solutam accipiat. Textus *Βασιλικῶν* addit tertium casum, si alio loco agat arbitraria, & judex ratione ejus, quod interest non habita, reum damnet in sortem tantum. Primum ait, *εἰ λάβῃς κεφάλαιον, si acceperis sortem.* Hic est primus casus. Deinde *ἢ συναγάγῃ ὅπου καταβληθῆναι συνέδοξεν*, id est, *vel ibi petatur, ubi solvi placuit:* Hic est secundus casus. Tertius est, *ἢ εἰς μόνον τὸ κεφάλαιον ὁ ἐναγόμενος καταδικασθῇ*, id est, *vel si in sortem tantum reus condemnatus sit.* Itaque auctores Basilicῶν, quorum Pandectæ erant integriores, ut ex aliis locis ostendimus, videntur legisse in hac lege hoc modo, adeo ut nunc quoque forte soluta, vel si Capuæ petatur, qui sunt duo casus. Præterea videntur legisse, *vel si in sortem duntaxat reus damnetur à judice addicto arbitrariæ actioni*, & sequitur, *arbitrium judicis cesset*, id est, ut his tribus casibus arbitrium judicis cesset. Recte: Nam & hoc casu tertio certum est petenti id, quod interest, obstare exceptionem rei judicatæ, ut fit in bonæ fidei judiciis, in quibus usuræ, quæ officio judicis præstantur, non debentur ex obligatione, si sortis tantummodo facta sit condemnatio, earum usurarum petitio cessat, aut sane petenti obstat exceptio rei judicatæ, *l. 4. C. depos. l. in bonæ fidei, C. de usur.* (quia ut eleganter ait *l. 4.* sicut & in hoc tit. *l. centum*) non sunt duæ obligationes, duæ

duæve actiones, una fortis, altera usurarum, sed una fortis A tantum, cui tamen officio judicis ex mora accedere possunt usuræ, vel si habeatur ratio loci, aut temporis, quo dari debuit, etiam æstimatio ejus, quod interest, ratione loci, vel temporis. Nam vis hujus actionis arbitrariæ, quæ aptata est judiciis tantum strictis, ipso jure inest omnibus judiciis bonæ fidei, *l. 7. hoc tit. l. 5. in princ. commod.* At quia in specie proposita una est obligatio solius fortis, post moram debitoris facta condemnatione in fortem tantum, cessat arbitrium judicis, sive de usuris tractetur, quæ venire solent officio judicis, sive tractetur de æstimatione, quod interest ratione loci, vel temporis, quæ officio judicis committitur: Eademque prorsus ratio est fortis solutæ post moram: nam usuræ, quæ in bonæ fidei judiciis officio judicis accedere possunt, non debentur, neque peti possunt, *l. qui per collusionem, §. ult. de act. emp.* Ac similiter, quum B quid bonæ fidei judicio certo loco dari oportet, soluta forte post moram debitoris, arbitrium judicis cessat, sicut in judiciis strictis observandum esse Paulus docet hoc loco, improbata sententia illorum, qui post moram soluta forte, existimabant superesse petitionem pœnæ, id est, ejus quod interest. In qua sententia fuit Julianus, & Ulpianus, *d.l.2. §. idem Julianus*. Improbata etiam media sententia, quæ tamen erat probabilior, ercifcundorum (sic vocantur à Servio, qui in dubiis quæstionibus eligunt mediam viam) qui dicebant summam solutam post moram imputari pro rata debere tam forti, quam pœnæ, quæ arbitrio judicis accedere potuit, ut si forti centum accedere potuerunt viginti, centum solutis, soluta ea summa videatur ex universitate, id est, tam ex forte, quam ex pœna pro rata, & superfit petitio residuæ fortis, eique pro modo ejus accedat C pœna officio judicis. Quo loco in hac l. horum sententiam refert Paulus. Est modicum vitium ab interpunctionibus, quia post hæc verba, *centum solutis*, oportet defigere virgulam, non post illa, *centum solutis ex universitate*. Horum sententia, ut ait Paulus, sequenda non est, quamvis sequatur mediocritatem ratione supradicta, quia creditor accipiendo fortem, intelligitur omnino remisisse pœnam. Quod si hanc sententiam Paulus non admittit, quæ media est, & probabilior, multo minus admittit superiorem Ulpiani, & Juliani, quæ præcedit, forte soluta, superesse integram petitionem ejus, quod interest. Quod Paulus destricte negat, quia solutione fortis sublata est omnis obligatio, & pœna non est in obligatione. Ac præterea fortem accipiendo, eam condonasse creditor intelligitur: quam rationem *lex centum* ostendit etiam servandam esse soluta D parte fortis, eandem scilicet rationem fervari soluta parte fortis, quæ servatur soluta tota forte, quia & soluta parte, non totius fortis, sed partis tantum non solutæ quod interest arbitrio judicis præstatur.

De erroribus Doctorum in hanc quæstionem, & sententiam dixi satis abunde, deque re tota fusius ad Africanum in *l. centum*. Illinc assumes cætera, quæ ad hunc locum pertinent.

Ad Leg. XVIII. de Peculio. *Cui consequutus est, ut si Sticho peculium suum legatum sit, isque ex testamento agit: non aliter cogitur id quod vicarius ejus testatori debet, relinquere: nisi is, id est, vicarius peculium habeat*.

Agitur hac l. de fervis, qui vocantur ordinarii, & vica- E rii, & de peculio eorum. Quæstio subtilis. Servus ordinarius est majoris cujusdam actus fervus, veluti dispensator, vel actor rerum domini, qui ponitur supra rationes, & plerunque sub se habet alium fervum, qui vicarius ejus dicitur, vel plures alios servos vicarios, *l. 12. sup. de instit. act.* Vicarius igitur est, quasi servus peculiaris servi ordinarii: sicut peculium ordinarii, in quo est vicarius, est quasi patrimonium ejus, ut dicitur *l. seq. l. 39. hoc tit. l. si decem 2. de statulib. §. actiones, Instit. de act.* quasi patrimonium, non vere patrimonium ejus, quia servus nihil in bonis proprium, vel in patrimonio habere potest. Quamobrem etiam peculium non possidet civiliter, *l. quod servus, l. poss. quoque, de adq. poss.* sed id quasi possidet; & non patrimonium, ut dixi, sed quasi patrimonium habet, concedente domino. Et usque ad eum finem, dum id ei dominus ademerit, quod adimit, vel nuda voluntate, *l. statim, h. t.* Alioqui si peculium non intelligeretur esse in patrimonio servi, non posset à domino ei legari, vel donari. Nam res mea mihi legatur, & donatur frustra. Ergo interim, dum patitur dominus eum habere peculium, quidquid est in peculio, intelligitur esse non in dominio domini, sed quasi in dominio servi, puta servus vicarius intelligitur esse servus servi ordinarii, non domini, *l. fuos, §. ult. de leg. 3. l. 16. de pec. leg.* Denique servus ordinarius intelligitur esse quodammodo dominus servi vicarii, & ita appellatur in *l. prox. sup.* quamvis revera uterque sit in ejusdem domini potestate, invicemque conservi sint, ut etiam in *l. sup.* vicarius dicitur conservus ordinarii, & illo loco Horatii:

Sive vicarius est, qui servo paret, uti mos
Vester, ait, seu conservus.

proinde fiunt in Comœdiis Plauti sæpe duo domini unius servi constituuntur, major & minor, id est, paterf. & filiusf. ita recte dices vicarium duos habere dominos majorem, & minorem: dominum, & dominulum, vel dominum, & quasi dominum. Ad hæc sciendum est, eum, qui est vicarius unius cujusdam servi ordinarii, posse alteri ordinarium esse, id est, vicarii vicarium esse posse: ergo & vicarium peculium habere posse. Nam servus vicarius nihil aliud est, quam servi servus peculiaris. Quod si vicarius servum in peculio habere potest, hoc est vicarium servum, & aliam igitur quamcunque rem, & generaliter peculium. At sicut vicarius ipse, ita vicarii vicarius, peculiumque omne tam suum, quam vicarii sui intelligitur esse in peculio primi servi ordinarii, ut ostendit lex superior, & *l. quam Tuberonis, §. in peculio, h. tit. & l. pen. de pec. leg.* Ac proinde, qui agit adversus dominum de peculio ordinarii, videtur simul agere de peculio vicarii ejus: Nec amplius de peculio vicarii agere potest qui de peculio ordinarii egit semel, quia peculium vicarii est in peculio ordinarii: ex diverso peculium ordinarii non est in peculio vicarii: sicut patrimonium summi domini non est in peculio ordinarii. Et ideo, qui agit de peculio vicarii, non agit etiam de peculio ordinarii, vel postquam egit de peculio vicarii, non prohibetur agere de peculio ordinarii, quod proponitur initio legis seq. Sicut postquam dominus persecutus est peculium servi sui, non prohibetur postea persequi suum patrimonium, quoniam suum patrimonium non est in peculio servi sui. Et ita hæc in re multum interest de peculio ordinarii agatur in judicio, an de peculio vicarii. Itemque in alia re interest multo magis. Certum enim est dominum ex persona servi ordinarii conventum actione de peculio, in primis deducere, & detrahere id quod sibi servus ordinarius debet naturaliter, quia civilis obligatio in servum non cadit, *l. nec servus, h. tit.* idque deducere tam ex peculio ordinarii, quam ex peculio vicarii. Nam & peculium vicarii est in peculio ordinarii: sicut peculium servi est etiam in patrimonio domini, & ordinarius vicario pro domino est, *l. prox. sup.* At ut ead. lex ostendit, non deducit tamen dominus conventus actione de peculio ex contractu ordinarii, ex peculio ordinarii: non deducit, inquam, quod sibi ordinarius debet, sed ex peculio vicarii tantum, & seorsim. At quod sibi ordinarius debet, id sane deducit ex universitate, id est, ex peculio utriusque. Itemque id quod ordinarius debet conservo suo non vicario, id est, qui ei vicarius non est, id etiam dominus deducit ex peculio utriusque, quia id etiam sibi debere ordinarius intelligitur, quod conservo suo debet, *l. 9. §. 1. hoc tit.* Neque vero huic deductioni præponi ullum privilegium, ulteriusve creditor privilegiarius potest, *l. 52. inf. hoc tit.* quia cæteros omnes servi creditores, etiam privilegiarios dominus prævenisse, & cum servo suo egisse, ac sibi debitum abstulisse creditor, *d. l. 9.* Et ideo hoc minus est in peculio servi, quod servus domino, vel conservo non vicario debet, quia nec verisimile est, dominum id concedere servo in peculium habere quod sibi, vel ei, quem habet in potestate debetur, *d. l. 9. §. præterea.* Hoc igitur deducto, quod superest, id solum peculium intelligitur, & ad modum finemque ejus dominus, qui ex contractu servi de peculio conveni-

tur, condemnatur. Dixi dominum ante omnia deducere id, **A** quod servus, ex cujus persona convenitur, conservo debet, si is conservus non sit vicarius ejus. Sane ita est: Nam si sit vicarius ejus, dominus conventus de peculio ordinarii non deducit quod ordinarius vicario debet, quamvis sit conservo debitum. Nam & vicarius conservus est. Et hoc ostenditur in *§. cum autem, Inst. quod cum eo, qui in alien. pot.* Et à Theophilo perelegans ratio redditur, jam ante vexata sæpe, quia servus vicarius est in peculio ordinarii, & in computatione peculii, quod ad servum ordinarium spectat, vicarius ejus suo pretio peculium ordinarii auget: si auget, non potest igitur id etiam minuere ob id, quod sibi ordinarius debet: Nam hæc sunt contraria, augere & minuere. Et duo contraria eodem momento ab eodem, in re eadem effici non possunt. Et eadem est ratio, qua utitur Ulp. in *l. prox. sup.* cum ait, ideo de peculio ordinarii non deduci quod or- **B** dinarius vicario debet, quia, inquit, peculium vicarii in peculio ordinarii est. Imperfecta est ratio, quæ sic absolvatur. In peculio autem vicarii est, quod ordinarius (qui quasi dominus est ei vicario) debet: sicut in peculio servi cujusque est quod dominus ei debet, *l. quam Tuberonis, §. ult. hoc tit.* Denique id quod ordinarius vicario debet, est in peculio vicarii, ergo auget peculium vicarii, & consequenter auget peculium ordinarii. Rursus si auget peculium ordinarii, ergo minuere id etiam non potest, & consequenter deduci id à peculio ordinarii non potest. Nam omnis deductio minuit: aut si deducatur una manu (quod recte Accurs. ait) id mox altera manu reponetur in peculio ordinarii, quia auget peculium ordinarii; qua ratione etiam servo ordinario legato peculio cum libertate (alioqui esset inutile legatum) heres non posset deducere, quod **C** ordinarius vicario debet, quodve aliudcunque in peculio vicarii est, *l. id quod, de pecul. leg.* Et hæc si dominus conveniatur de peculio servi ordinarii. Videamus nunc quid sit dicendum si dominus conveniatur de peculio vicarii? Et constat deduci quod vicarius debet domino, qui convenitur, quique dominus est major tam vicarii, quam ordinarii. Deduci etiam quod vicarius debet ordinario, qui minor ejus dominus est, quasi conservo debitum, ut in *l. super.* palam Ulpianus scribit. Excipiendus est tantum casus, quo locus est actioni tributoriæ, non de peculio, ut cum vicarius est negotiatus in mercede peculiari, ignorante majore domino, sciente minore, id est, ordinario servo, *l. 5. §. 1. de trib. act.* Hinc existunt hæ differentiæ, quæ rem omnem finient, quibus amplius intelligemus multum interesse, utrum cum domino agatur de peculio ordinarii, an de peculio vi- **D** carii. Differentiæ hæ sunt. Si agatur de peculio ordinarii, dominus non deducit quod ordinarius vicario debet, quia id auget peculium vicarii. Ergo & peculium ordinarii, & si auget, non minuit. Igitur si non minuit, nec deductioni locus est, quia deductio, diminutio & detractio est. At si agatur de peculio vicarii, dominus deducit quod vicarius ordinario debet, quia id sane minuit peculium vicarii. Item est alia differentia: Si agatur de peculio ordinarii, dominus deducit ex peculio utriusque, quod sibi, vel conservo non vicario ordinarius debet. Sin autem agatur de peculio vicarii, dominus non deducit ex utriusque peculio, quod sibi vicarius debet: quia peculium ordinarii non est in peculio vicarii, sed id deducit tantum ex peculio vicarii, non ex peculio ordinarii. Quamobrem in hac lege dicitur, etiam peculio cum libertate legato ordinario servo, si ordinarius ex **E** testamento petat legatum, heredem non deducere ex peculio ordinarii quod vicarius testatori debet, sed ex peculio vicarii tantum, vel si vicarius exspeculiatus sit, id est, non habeat peculium, id cedit damno heredis, sicut cessisset damno etiam testatoris, quia id heres non potest deducere ex peculio ordinarii. Quæ sententia hujus legis confirmatur etiam *l. deposui, §. Stichum, h. tit. & l. Stichus, de pecul. leg.*

Ad L. LII. eod. *Ex facto quæritur, qui tutelam quasi liber administrabat, servus pronuntiatus est: an si conveniatur dominus ejus à pupillo (cujus quidem potiorem causam, quam creditorum cæterorum servi habendam rescriptum est) an vel id deducatur ex peculio, quod domino debetur. Et si putaveris posse deduci, an intersit, utrum, cum adhuc in libertate ageret, dominī debitor factus est, an postea; & an de peculio impuberi competat. Respondi: nullum privilegium præponi patri, vel domino potest, cum ex persona filii, vel servi de peculio conveniuntur. Plane in cæteris creditoribus habenda est ratio privilegiorum: Quid enim si filius dotem accepit, tutelam administravit? merito igitur & in servo, qui pro tutore egit, id rescriptum est. Et quia occupantis melior solet esse conditio, quam cæterorum, inhibebitur actio. Plane si ex re pupilli nomina fecit, vel pecuniam in arca deposuit, datur ei vindicatio nummorum, & adversus debitores utilis actio, scilicet si nummos consumpserunt. Hic enim alienare eos non potuit. Quod & in quovis tutore dicendum est. Nec tamen interesse puto, quando domino debere cœpit, utrum cum in libertatis possessione esset, an postea. Nam & si Titii servo credidero, ejusque dominus esse cœpero, deducam quod prius credidi, si conveniri de peculio cœpero. Quid ergo est? quia de peculio actio deficit, utilis actio in dominum, quasi tutelæ erit, ut quod ille pro patrimonio habuit, peculium esse intelligatur.*

Ad §. *Si dos filiofamil. sit data, vel tutelam administraverit: habenda erit ratio privilegiorum in actione de peculio, dilata interim cæterorum creditorum actione, vel interposita cautione, si priores agant, qui privilegium non habent, restitutum iri quod acceperunt, si inferatur postea cum patre actio privilegii.*

HÆc l. est de peculio, & in ea quæstio hujusmodi proponitur: Servus quidam cum haberetur, & se ageret pro libero, utereturque suo peculio tanquam patrimonio, non peculio, gessit etiam se pro tutore, ac pupilli cujusdam tutelam, quod liberale tamen, non servile officium est, administravit: deinde in servitutem petitus, & servus pronuntiatus est. Quæritur, si cum domino ejus pupillus agat tutelæ, vel potius protutelæ de peculio, an dominus, quasi potior pupillo, prior deducere possit, & detrahere quod sibi servus debet? Movet dubitationem privilegium exactionis, quod pupillus habet, sive agat tutelæ, sive protutelæ, *l. dabimus, de reb. auct. jud. possid. l. ult. de tut. & rat. distrah. l. aliam, de novat. l. ex plurib. de admin. tut.* Et tamen Paulus ait, dominum pupillo esse potiorem, & (quod amplius est) nullum privilegium posse præponi domino, neque tutelæ privilegium, neque fisci privilegium, ut opinor, neque dotis, ut est proditum evidenter in *l. si cum dotem, §. ult. sol. matr.* Privilegium deductionis, quod domino competit cætera omnia privilegia supereminere. Privilegium deductionis dicitur in *l. 1. in princ. & l. 5. §. in tributum, de tribut. act.* & prærogativa deductionis, *l. circa, de admin. tut.* Prior ergo dominus deducet quod is sibi servus debet. Idque verum est (ut docet) indistincte, id est, sive id ei servus debere cœperit, cum esset in possessione libertatis, sive postea: nam & dominus deducere potest quod sibi servus debere cœpit, antequam veniret in suam potestatem, cum esset in potestate alterius, *l. 9. §. sed & creditor, hoc tit.* Denique privilegium deductionis, quod domino competit, omnimodo potentius est privilegio tutelæ, quamvis huic privilegio tutelæ conjuncta etiam sit tacita hypotheca in bonis tutoris, aut protutoris, *l. pro officio, C. de admin. tut. l. unica, §. & ut plenius, C. de rei uxor. act. l. un. C. rem alien. ger. l. ult. de legit. tut.* Privilegium, inquam, deductionis est potentius privilegio tutelæ, quamvis privilegio tutelæ juncta sit hypotheca omnium bonorum tutoris, & protutoris. Et alia est ratio *l. 5. §. qui tamen, sup. de tribut. act.* quæ domino præfert creditores servi hypothecarios, quia (ut breve faciam) ea lex non est de actione de peculio, sed de actione tributoria, in qua cessat privilegium deductionis, & longe alio ordine ac jure res geritur & regitur, quam in actione de peculio. At deducto eo, quod domino debetur, ex eo, quod in peculio superest, pupillo satisfiet jure sui privilegii: si alii sint creditores, ante omnes, eisque omnibus pupillus præferetur, circa de peculio utilem protutelæ actionem. Dico utilem, quia ut Paulus ait, qui initio id in quæstionem deduxerat, tandem concludit, & infert ex longiori disputatione sua, quæ præcedit, his verbis, *quid ergo est*. Summo & directo jure pupillo in dominum non competit actio

de

de peculio, quia quo tempore servus tutelam administravit, in possessione libertatis fuit, & peculio quasi suo proprio patrimonio utebatur. Non igitur gessit tutelam, sed quasi liber. Verum ex rescripto Divi Severi, ut est proditum in *l. 1. §. proinde, inf. de eo, qui pro tut. gessit.* in dominum ex hac causa pupillo datur, quasi tutelæ, sive protutelæ utilis actio de peculio: ut scilic. quod ille servus pro patrimonio habuit, cum tutelam administraret, peculium esse intelligatur. Idque Severi rescriptum Paulus in hac l. proculdubio intelligit, illo loco, *merito igitur hoc in servo, qui pro tutore egit, id rescriptum est*. Proinde deducto eo, quod domino is servus debet, habebitur ratio pupilli agentis de peculio utili actione, & pupillus præferetur cæteris omnibus servi creditoribus. Et hoc est quod ait, *in cæteris creditoribus*, id est, post dominum, sive post privilegium deductionis, quod dominus exercuit conventus de peculio, tum demum absoluto scilicet, & adimpleto domino, in cæteris creditoribus haberi rationem privilegiorum, sicut fit, quum pater convenitur de peculio ex persona filiifam. Nam deducto in primis eo, quod patri filiusfamil. debet naturaliter, inter cæteros creditores servatur privilegiorum ratio, & ex residuo peculio primitus satisfit mulieri, quæ nupsit filiofam. divortio facto dotem suam repetenti, aut primitus satisfit pupillo, si filiusfam. ejus tutelam gessit. Et hoc est, quod subjicit Paulus: *Quid enim si filius dotem acceperit, tutelam administravit?* quæ oratio soluta accipienda est pro disjuncta, ut indicat §. ultim. in quo ea verba plenius ab eodem explicantur. Itaque quoad mulieri dos, aut pupillo tutela restituta sit, interim cæterorum creditorum, qui privilegium non habent actio differtur, sustinetur, inhibetur, ut Paulus loquitur, pro *inhibetur*, male vulgo ante Florentinam legebatur, *in id dabitur*, pro *inhibebitur*. Et inhibetur actio cæterorum creditorum, qui privilegium non habent, quoad privilegiariis satisfactum sit. Qua ratione? ne alii creditores occupent agere, retinere & suum recipere: Quia hoc est certissimum, & præcipue notandum ex hac lege, inter plures creditores occupantis, vigilantioris, diligentiorisque meliorem esse conditionem, quam cæterorum, etiamsi cæteri privilegiarii sint, id est, melior est conditio ejus, qui jam suum recepit. Et hoc est potissimum, quod dicitur, *vigilantibus jus civile scriptum est, l. pupillus, inf. quæ in fraud. cred. l. summa, §. 1. hoc tit. l. 2. C. de ann. except.* Vigilantibus, inquam, non ut Basilica addunt, iis, qui gravi somno sepulti sunt, *ἀλλ' οὐ τοῖς βαρέως*, &c. Nam præcepta vivendi, obtinendæque rei suæ jus civile dat, quibus cives utantur, non quæ negligant. Igitur ne vigilantia, & festinatio quorumdam creditorum, qui privilegium non habent, privilegiarios occupatione præveniat, melius est interim quoad privilegiariis satisfactum sit, illorum, qui privilegium non habent, actionem inhiberi: aut si forte agere eis permittatur, cautionem ab iis initio litis exigi, cautionem, inquam, hujusmodi, pecuniam quam acceperint, si post ea cum patre, vel domino privilegiarii agant de peculio, eis restitui, ut est scriptum ab eodem in fine hujus legis. Cautione opus est, quia non idem datum est privatis creditoribus, quod fisco. Nam privilegiarius privatus creditor privilegiario non præfertur, sed occupantis melior est conditio, ut notatur in *l. privilegia, de reb. auctor. jud. possid.* & in *l. un. C. de priv. do.* Fiscus autem, qui utique semper est privilegiarius creditor in actionibus personalibus, præfertur omnibus aliis creditoribus etiam privilegiariis, quia non nisi post fiscum privilegiarii sunt, *l. quod quis, de reb. auct. jud. possid.* Qua ratione etiam fiscus pecuniam, quam alii creditores, qui priores egerant, & sibi vigilarant, in solutum acceperunt, etiamsi nulla ea de re cautio præbita sit eis, extra ordinem per prætorem auferre potest, nec occupantium, aut vigilantium adversus fiscum melior conditio est, *l. deferre, §. ult. de jure fisci, l. 5. C. de privil. fisci*. Non est omittendum, quod ad hæc Paulus adnotavit: si is servus, qui se pro libero, & pro tutore gerebat, ex pecunia pupillari nomina fecerit, ea scilicet pecunia fœnori occupata, pupillo præter utilem actionem de peculio, quam habet in dominum, dari etiam utilem actionem creditæ pecuniæ, vel ex stipulatu adversus debitores ejus, licet tutor, aut protutor eam pecuniam suo nomine, non pupilli nomine crediderit, vel sibi stipulatus fuerit. Hoc enim in pupillo, & in adolescente, & in milite, & in mente lapso vulgo receptum est, *l. si pecuniam, de rebus cred. l. 2. quand. ex facto tutor. vel curat. l. 2. C. eod. tit.* Quod ita procedit, si debitores jam pecuniam consumpserint, quia consumptio conciliat mutuum sive creditum, atque confirmat, quod non conciliarat numeratio, *l. non omnis, in fine, l. nam etsi fur, de reb. cred. l. si quis pro eo, §. si nummos, de fidejussor*. Nam si ea pecunia adhuc extet apud debitores, pupillus ejus pecuniæ quasi suæ vindicationem habet, quia eam is servus alienare non potuit, nec ex ea rite facta nomina, mutuumve rite contractum est, quia non est factum de meo tuum. Fuit enim pupilli pecunia, non peculiaris servi. Certissimum etiam est, pecuniæ pupillaris, quam is servus quasi tutor in arca pupilli deposuit, vel etiam aliarum rerum, quas ex pecunia pupilli comparavit, vindicationem pupillo competere, nec in ea pecunia, eisve rebus dominum conventum de peculio, uti posse privilegio deductionis, *l. circa, de admin. tut.* quia ea pecunia, vel eæ res, non sunt etiam in peculio servi, nec veniunt in actionem de peculio, *l. deposui, in princip. sup. hoc tit.* Et hæc sufficiant ad explicationem hujus legis.

Ad L. XIX. de In rem verso. *Filiusfamilias togam emit, mortuo deinde eo, pater ignorans, & putans suam esse, dedicavit eam in funus ejus. Neratius libro responsorum ait, in rem patris versum videri. In actione autem de peculio, quod in rerum natura non esset, uno modo æstimari debere, si dolo malo ejus, quo cum agatur, factum esset. Atquin si filio pater togam emere debuit, in rem patris res versa est: non nunc, quo funerabitur: sed quo tempore emit. Funus enim filii æs alienum patris est. Et hoc Neratius quoque, qui de in rem verso patrem teneri putavit, ostendit, negotium hoc (id est, sepulturam, & funus filii) patris esse æs alienum, non filii. Factus est ergo debitor peculii, quamvis res non extet, ut etiam de peculio possit conveniri. In quam actionem venit & quod in rem versum est. Quæ tamen adjectio tunc necessaria esset, cum annus post mortem filii excessit.*

HÆc lex brevis est, explicatu vero difficilis, quia imperfectæ sunt rationes Pauli, & Glossæ hujus l. sensum expedire non possunt. Ut perspicue intelligatur, sciendum, & repetendum hoc est in primis ex *tit. prox. sup.* post mortem filii, vel servi habentis peculium (quod de filio, idem existimato obtinere in servo) post mortem, inquam, filii ex contractu servi habitu cum alio, quamvis morte filii extinctum sit peculium, adhuc tamen patrem teneri actione de peculio, non quidem in perpetuum, sed intra annum utilem tantum, & si quid dolo malo patris factum est, quo minus peculium esset, *l. 1. tit. prox. sup.* quia morte filii extinguitur peculium. Satis abundeque est, produci actionem de peculio usque ad annum, quæ extincto peculio, & reipsa prorsus extincta videbatur. Vivo filio perpetua est actio de peculio in patrem, mortuo filio est annua: agenti post annum utilem obstat præscriptio anni. Et hoc distat actio de peculio ab actione de in rem verso. Nam etiam post mortem filii in patrem est perpetua actio, vel adjectio de in rem verso, *l. 2. sup. tit. prox.* Item alia in re differt actio de in rem verso ab actione de peculio, quia actio de in rem verso competit ultra peculii quantitatem in solidum, quatenus versum est in rem patris. Et quod ait *l. si pro patre, §. 1. hoc tit.* patrem teneri de in rem verso usque ad peculii quantitatem, hoc ideo, quia usque ad eam quantitatem tantum in rem patris versum est, filio scilicet quasi defensore patris suscipiente judicium de peculio. Actio enim de peculio datur usque ad peculii quantitatem, vel (ut uno verbo dicunt) peculio tenus. Actio de in rem verso, ut dixi, datur ultra peculii quantitatem, eo non inspecto, quantum sit peculio, sed quantum sit versum in rem patris. Et in id omne, quod versum est, datur actio in solidum, etiamsi nullum sit peculium. Hanc autem actionem de in rem verso Paulus in fine hujus leg. vocat adjectionem. Cur ita? Quia actioni de peculio inest semper, vel adjicitur actio

ue in rem verso, quia non aliter de in rem verso in patrem agi potest, quam si filius principaliter negotium patris gesserit, & animum habuerit obligandi patrem sibi, & peculio suo, forte pecuniam, quam ab alio mutuo sumpsit, convertendo in rem, & patrimonium patris, & locupletiorem faciendo patrem, vel dimittendo creditores paternos, vel ruentia paterna ædificia fulciendo, & fustlaminando: atque ita quod filius vertit in rem patris, id pater filio debet naturaliter: quod convertitur in rem patris, id pater naturaliter filio debet. Ergo id in peculium filii computatur ut quodcumque aliud nomen, *l. 7. §. ult. & l. 17. in fine, de pecul.* Denique quod in rem patris conversum est, & in peculium conversum est, quasi debitum filio, *l. 1. hoc tit.* Et ideo, quum agitur de peculio, agitur etiam de in rem verso, id est, de eo, quod eo nomine pater filio debet, quia versum, atque eo nomine debitum filio à patre pars peculii est. Et ita cum hac jungenda *l. 1. huj. tit. & lex 2. sup. tit. pr. & lex 2. §. apud Julian. de hered. vend. & l. in bonæ fid. de pecul. & §. licet, Instit. quod cum eo,* quæ palam ostendunt simul agi de peculio, & de in rem verso, vel potius unam actionem esse, qua agitur de peculio, & de in rem verso. Est & alia adjectio in actione de peculio, puta de dolo malo patris, si dolo malo minuerit peculium in fraudem creditorum peculiarium, vel si qua alia in re creditorem peculiarem deceperit, & fraudarit, *d. l. in bonæ fidei, in fi. & l. si tamen, in fi. de pecul. l. 1. §. filiusfam. depos. l. 1. sup. tit. prox.* Hujus adjectionis fit etiam mentio in hac l. Sunt igitur tres clausulæ in actione de peculio: una de peculio: altera de in rem verso: tertia de dolo malo. Aliquando tamen separatim agitur de in rem verso tantum, ut si quid dolo malo factum sit, vel si deficiat actio de peculio, veluti post mortem filii, si actio de peculio anno utili finita sit (ut finiri ante dixi) vel etiam si filius non habeat peculium, vel si habet minus idoneum ad dimittendos creditores peculiarios, *l. 1. in princip. hoc tit. l. 2. sup. tit. prox.* His cognitis, finge, quæ est species hujus legis, filiusfam. ex nummis peculiaribus togam emit, & tradita ei est togæ possessio, fide habita de pretio, atque ita togæ dominium in eum translatum est. Deinde mortuo filio, pater existimans suam esse vestem, eam dedicavit in funus filii: nam togati inhumabantur, & sepeliebantur, *l. 14. §. funeris, de relig. & sumpt. fun.* Et non vestis impensa in funere improbatur in *l. servo alieno, §. ult. de leg. 1.* sed vestium supervacuarum tantum impensa, ut in funere Achillis, Odyss. ult. & in Nigrino Luciani. Quæritur autem in hac lege, an toga, quam pater impendit in funus filii, quæ quidem erat in peculio filii, videatur versa in rem patris: non omne quod est in peculio, est versum in rem, sed contra, omne quod est versum in rem, est in peculio. Quæstio igitur est, an ea toga, quam pater ex peculio filii dedicavit in funus filii, videatur versa in rem patris, eoque nomine pater teneatur venditori pretii nomine, quod nondum ei solutum est, actione de in rem verso? Neratius dicebat, in patrem venditori pretii nomine, quanti filio togam vendiderat hanc actionem dari, eique competere de in rem verso, etiam veste consumpta. De peculio autem eo nomine venditori actionem non competere veste consumpta sine dolo patris (ut in hac specie) qui per errorem eam quasi suam dedicavit in funus filii: neque enim re consumpta, aliter de peculio actionem competere mortuo filio, quam si res extet, aut dolo malo patris consumpta sit, *l. 1. in princ. sup. tit. prox.* Ideo autem de in rem verso actionem venditori dabat Neratius, quia funus filii est æs alienum patris, quod scilicet pietati debet, & memoriæ seu manibus filii sui, quod est certissimum, *l. in patrem, sup. de relig.* adeo ut si quis alius funeraverit filium, & justa persolverit filio, competat ei actio funeraria adversus patrem, quæ imitatur actionem negotiorum gestorum, quia negotium gessit patris, quia hoc ære alieno liberavit patrem, *d. l. in patrem.* Atque ea ratione Neratius dicebat, patrem teneri de in rem verso, quod ex peculio se pater eo ære liberasset aliqua ex parte, toga filio vendita dedicata in funus filii. Et hæc est sententia Neratii. Porro dat quidem Paulus etiam in patrem actionem de in rem verso, sed non

A ea ratione, qua nititur Neratius, quæ paulo remotior est: non, inquam, hac ratione, quod eam vestem pater impenderit in funus filii. Nam & vivo filio, jam ab eo tempore, quo eam filius emit, intelligitur versa in rem patris, quia pater filio vestem emere debuit, uti consueverat. Quod & aperte ostenditur in *l. 3. §. proinde, hoc tit.* Ergo toga versa est in rem patris, quia eam pater debuit dare filio, vestire filium, non quia eam in funus filii impendit. Hæc causa remotior est. Non probat etiam Paulus, quod Neratius negat, eo nomine venditori competere actionem de peculio, quia pater dedicando vestem in funus filii, suam rem, suum negotium gessit, non negotium filii, quia liberavit se ab ære alieno funeris, & supremi officii filio debiti, quod & Neratius censuit. Et ideo peculio filii imputatur sumptus funeris, & solemnium, quæ pater debet:
B quia hoc nomine pater est debitor filii, quum eum sumptum fecit non de suo, sed de peculio filii, ut in specie proposita, quia sua non erat toga, sed peculiaris; & quamvis vestis non extet, quia tamen patris nomen restat in peculio, consequens est, eatenus patrem venditori teneri de peculio, ut rei venditæ pretium, quod nondum venditori solutum est, quæ res, ut dixi, peculiaris non sua erat, venditori reddat. In quam actionem de peculio veniat etiam adjectio de in rem verso, quasi pars peculii. Et hæc adjectio tunc maxime erit usui, maxime necessaria, quum extincta erit actio de peculio anno utili post mortem filii. Et nihil est præterea. Malim tamen illo loco (funus enim filii æs alienum patris est) malim, inquam, funus autem filii; quia hæc non est ratio superioris sententiæ, ex quo tempore togam emit filius, toga versa sit in rem patris, quod funus
C sit æs alienum patris, neque concludit, aut congruit. Sed ratio hujus sententiæ hæc est, quia pater filio vestem emere debuit. Ex hac vero ratione, quia funus est æs alienum patris, postea colligit, quod ex peculio pater impendit in funus, non de suo interim debere peculio, & eatenus de peculio conveniri posse à creditore peculiari, ut à venditore, quamvis id ita impenderit, ut nusquam sit in rerum natura.

Ad L. LVIII. Mandati. *Si præcedente mandato, Titium defenderas, quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere: quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. Quod si sine mandatu defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras; & quemadmodum,*
D *si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici, & heredem ejus eadem actione teneri.*

Ad §. Lucius Titius *creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore, majore parte creditorum consentiente, à prætore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore, apud quem mandator extiterat. Quæro, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris. Respondi, si præsens apud prætorem ipse quoque consensisset, pactus videtur justa ex causa, eaque exceptio, & fidejussori danda esset, & mandatori. Sed cum proponas eum abfuisse, iniquum est auferri ei electionem, sicut pignus, aut privilegium, qui potuit præsens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum prætoris. Nec enim si quis dixerit, submovendum creditorem, heredi consulitur: sed mandatori, vel fidejussori, quibus mandati judicio eandem partem præstiturus est. Plane si ab herede partem accepisset,*
E *an in reliquum permittendum esset creditori fidejussorem convenire, dubitatum est. Sed videbitur consentire decreto, conveniendo heredem.*

HÆc lex tres habet quæstiones: unam de eo, qui ex mandato alterius post ejus mortem, quam ignorabat, suscepit in judicio ejus defensionem: alteram de eo, qui idem fecit ignorans, sine mandato: & tertiam longe alia de re in §. Lucius, puta an absenti creditori noceat conventio facta in portionem crediti ab herede ante aditam hereditatem cum majore parte creditorum interposito decreto prætoris: an scilicet adeo noceat, ut & creditor, qui erat absens, non possit in solidum convenire man-

mandatorem, aut fidejussorem defuncti debitoris, sed in partem crediti tantum, de qua convenit cum majori parte creditorum, quoque decrevit prætor, ut creditores contenti essent? Quantum ad primam quæstionem attinet, sciendum est, mandatum dissolvi atque finiri, tam morte mandatarii, quæ modo accidat re integra, id est, antequam res aliena ab eo geri cœperit, *l. si quis alicui, §. morte, hoc tit.* quam etiam morte mandatoris, quæ similiter contingat re integra, *l. prox. sup. hoc tit. l. mandatum, C. eod. l. ult. de solut. l. 6. sup. de jurisdict.* Et ratio hæc est, quia qui mandatu alieno gerit aliquid, id gerit alieno nomine, nihil autem geri potest nomine ejus, qui non est in rebus humanis, qui fuit, non est. Et ideo, si quis, antequam inchoaret negotium sibi mandatum, sciens mandatorem vita decessisse negotium illud instituerit, impleverit, ut puta si defensionem litis sibi mandatam judicio accepto susceperit post mortem mandatoris, & condemnatus ex causa judicati solverit: neque mandati eo nomine in heredem mandatoris, neque ullam aliam actionem habet, quia sciens instituit negotium post mortem, sciens solutum esse mandatum. Sed si ignorans eum vita decessisse, defensionem susceperit, impleveritque mandatum, quamvis & hoc casu morte domini finitum sit mandatum, & ipso jure nullus sit effectus ejus, quod geritur post mortem domini, tamen utilitatis causa receptum est, ne scilicet in damno versetur qui bona fide negotium gessit, ductus justo errore facti, ut ei competat in heredem mandatoris utilis actio mandati, ejus, quod ex causa judicati condemnatus solvit recuperandi causa, *l. inter causas, sup. h. tit.* Quia (ut eleganter Paulus ait hoc loco) morte domini soluto mandato, non ideo solvitur etiam obligatio & actio mandati, sicuti nec societate finita morte socii unius, non ideo finitur aut solvitur actio pro socio. Nam ex contractibus, qui solo consensu perficiuntur, duo sunt, qui solvuntur morte re integra, mandatum, & societas, nec transeunt in heredem igitur: obligatio tamen etiam post mortem durat, & sequitur heredem, si procurator vel defensor, vel socius ignorans domini, vel socii mortem, negotium alienum, vel commune inchoavit, vel explevit suis sumptibus. Et ita est proditum de actione pro socio in *l. actione, §. morte, & §. seq. tit. prox. inf.* Cæteri contractus, qui consensu perficiuntur, ut emptio, venditio, locatio, conductio, transeunt in heredem, *l. viam, C. de loc.* Idem de stipulatione dicendum est, *l. 25. §. si operas, de usuf.* Idem de contractibus, qui re contrahuntur, excepto precario, quod non transit ad heredem ejus, qui precario rogavit, *l. cum precario, §. ult. de precar.* Huic autem sententiæ, *Mandatum solvi morte mandatoris, quæ contingat re integra*, hoc loco Accursius opponit *l. defunctus, sup. de procur.* parum apte, quia in ejus legis specie res non erat integra tempore mortis mandatoris: quia jam ipse mandator pro procuratore ad litem defendendam caverat judicatum solvi, sciente & non contradicente procuratore, quod pro eo est, ac si ipse procurator eam stipulationem interposuisset, & ideo litem contestari, & peragere potest. Et vero cogitur, *l. 8. §. ult. eod. tit.* quia post inchoatum & deintegratum mandatum sive negotium, mors non solvit mandatum, *l. nulla*, quæ est Juliani, *C. de procur.* Et eam intelligit Symmachus in epist. dum ait, *sanctionem Juliani jubere, ut stent procuratorum officia causarum dominis viventibus inchoata*. Item Accursius opponit *l. 4. inf. de manum. vind.* quæ lex, etsi non sit de mandato, sed de voluntate, aut permissu patris, filio permittentis servum suum manumittere, tamen idem juris est in utroque: Nam & voluntas sive permissum finitur morte, sicut & jussum de adeunda hereditate, finitur morte ejus, qui jussit, *l. si per epistolam, de acquir. hered.* Et cessio quoque legitimæ tutelæ facta in jure, finitur morte ejus, qui cessit, auctore Ulp. *lib. reg. tit. de tutel.* Et tamen illud additur in specie *d. l. 4.* libertas, quam servo patris filius ignorans mortem patris imposuit, valet. Sed lex ipsa respondet huic argumento, quoniam ait hoc esse receptum favore libertatis: si favore, ergo contra rigorem juris. Et ita demum, inquit, hoc omnino requiritur, si non appareat mutatam esse patris voluntatem, antequam diem suum obiret. Id igitur favore libertatis receptum est jure singulari, non jure communi. In aliis causis ipso jure nullus est effectus negotij, quod post mortem domini, vel mandatoris instituitur à sciente vel ignorante, & mandatum morte mandatoris solvitur, non etiam actio mandati. Et hæc de prima parte hujus legis, si quis præcedente mandato defensionem mortui susceperit, cum hoc ignoraret. Quæritur in secunda parte, quid sit dicendum si non præcesserit mandatum, sed ultro quis accesserit ad negotium aut quasi negotium mortui, quem vivere existimabat? & vivum quidem ultro suscepta defensione sine mandato, & secuta condemnatione, & solutione ipso jure liberasset, & competeret ei actio negotiorum gestorum soluti recuperandi gratia, *l. si pro patre, §. 1. de in rem verso*, quam latius exposuimus *lib. 2. ad l. qui servum, de interrog. in jur. fac.* Post mortem vero ejus, cum eam ignoraret, suscepta defensione, si condemnatus solverit, heredem quidem ejus ipso jure non liberat, quia non heredis, sed quasi viventis negotium gessit, liberatur tamen heres ejus opposita exceptione doli mali, *l. de qua re, in fine, de judic.* quia dolo malo facit actor, qui ab herede petit, quod jam a defensore consequutus est: dolus est, præda est, bis idem consequi, *l. si minoris, de admin. tut.* Et ideo defensori adversus heredem datur etiam actio neg. gest. soluti recuperandi, quamvis id solverit mortuo domino ignorans, *d. l. de qua re, §. ult.* quæ est Juliani & omnino consentit cum hac 2. parte. Primam quoque partem hujus legis constat esse Juliani ex *d. l. inter causas*, & ex his, quæ per causam hujus quæstionis idem Julianus tractat in *d. l. 4. de manum. vind.* quæ etiam in eam rem a Paulo adducitur in *l. quæsitum, §. Julianus, qui, & à quibus manum. lib. non fiant.* Recte autem dicit Paulus hoc loco, defensorem instituisse, incœpisse gerere quodammodo negotium defuncti. Recte, inquam, quodammodo negotium, quia proprie nullum est negotium ejus, qui nullus est, id est, qui excessit è vita. Et ideo si quis extraneus defuncto funus fecerit de suo, non quasi heredis, sed quasi defuncti negotium gerens, non competit ei in heredem quasi ex persona defuncti actio neg. gest. sed propria actio quæ funeraria dicitur, quæ tamen est similis actioni neg. gest. *l. et si quis, §. & generaliter, sup. de relig. & sumpt. func.* Et in proposito etiam casu, puto in heredem defensori competere utilem neg. gest. non directam, sicut & in prima parte utilem mandati. Et placet valde summa hæc Cyrilli in utramque partem: *Qui mortuum ignorans defendit, si quidem ex mandato, mandati actionem: si absque mandato, neg. gest. actionem habet.* Ad 3. & ult. partem, quæ est in *§. Lucius*, hoc tantum adnotandum est: solere heredes plerumque, quum hereditas pluribus creditoribus defœnerata est, antequam adeant hereditatem, atque ita se obligent oneribus hereditariis, certa parte debiti, qua contenti sint, pacisci cum creditoribus hereditariis, puta 3. vel dimidia, atque ita adire hereditatem, quam alioqui repudiaturi essent. Hæc pactio justa est, ut indicat Paulus illo loco, *pactus videtur justa ex causa*, pactio justa est, ergo servanda: videlicet si facta fuerit consentiente majore parte creditorum, & interposito decreto prætoris, vel præsidis, ut in *l. jurisg. §. ult. de pact. l. 23. in fine, quæ in fraud. cred.* Et prodest ea pactio non tantum heredi debitoris defuncti, sed etiam ei, qui pro defuncto intercesserat, veluti mandatori, aut fidejussori. Ergo si præsente creditore, qui mandatu tuo pecuniam defuncto crediderat, ea pactio interposita fuerit, adversus creditorem si agat in solidum, non tantum heredi competit exceptio pacti, sed etiam tibi, vel alii fidejussori, aut accessioni defuncti debitoris. Hæc sunt certissima. At quæritur, an etiam hæc conventio majoris partis creditorum, vel exceptio pacti hujus noceat creditori absenti, id est, qui pactioni faciendæ non interfuit? Et sane nocet etiam absenti, vel absentibus, si qui absens fuerat heredem debitoris conveniat in solidum: nam sequi deberet exemplum & pactionem majoris partis creditorum, maxime confirmatam decreto prætoris. Nocet igitur etiam absenti, si agat adversus heredem debitoris, quia non potest in eum agere, nisi in partem, de qua convenit, non in solidum. At sane non nocet absenti,

si man-

si mandatorem vel fidejussorem eligat, & conveniat in solidum: absenti creditori salva est electio mandatoris, vel fidejussoris, ut omisso herede debitoris, eligat, & conveniat in solidum mandatorem, vel fidejussorem sine metu exceptionis pacti habiti cum herede à majori parte creditorum, secundum jus scil. quod obtinuit ante Novellam Justiniani, quod obtinuit jure Pandectarum, & jure Cod. quo electionis potestas permittitur creditori, puta, ut conveniat accessionem si velit, inexcusso reo principali, *l. 3. C. de fidejus.* Addit salvum etiam esse creditori absenti pignus, si pignus acceperit in sui crediti causam, nec liberari pignus posse, nisi soluta omni pecunia: ac præterea salvum etiam esse absenti creditori privilegium exactionis, si creditor privilegiarius fuerit, veluti ex causa tutelæ, vel dotis: vel ut Græci ponunt hoc loco, *ex causa funeris sua expensa facti.* Recte, quia & hæc causa privilegiaria est, *l. pen. de relig. & l. 2. de privil. credit.* Et hac in parte valde pugnare videtur cum hoc §. quum ait, *Salvum esse privilegium*, lex *rescriptum*, *sup. de pact.* quæ absenti creditori concedit quidem servari pignus in solidum, sed non etiam privilegium, si pignus non habeat. Nam habenti pignus, beneficio pignoris & privilegium conservatur. Verum (ut breve faciam) & perspicue respondeam, Paulus hoc loco, quum ait, *servari privilegium absenti*, juris ratione nititur: quia, ut ait, sicut electionem, & pignus iniquum est auferri absenti creditori, quo præsens uti potest: ita iniquum est ei auferri privilegium, quo præsens proclamare, & jure vincere poterit adversus cæteros creditores. Nititur & rescripto D. Marci, quo hodie omnium creditorum præsentia exigitur, ut omnibus ea pactio per omnia noceat. Ulpian. autem in *d. l. rescriptum*, loquitur tantum de rescripto D. Pii, quod obtinuit ante formam huic rei a D. Marco datam, quæ sunt verba legis *rescriptum*. Quo quidem Pii rescripto absenti, nec hypothecario creditori privilegium aufertur, perinde ac præsenti, quasi ex ea pactione omnibus creditoribus pariter solvenda pecunia pro parte, de qua convenit. At hodie (ut ait *d. l. jurisgentium in fine*) id est, post formam datam a D. Marco, quæ sequuta est rescriptum D. Pii, privilegium absenti creditori non aufertur, quia pactio præsentibus tantum nocet per omnia. Et hæc de privilegio. Nunc de electione. At quia dicere quis posset, non esse absenti creditori servandam electionem in solidum adversus mandatorem, vel fidejussorem, hac ratione, quod si à mandatore, vel fidejussore solidum exigatur, vi ipsa, & effectu ipso, & heres debitoris in solidum tenetur, cui tamen initio diximus proficere pactionem, quia id quod fulvit mandator, vel fidejussor in solidum, videtur posse repetere ab herede. Hoc argumentum ut removeat Paul. ait, heredem debitoris, etiam mandatori, vel fidejussori, licet solidum exsolverint, non teneri, nisi in portionem, de qua convenit. Ac postremo uno tantum casu ostendit, absenti creditori non servari electionem adversus mandatorem, vel fidejussorem in solidum, puta si reversus consenserit majori parti creditorum, & decreto prætoris: vel si ab herede partem, de qua convenit, acceperit: vel si heredem in eam partem tantum convenerit, nihil enim refert consenserit ab initio, an ratum habuerit. Et, quod notandum, tacite consensisse intelligitur: qui ergo ab herede eam tantum partem petit, vel accipit, & pepigisse intelligitur cum herede. Pactum autem heredis quasi debitoris, etiam fidejussori prodesse constat, *l. & heredi, in fine, & l. quod dictum, supra de pact.*

Ad L. LXXVII. Pro socio. *Veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.*

Ad L. LXXIX. eod. *Unde si Nervæ arbitrium ita pravum est, ut manifesta inquitas ejus appareat; corrigi potest per judicium bonæfidei.*

PEndent hæ leges ab iis, quæ proponuntur in leg. superiori: Societas negotiationis cujusdam coita est inter me & te, ea conditione, eoque pacto, ut arbitrio Nervæ communis amici nostri partes societatis constituerentur, partes damni & lucri. Ille constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse, id est, ut altero tanto plus sentirem ego ex societate lucri, vel damni, quam tu: vel quæ est proportio eadem, ut tu ex parte millesima socius esses, ego ex duobus millesimis, ut est scriptum in l. 80. infra, exemplo Græcorum, qui dicunt δύω, & duo millesimas. Et in ea lege 80. secundum vulgi captum facta mentione majoris summæ, puta, millesimæ unius, vel duarum, manifestior quodammodo iniquitas apparet in arbitrio Nervæ, quam si secundum partem mentionem fecisset tantum trientis, vel bessis, ut *initio sup. l.* Itaque in *l. 80.* Proculus vulgo se accomodat, ut ei manifestiorem arbitrii iniquitatem faciat, dum ait: *quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duomillesimis socius esset?* Et inepte Jacobus de Arena, illo loco constituit tres socios, unum ex millesima, alterum ex duomillesimis, & tertium ex reliquo, quia lex ait, *alter ex millesima, alter ex duomillesimis, & alter* dicitur tantum de duobus, non de pluribus, unus de pluribus. Quæritur autem, an huic supradicto Nervæ arbitrio standum sit? Et docet, non omnino utique vel semper ei standum esse. Quid enim si pravum, si in re ipsa iniquum sit? Hoc vero ut declaret Paulus, duo arbitrorum genera facit. Unum eorum, qui arbitri recepti vocantur, vel arbitri, aut judices compromissarii, vel honorarii, de quibus est titulus de receptis, ut quum ii, qui inter se aliqua de re controversantur, certum hominem ejus controversiæ disceptatorem eligunt, quasi virum bonum, pœna vice mutua compromissa, si quis arbitrio & sententiæ ejus non steterit, quæ pœna committitur, & peti potest, etiamsi quis iniquæ sententiæ stare noluerit, *l. diem, §. stari, eo. tit. de recept.* Et ratio hæc est, quia id agere videntur, qui pœnam invicem compromittunt, ut omnimodo qualicunque sententiæ stent, quod inferius evidenter demonstrabimus. Denique sententiæ arbitri, sive judicis compromissarii obtemperandum est, sive æquum statuerit, sive iniquum, nisi dolus malus intervenerit ejus, vel adversarii, *l. ita demum, sup. eod. tit. l. 3. C. Theod. eod. tit.* Aut sane qui non obtemperat, incidit in pœnam, de qua conventum est constitutione & compromissione mutua. Alterum genus arbitrorum est eorum, qui à DD. nostris discretionis causa arbitratores vocantur, quorum scilicet arbitrio id permittitur sine vinculo pœnæ, ut puta si, ut ait *l. 77.* in lege locationis, operis faciendi, domus ædificandæ, caveatur arbitrio L. Titii opus fieri, vel approbari, *l. si in lege 7. inf. loc.* vel in testamentis arbitrio L. Titii filiæ dotem dari, vel alimenta præberi, *l. 1. de leg. 2. l. si filiæ, de leg. 3. l. 5. de alim. leg.* Et apud Horat.

Arbitrio Arii epulum populo dari. Sat. 2.

Et in *l. ult. de aur. & ar. leg. Arbitrio viri boni funerari me volo.* Unde sane dicuntur *arbitraria funeris.* Cic. in orat. pro Cornel. & in ea, quæ est pro domo sua ad Pontifices. Et in proposita etiam specie, in proposita pactione, sive lege societatis, arbitrio Nervæ societatis partes constitui: quorum arbitrorum arbitrio & sententiæ non aliter standum est, quam si æquum sit & justum. In causa hoc est, quia non tam in certam personam arbitrium conferri intelligitur, etsi nominetur persona certa, cujus arbitrio quid fiat, quam generaliter in arbitrium boni viri, id est, quasi in certam personam, & arbitrium certum tantum. Nam arbitrium boni viri semper est certum: sicut æquitas ipsa & bonitas semper est certa, cujus bonus vir est magister & sacerdos, *d. l. 1. de legat. 2.* Bonus vir est verus æstimator & arbiter æquitatis, & ut Virgil. ait.

Qui justo trutinæ se examine pensat,
Ne quid hiet, ne quid protuberet, angulus æquis
Partibus ut coeat, nihil ut delires amussis.

Et qui quid permittunt arbitrio alterius, id sane faciunt; ut ait l. *si libertus, de oper. libert.* quia existimant, sibique persuadent, eum ex æquo & bono arbitraturum. Ideoque arbitrio ejus ita demum stare volunt, si rectum sit & æquum. Si iniquum sit, & prævatum, ut loquitur Cicero quodam loco, ad æquitatem & rectitudinem redigitur bonæ fidei judicio. Ut in specie proposita, arbitrium Nervæ, si fuerit iniquum in partibus societatis constituendis, ad boni viri arbitrium, quale id esse debuit, redigitur actione pro socio, quæ bonæ fidei est. Nam finis actionis bonæ fidei

fidei est, iniqua corrigere, & prava. Et eleganter *l. 3. C. comm. utriusque judic. in bonæ fidei judiciis*, inquit, *quod inæqualiter factum est, in melius reformatur*. Denique vis actionis bonæ fidei, & potestas est iniqua corrigere: sicut & in strictis judiciis eadem vis est clausulæ doli mali, puta, *Dolum malum abesse, absuturumque esse*, *l. ex ea parte, in princip. de verb. obligat.* quæ clausula etiam in aliis plerisque judicium strictum origine sua bonæ fidei facit, *l. Seja, de mort. caus. donat. l. 3. C. de exception.* Et hoc est, quod ait l. 79. quæ est ejusdem Pauli: *Pravum, aut iniquum arbitrium Nervæ corrigi per judicium bonæf.* hoc est per judicem additum actioni pro socio: *φαῦλην αὐτοῦ δοκιμασίαν ὁ δικαστὴς διορθοῦται*, ut est in Basilic. *iniquum arbitrium judex corrigit*: Et recte, *bonæfidei*. Quibus tamen judiciis bonæf. hac in re comparantur legata, & fideicommissa relicta in testamentis, arbitrio L. Titii, quorum exempla quidem jam ante posuimus. Sicut & in aliis plerisque constat, legatorum, & fideicommissorum actiones, licet sint strictæ, comparari bonæ fidei judiciis, *l. 3. C. in quibus caus. in integ. rest. non est necess.* Hæc ergo dicimus de bonæfid. judiciis tantum & legatis, & fideicommissis. Nam in stipulationibus strictis si quid reddi, vel dari cavetur arbitrio L. Titii, arbitriom etiam accipitur stricte, puta ut non egrediatur personam L. Titii, ut est in compromissis, nec transferatur in personam alterius, *l. si quis arbitratus, & l. seq. de verb. oblig. l. in compromissis, de recept. qui arb. recep.* Quod tamen ita procedit si contrahentes stipulationem extranei arbitrium eligant. Nam si stipulatoris, vel promissoris arbitrium eligatur, puta dari arbitrio promissoris, vel stipulatoris, hoc sane casu arbitrium accipitur pro arbitrio boni viri, alioquin promissoris arbitrio perexigua constitueretur obligatio, aut stipulatoris arbitrio immensa, *d. l. si libertus, de oper. libert. l. 3. C. de dot. promis. l. cum post, §. gener, de jur. dot.* In judiciis autem bonæ fidei arbitrium in alterius cujuscunque personam collatum, personam egredi potest, vel cessante eo, qui nominatus est, vel non arbitrante ex æquo, & bono, nisi id ipsum actum sit nominatim, vel satis evidenter, ne à persona ejus, qui nominatus est, recederetur, ut est scriptum in *l. 75. hoc tit.* nisi id ipsum, inquit, actum sit, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus fuerit. Et id quidem agi videtur etiam in bonæfid. judiciis, ne à persona recedatur in constituendo pretio emptionis, vel locationis, quia certissimum id esse oportet. Et ita à Justin. definitur in *l. ult. C. de contr. emp.* cujus sent. etiam à Triboniano sub nomine Caii expressa est in *l. si merces, inf. de locat.* Denique ut scilicet non recedatur à persona arbitri, agi videtur, si sit adjecta pœna: nam ut in compromissis, ita in negotiis bonæ fidei, vel in legatis, vel in fideicommissis, quæ illis comparantur, pœnæ adjectio argumentum est destrictæ voluntatis: puta si heres jussus sit sepulchrum testatori extruere arbitrio L. Titii, & ni ita extruxerit, pœnæ nomine certam pecuniam inferre arcæ Pontificum, vel ærario civitatis. Nam & hoc casu arbitrium non potest egredi personam L. Titii, quin pœna committatur, *l. 6. in pr. de cond. & demonst.* Proinde aliud est simpliciter jubere sepulchrum extrui arbitrio L. Titii, non adjecta pœna, ut apud Horat. Sat. 5. 2. *lib. Sepulchrum permissum arbitrio sine sordib. extrue.* Et in antiqua inscriptione Pisana: *Titulum poni jussit arbitratu Lucillæ, & Jucundi filii*. Hoc casu arbitrium, pro boni viri arbitrio accipitur, & personam egredi potest, si L. Titius non fungatur in arbitrando officio boni viri. Longe aliud est, si sub pœna, quod est destricte, jubeatur heres sepulchrum extruere arbitrio L. Titii, ut in *d. l. 6.* quia hoc arbitrium personam L. Titii egredi non potest. Hæc est certissima hujus l. definitio. Non est omittenda admonitio legis 80. in specie proposita boni viri arbitrio conveniens esse, ut non semper æquales partes societatis constituantur, quia sæpe evenit, ut quæ sunt æquæ, sint maxime iniquæ: quia (ut Aristot. docet) æqualitas non quantitate æstimatur, sed merito, & dignitate magis. Ut si unus ex sociis plus in societatem conferat pecuniæ, vel plus operæ, & artis, vel plus factionis, & industriæ, vel plus gratiæ, sane iniquum fuerit inter eos æquas partes constituere. Et gratiam vocat lex 80. copiam amicorum, quod in idiotismo vocamus (*credit*) ut Cic. in Quintiana cum dixisset initio, contra se facere gratiam adversarii, ex diverso subjicit: *sibi esse tenues opes, nullas facultates, exiguas amicorum copias*, id est, *exiguam gratiam, peu de credit*.

Ad L. LIX. Ad SC. Trebell. *Debitor sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogavit restituere hereditatem filiæ suæ, id est, testatoris. Cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu prætoris adit, & restituit. Cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi, jure dominii id possidere. Respondi, aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem ne & pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor, actor, idemque heres rem, sive non possidet: videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione à fideicommissario conveniri potest. Neque pigneratitia, quoniam hereditaria est actio: neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur. Quod eveniret, si nullum pignus intercessisset. Possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, & hic Serviana actio tenebit. Verum est enim non esse solutam pecuniam. Quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, & solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum, vel soluta pecunia esset. Nam & cum de lucro heres scriptus adsit, quod forte legatum acceperit, si heres non extitisset: responsum est, non esse cogendum adire, nisi legato præstito. Ubi quidem potuit dici, nec cogendum esse heredem adire quodammodo contra voluntatem defuncti, qui legando heredi, si non adiisset, in ipsius voluntate posuit aditionem. Sed cum testator alterutrum dederit, nos utrumque ei præstamus.*

Ad §. Ea, quæ dotem dabat, *pacta erat cum marito, ut mortua se in matrimonio, dotis pars matri ejus redderetur: nec eo nomine stipulatio à matre interposita est: moriens deinde matrem, & maritum suum heredem fecerat, & à matre petierat, ut hereditatem Titio restitueret. Judex addictus de hereditate dividenda, partem dotis quasi ex utili pacto, pro parte matri adjudicaverat. Quærebatur, an & ea portio ex causa fideicommissi præstanda sit? quam non esse restituendam puto. Quia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto accepit. Nec occasione hereditatis, sed errore ex pacto eam habuit.*

Duæ sunt in hac l. quæstiones. Prior est de confusione obligationis, & à Paulo tractatur perquam erudite. Confusio obligationis fit, quum in unam eandemque personam concurrit jus debitoris, & creditoris, ut puta: quum debitor creditoris, vel contra creditor debitoris, vel quum utriusque tertius quidam hereditatem adit, etiamsi, ut in hac l. ostenditur, coactus hereditatem adeat, fideicommissario postulante, cui rogatus est hereditatem restituere, & jubente prætore: nam aditio etiam coacta confundit obligationem. Et hoc genere, perinde atque genere solutionis tollitur omnis obligatio, tam naturalis, quam civilis, *l. Stichum, §. aditio, de solut. l. heres, §. quod si idem stipulator, de fidejussor.* Et tollitur, vel in solidum, si fuerit heres ex asse, vel pro parte, ex qua heres fuit, non pro parte coheredis, aut coheredum, *l. pen. C. de hered. vel act. l. si ab eo, C. de neg. gest.* Ratio confusionis evidens, & naturalis est, quia idem homo non potest esse debitor, & creditor, idem non potest esse actor, & reus, nemo sibi ipsi debere potest, nemo secum agere, & experiri potest. Et ideo confusio etiam est pro solutione, aut pro pensatione cedit. Videtur enim hereditas ipsa heredi, vel heres hereditati, quod debet solvere protinus in ipso articulo adeundæ hereditatis, *l. quæ dotis, sol. matrim. l. si ei, cui vendidi, §. pen. de evict. l. si id quod, de liberat. leg. l. debitori, l. Granius, de fidejuss.* Tollitur, inquam, confusione omnis obligatio principalis, atque etiam obligatio fidejussoris, aut mandatoris, *d. l. Granius*, denique omnis obligatio personalis. Realis tamen obligatio, veluti pignoris obligatio manet. Itaque (ut in hac l. Paulus ostendit, & Africanus in *lege*

cum

A *cum quis*, *§. ult. de solut.*) propter pignus naturalis obligatio remanet, quæ alioqui confusione extingueretur, sicut & propter pignus (quod maxime notandum) privilegium manere significatur, quod alioqui non maneret ex rescripto Divi Pii, *l. rescriptum, de pactis*. Igitur aditione hereditatis confunduntur nomina, & jura personarum, non causæ rerum, non obligationes rerum, non pignorum obligationes, & propter pignorum obligationes, quæ manent, etiam manet naturalis obligatio: & confusione interveniente pignoris tollitur sola civilis. His cognitis facilis nobis erit aditus ad speciem hujus l. quæ est ejusmodi. Creditor pignoratitius, sive hypothecarius à debitore heres institutus est, & rogatus hereditatem restituere filiæ debitoris, ejusdemque testatoris. Post mortem debitoris, creditor dicit, hereditatem sibi esse suspectam, quasi minus idoneam, locupletem, aut luculentam minus, & recusat B eam adire. Postulante filia, jussu prætoris coactus tamen est eam adire, & filiæ restituere. Coactus igitur eam adiit & restituit, non habita ratione ejus, quod sibi defunctus debuit, quia id prætermisit, nec prætori allegavit, sive deduxit in jus. Quod si allegasset, & deduxisset in jus, non statim fuisset coactus adire, quia qui sua interesse dicit, ne adeat, puta ut confusione non amittat quod sibi defunctus debuit, vel ut non amittat legatum, quod ei, si heres non esset, defunctus à coherede reliquit, sane hoc casu non cogitur adire, nisi ei primum à fideicommissario sarciatur damnum, vel lucrum, damnum quod facit adeundo, vel lucrum, quod amittit adeundo, *l. 1. §. 1. hoc tit.* At cum hoc non allegaret creditor, idemque heres coactus est adire, & restituere filiæ hereditatem totam, aut hereditatis suæ partem totam. Quæritur, an post aditionem, C & restitutionem ita factam, possit exequi jus pignoris, quod habuit, an possit pignus retinere, si id possideat, nec possit ei auferri à fideicommissario: vel an possit persequi pignus actione hypothecaria, si id non possideat possessionis obtinendæ gratia: an possit, ut suum consequatur, id venale proscribere, & vendere, vel non invento emptore, an possit à principe desiderare, ut fieri assolet, ut sibi permittatur pignus jure dominii possidere, ut *leg. eleganter. de pign. act. & l. si is, qui aliena, §. ult. de adq. rer. dom. & in tit. C. de jur. dom. impetr.* Et respondet Paulus, aditione hereditatis sublatam quidem esse obligationem personalem, nec redintegrari posse, aut restitui: pignoris tamen obligationem non esse sublatam, ideoque creditori competere pignoris retentionem, & persecutionem, & executionem: puta pignus ab eo distrahi posse, aut non D invento emptore, pignus ei à principe jure dominii addici posse. Neque vero potest dici pignus sublatum esse adquisitione dominii, puta aditione hereditatis, in qua fuit pignus: quia pignus non abscedit dominio debitoris, non potest hoc dici, etiamsi videatur posse dici, quod pignus rei suæ non consistat, *l. pen. §. ult. de except. rei jud. l. neque pignus, de reg. jur.* Verum dici id non potest, quia facta restitutione hereditatis, pignoris desiit esse dominus, & pro eo est, ac si nunquam ejus dominus fuisset, *l. 139. §. ult. de regul. jur. l. non quocunque, de leg. 1.* Etiam post restitutionem id habere incipit, non ut dominus, sed ut creditor jure suo pristino, & ideo quasi salvo jure pignoris, si id possideat creditor, idemque heres, ut ait (in Florentinis hoc loco abundat vox *actor*, quum legunt *creditor actor*, quia legendum est *creditor*, *idemque heres*, E circumscripta voce illa *Actor*, quia nec possessor pignoris potest esse actor, id est, non potest agere hypothecaria: & abest quoque ea vox ab omnibus aliis libris) creditor igitur, idemque heres, quasi salvo jure pignoris, si possideat, ejus retentionem habet, nec potest à fideicommissario conveniri actione pignoratitia, ut pignus restituat, quasi soluta pecunia: quia etsi actio pignoratitia soluta pecunia debitori detur, & hoc casu confusio solutionem imitetur, tamen ea actio pignoratitia, non fuit actio hereditaria, id est, non cœpit à defuncto, non competiit defuncto: ergo nec fideicommissario competit, quia ad fideicommissarium ex Senatusconsulto Trebelliano restituta hereditate transeunt tantum hereditariæ actiones, quæ cœ-

A perunt à defuncto, *l. postulante*, *§. sed & in hujusmodi, de usur. & l. prox. §. qui post, hoc tit.* Unde hoc loco videtur esse legendum, *quia hereditaria non est actio*, ut sit sensus, *ideo fideicommissarium non posse agere pignoratitia directa, quod ea actio non sit hereditaria*. Nam ut mox reddit rationem, cur etiam non possit fideicommissarius agere actione fideicommissi, par est, ut & hoc loco reddat rationem, cur fideicommissarius non possit agere actione pignoratitia. Non potest autem (ut subjicit) creditor, idemque heres debitoris etiam à fideicommissario conveniri actione fideicommissi, quasi minus ex hereditata restituerit, cum non restituerit rem pignoratam, quæ fuit in hereditate debitoris. Nec hac quidem actione conveniri potest, quia, ut ait, eam rem possidet ut creditor jure pignoris, non ut heres jure hereditario, & id tantum fideicommissario B restituere tenetur, quod possidet jure hereditario. Si non esset ei ea res pignorata, & ei minus restituisset, eo nomine teneretur actione de fideicommisso, *l. hujusmodi, §. heres, de leg. 1.* At quia ei res pignorata est, eam retinebit jure pignoris, nec ulla ratione ei à fideicommissario poterit auferri. Denique si eam possidet, ejus plenam retentionem habet. Quod si creditor ipse, idemque heres pignus non possideat, sed fideicommissarius, aut filia fideicommissaria, hoc casu competit etiam creditori, eidemque heredi in fideicommissarium actio Serviana, id est, quasi Serviana, sive persecutio pignoris, quæ formula hypothecaria dicitur, quia cum revera ei soluta pecunia non sit, sane nec hypotheca, sive pignus liberatum esse intelligitur. Manet ergo pignus, quia revera soluta pecunia non est, & consequenter propter pignus (ut initio C dixi) manet naturalis obligatio, adeo ut si ultro ei fideicommissarius pecuniam solverit, eam condicere non possit, quia eam natura debuit. Pignoris enim causa conservat causam naturalis obligationis, *l. cum quis*, *§. ult. de solut.* Denique in specie proposita aditione hereditatis obligatio civilis tollitur: obligatio autem naturalis manet propter pignus, quæ non maneret, si nullum pignus esset, sed confunderetur etiam aditione. Nam & ita hac comparatione recte Paulus utitur, ne cuiquam hoc videatur novum. Ita, inquam, amissa actione per exceptionem qualemcumque, etiam per exceptionem pacti conventi, vel doli mali, vel Senatusc. Vell. per quas tamen exceptiones alias tollitur etiam obligatio naturalis, *l. qui exceptionem, de condict. indebit.* si tamen pignus interveniat, propter pignus naturalis obligatio conservatur, nec D infirmatur per exceptionem. Et in hanc rem hic locus valde singularis est. Loquitur enim generaliter de qualicunque exceptione. Et ita est igitur accipiendum, sive quæ expungat, sive quæ non expungat naturalem obligationem: nam quæ exceptio alias expungit naturalem obligationem, existente pignore, eam non expungit. Summa hujus rei definitio hæc est: sublata obligatione personali manere realem, id est, pignoratitiam, sicut & in specie *l. 1. & 2. C. de luit. pign.* & in specie *l. servum, quem, de pignoribus*: manere, inquam, pignoratitiam, & consequenter propter pignoratitiam, manere quoque naturalem obligationem. Nec obstat regula juris: Cum principalis causa non subsistit, plerunque ne ea quidem, quæ sequuntur locum habent. Dices, principalis causa, principalis obligatio sublata est confusione, ergo pignoratitia E locum non habet, quæ est sequela principalis. Respondeo, eam regulam esse accommodandam ad obligationem tantum principalem, quæ ab initio non consistit, cujus nec sequela, puta pignus, consistit: non autem est accommodanda ad obligationem principalem, quæ cum initio constitisset, postea sublata est: nam non ideo & ejus sequela sublata est. Nihil etiam obstat *lex eos, Cod. de usur.* quam adducit Accursius, & si quæ sunt aliæ similes, quibus dicatur, sublata obligatione principali, tolli etiam usurarum obligationem, quia usuraria obligatio est personalis obligatio, non realis, & nos solam realem manere dicimus. Omnem autem in personam actionem confusione tolli, etiam usurarum obligationem, aut accessionum obligationem, veluti fidejusso-

ris,

ris, aut mandatoris, *d. l. Granius*. Et hæc quidem omnia ita se habent, si creditor, idemque heres coactus hereditatem adierit, & restituerit fideicommissario, præterita, aut omissa ratione, vel detractione ejus, quod sibi defunctus debuit. Quo casu confunditur actio personalis, & extinguitur, & quartæ detractionem etiam amittit, quam detraheret, si sua sponte adiisset hereditatem suo periculo, & coactus eam non adiit suo periculo, sed periculo fideicommissarii, *l. 4. sup. hoc tit.* Nunc videamus, quid sit dicendum (quæ est posterior pars hujus prioris quæstionis) si res sit integra, id est, si creditor, idemque heres nondum adierit hereditatem. Et tunc eleganter Paulus docet, ei esse integrum, & liberum inducere rationem ejus, quod sibi defunctus debuit, ut scilicet non ante cogatur adire, quam exsoluta ei sit pecunia, quam ei defunctus debuit, aut ei satis cautum eo nomine, de indemnitate scilicet, vel de ea pecunia ei solvenda post aditionem & restitutionem. Et sane, si hoc desideret, æquissimum est ei consuli solutione, vel cautione, ut indemnis damno servetur. Neque mirum est, si eum indemnem damno servari dicamus, cum etsi de lucro agat, id ei servari oporteat. Et hoc loco legendum, cum de lucro agit, ut in *l. si mulieri solvero, ad Vellejan. Si mulier de lucro agat*, male Florentiæ hoc loco, *cum de lucro assit*, quod secundum scripturam Florentinam est *absit*, nam scribunt assuisse, pro absuisse, & *assit*, pro *absit*. Ne legamus *assit*, vel ut alii habent *absit*, sed *agit*, nihil est evidentius. Cui autem lucrum servatur, & multo magis debet is damno servari indemnis (Et ita argumentatur Paulus hoc loco) Servatur autem ei lucrum, ut puta si ab eodem testatore legatum ei relictum sit sub conditione, si heres non extitisset. Et ita in fine hujus legis responsum esse Paulus ait. Responsum autem ita est à Juliano in *l. ita tamen, §. si præceptis, sup. h. t.* ut & Ulpiano in *l. 11. hoc t.* Neque vero hoc casu, quo proponitur legatum ei relictum, si heres non extitisset, non potest dici ex tacita voluntate defuncti, quia dixit, *heres esto, vel si heres non erit, legatum illud capito:* non potest, inquam, dici ex ea voluntate defuncti in ejus arbitrio esse adire, vel repudiare hereditatem, nec posse eum à fideicommissario compelli, ut adeat, & restituat, quia ut concludit in fine hujus l. cum testator alterutrum ei dederit, puta, ut adiret hereditatem, & restitueret, vel ut repudiaret hereditatem, & caperet legatum: quod arbitrium jure heredi a testatore dari hic locus ostendit. Cum, inquam, testator alterutrum ei dederit, nos, inquit Paulus, utrumque ei præstamus. Quæ verba sane obscura, ut redigas ad facilitatem, ponere debes, quod & Julianus ponit in *d. §. si præcepus*, eum fuisse ex parte heredem scriptum, non ex asse, & legatum ei relictum à coherede sub conditione, si heres non esset. Alioqui si heres esset ex asse, legatum ei relictum prorsus inutile esset. Legatum ergo ei à coherede relictum est sub conditione, *si heres non esset*, quod tamen si coactus adierit hereditatem, ei heres præstare non tenetur, quia defecit conditio legati. Aditione enim etiam coactus factus est heres, *d. l. 11.* Sed tamen æquum est, ut quantitas legati, quod adeundo amissurus est, ei à fideicommissario præstetur, & prærogetur, antequam adire cogatur: Atque ita ratione quadam æquitatis fit, ut quem testator alterutrum habere voluerit, is habeat utrumque, id est, hereditatem habeat, & legatum capiat, non quidem à coherede, ut testator voluit, quia aditione defecit conditio legati, sed à fideicommissario, quo postulante, & urgente adiit, ne coacta aditio (quod est æquissimum) ei lucrum, quod sperabat, intercipiat. Unde postremo (ut jam ante dixi) ita argumentatur: quod si non potest coacta aditio heredi lucrum intercipere, puta legatum: ergo nec damnum ei adferre potest pecuniæ suæ, id est, sibi à defuncto debitæ, sed prærogari eam oportet, aut prænumerari, vel de ea caveri re integra, priusquam adire cogatur, & restituere hereditatem. Et ita hæc quæstio omnis explicata est.

AD *§. Ea, quæ*. Species hujus §. est ejusmodi: mulier in danda dote pacta est cum marito, ut si se maritus vita superaret, id est, si ipsa moreretur in matrimonio superstite marito, & matre, dotis partem dimidiam maritus matri restitueret, & huic pacto subjecit stipulationem conceptam in personam matris; mater autem eo nomine nullam stipulationem interposuit: mater non est stipulata dotis partem sibi reddi mortua filia in matrimonio. Itaque filia pacta tantum est, & stipulata matri absenti in eum casum, partem dotis reddi, quæ conventio est inutilis, & inanis, quia alteri paciscimur, & stipulamur inutiliter, *l. quo tutela, §. ult. de reg. jur. l. stipulatio ista, §. alteri, de verb. obl.* Etiam matri paciscimur inutiliter, *l. inter, §. pen. de pact. dotal.* At moriens filia matrem, & maritum suum heredes scripsit, & matrem rogavit, ut hereditatem, id est, portionem suam L. Titio restitueret sub conditione aliqua, vel ex die aliquo certo. Post mortem ejus inter matrem, & maritum, inter socrum, & generum sumptus est arbiter, vel judex familiæ erciscundæ: judex, inquit, addictus, hoc est, datus est de hereditate dividenda inter matrem, & maritum, qui quidem judex imperitia lapsus, quasi utile esset pactum factum matri, quod jure profecto est inutile, partem dotis matri pro parte adjudicavit, id est, pro parte hereditaria, ex qua mater heres scripta est. Glossa pessime pro *parte mariti coheredis*, quasi pro sua parte mater alteram dotis partem capiat jure hereditario, quod est prorsus vitiosum & falsum. Nam in matrimonio mortua uxore tota dos, quia inutile pactum est, jure præcipuo, & proprio, non jure hereditario remanet penes maritum, sive sit dos adventitia, sive profectitia, si modo pater non extet, neque veniat in divisionem uxoriæ hereditatis, *l. 23. sup. de evict. l. mulier, de cond. instit. l. cum pater, C. de jure dot.* Et Ulpianus aperte, quod nescierunt interpretes *lib. singul. regul. tit. de dotibus*. Quæritur autem hoc loco, an ex causa fideicommissi, mater eam partem dotis, quæ sibi pro parte hereditaria adjudicata est, L. Titio fideicommissario restituere teneatur? Et respondet non teneri: Optima ratione: quia hereditatem tantum L. Titio restituere rogata est, & pars illa dotis, non hereditati accepta fertur, sed errori, & imperitiæ judicis, qui eam quasi ex pacto debitam matri perperam adjudicavit: & mater quoque eam accepit, non ut heres, sed ut mater ex pacto. Multum autem interest, quo animo, quoque jure quid quis accipiat, vel habeat, ut & in priori quæstione hujus legis: Creditor pignoratitius adita hereditate debitoris, licet eadem opera adquisierit dominium pignoris, quod fuit debitoris, tamen restituta hereditate ex causa fideicommissi, jus pignoris salvum habet, quia id nunquam ipse sibi habuit ut dominus, sed ut creditor: nec fuit etiam, ut id sibi haberet ut dominus, qui mox dominium amissurus erat restituta hereditate, quia restitutio mutat dominium, *l. facta in princip. hoc tit.* Quod autem dixi, matri filiam pacisci inutiliter, ei forte objicies *l. Cajus, sol. matrim. & l. pater, C. de pact. convent. & l. Publia, depos.* ubi ex pacto, vel stipulatione dotis reddendæ, vel depositi reddendi filio, vel filiæ, nepoti, vel nepti, interposita à patre, vel matre, vel ab avo paterno, vel materno, liberis ex æquitate accommodatur utilis actio. Sed contra id objicies, aliud esse filiam pacisci matri, ut longe, in proposita specie, quod fit inutiliter, aliud patrem, vel matrem, vel avum pacisci filiis, vel nepoti, quod non fit prorsus inutiliter, quia liberis ex æquitate accommodatur utilis actio: hoc datur jure speciali summo affectui, atque enixæ benevolentiæ parentum erga liberos, ne liberi eorum beneficio, liberalitate, affectione propensissima defraudentur. Natura certe major est parentum affectio, quam liberorum. Parentes enim liberos diligunt quasi partem sui: filii autem patres, quod ab iis profecti, & procreati sint. Propior autem est genito genitor, quam genitus genitori. Et adjicit Arist. *Certius parentes scire qui sui liberi, quam liberos qui sint sui parentes.* Ac præterea, *antiquiorem esse amorem parentum, quam liberorum*, natos enim ex nobis statim amplectimur, & diligimus: nati autem non statim, sed procedente ætate, tempore, & consuetudine. Denique summis affectionibus parentum est cur plus juris tribuant auctores, quam filiis.

Ad L. LXXI. de Fidejussor. *Granius Antoninus pro Julio Pollione, & Julio Ruso pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei ejusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator extitit. Julii bona ad fiscum venerunt. Similiter & creditori fiscus successerat. Mandator allegabat, se liberatum jure confusionis: quia fiscus tam creditori, quam debitori successerat. Et quidem si unus debitor fuisses, non dubitabam, sicut fidejussorem, ita & mandatorem liberatum esse. Quamvis enim judicio convento principali debitore mandator non liberetur: tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis jure sublata obligatione, etiam mandator liberatur: vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duo rei promittendi sint, & alteri heres extitit creditor: justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta, confusa obligatione. Et puto aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam. Sed & accessiones ex ejus persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse: ut quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. Igitur alterum reum ejusdem pecuniæ non liberari: & per hoc nec fidejussorem, vel mandatorem ejus. Plane, quia is mandati judicio eligere potest, vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si cœperit conveniri. Cum altero autem reo, vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere. Quod si creditor fidejussori heres fuerit, vel fidejussor creditori, puto convenire, confusione obligationis non liberari reum.*

Ad §. Si ponamus, *unum ex reis promittendi pactum esse, ne à se peteretur, deinde mandatorem solvisse: mandati judicio conveniri potuit etiam eum, cum quo pactum est. Non enim pactum creditoris tollit alienam actionem.*

Ad §. Placet *mandatorem teneri, etiamsi fœneraturo creditori mandet pecuniam credere.*

GRanius, pro quo nomine ante Florent. editionem legebatur *Uranius*, ut P. Granina quidam. Codices habent in Bruto Ciceronis, ut *Granius Flaccus* apud Censorinum. Quæstio autem hujus legis est etiam de confusione obligationis. Species est hujusmodi: Quidam mandatu Granii pecuniam credidit Pollioni, & Ruso, ita ut essent duo rei ejusdem debiti, id est, ut singuli obligarentur in solidum, & in partem virilem. Postea Pollionis unius ex reis debendi bona confiscata sunt ex causa criminis cujusdam. Deinde confiscata etiam sunt bona creditoris, atque ita fiscus successit creditori, & debitori. Et facta ergo videtur confusio obligationis, non principalis tantum, qua Pollio tenebatur, sed etiam mandatoris, qua Granius tenebatur obstrictus. Et sane, si unus tantum fuisset debitor, confusione hujusmodi liberaretur, non debitor tantum, sed & mandator, & fidejussor, *l. 2. de solut.* Quia etsi electo, sive judicio convento principali debitore, non continuo mandator, aut fidejussor liberatur, antequam pecunia persoluta sit, *l. 13. hoc tit.* confusa tamen obligatione debitoris, consequens est, mandatorem quoque ejus, vel fidejussorem liberari, non tam, quia confusio solutionem imitatur, quam quod natura non patitur, ut quia pro fisco, & apud fiscum obligatus sit ex causa mandati, vel fidejussionis, ut in *l. heres, §. quod si stipulator, & l. si quis pro eo, §. 1. hoc tit. l. tutor, ad Vellejan. l. qui hominem, §. quidam. de sol.* quia res in eam causam deducta est, à qua nec incipere poterat: neque enim potuit initio idem esse creditor, & debitor, *l. pro parte, de servit. l. existimo, de verb. oblig.* Et ita quidem, ut dixi, res se habet, si unus tantum esset debitor. At quia in specie proposita duo sunt rei debendi, Pollio, & Rusus, & Pollionis confusa obligatio est publicatione bonorum ejus, non etiam obligatio Rufi, dicimus propter Rufum, mandatorem ipso jure obligatum manere, neque enim per omnia confusio solutioni comparatur. Solutio facta ab uno liberaret utrumque reum debendi, & accessiones, sive intercessores omnes: confusio liberat tantum personam ejus debitoris, cui creditor successit, & ex persona ejus mandatorem, vel fidejussorem. At non liberat etiam alterum correum, puta Rufum, neque ex Rufi persona mandatorem, proinde Rufus tenetur in solidum, si non fuerint socii Pollio, & Rufus: vel tenetur in partem virilem tantum, si socii fuerint, quia communis obligatio pro parte confusione sublata est. Mandator autem ex persona Rufi, licet ipso jure non liberetur, tamen (ut rectissime docet) liberatur per exceptionem doli mali, si fiscus ab eo petat, ut creditor, quia quod ei solverit, id mox à fisco ut debitore repetere potest actione mandati, & dolo malo facit, qui petit, quod redditurus est, *l. dolo, de doli except.* Quod & Quintil. ait, Declamat. 273. *idem ei reus, à quo sui repetiturus, si quid tanquam sponsor solvissem.* Ad hæc notandum, & in aliis plerisque caussis confusionem non sequi jus solutionis, ut in priore quæstione *l. debitor*, quam sup. exposuimus, & *l. cum quis, §. ult. de solut.* nam solutio liberat pignora: confusio non item. Et quod ait *lex in omnibus, de solut.* in omnibus speciebus liberationum etiam hypothecas, & pignora liberari, id falsum est in confusione. Non sequitur etiam confusio jus solutionis in specie proposita in hac l. illo loco, *Quod si creditor, &c.* Solutio fidejussoris, vel mandatoris, id est, si fidejussor solverit creditori, vel mandator, liberat debitorem, nihil est evidentius. Confusio, ut puta, *si creditor fidejussori*, vel contra, *fidejussor creditori heres extiterit*, fidejussor solus liberatur, non debitor, ut *d. l. in omnibus, & l. heres, §. ult. hoc tit.* Cætera, quæ sunt in hac leg. non sunt de confusione, & sunt satis aperta. In *§. si ponamus*, uno ex reis debendi paciscente cum creditore, ne à se pecunia petatur, quod pactum personale est proculdubio, & postea mandatore solvente creditori, hoc casu, id quod mandator solverit creditori, actione mandati repetere potest, non tantum ab eo, qui pactus non est, sed & ab eo, qui pactus est, ne à se creditor peteret, quia solutione mandator utrumque liberavit: & pactum, quod cum creditore correus habuit, non potuit tollere alienam obligationem, puta obligationem mandatoris, sed suam tantum, per exceptionem pacti scilicet, quia nec sua ipso jure pacto tollitur. Postremo videamus, quid sit, quod ait: *Placet mandatorem teneri etiam si, &c.* quid hoc sibi vult? an mandatum posse præcedere obligationem, quod est certo certius, vel posse sequi, ut in *l. si vero non remunerandi, §. si post, & l. si præcedente, §. Lucius, mand.* sicut & fidejussio præcedere, aut sequi potest obligationem principalem, *l. 6. §. ult. hoc tit. §. si fidejussor, Instit. de fidejuss.* An igitur in fine hujus l. hoc significat, mandatum posse præcedere principalem obligationem, & mandatorem accipi posse ante creditam pecuniam debitori principali futuro? minime. Hoc non vult Paulus sed Pauli sententia hæc est: credendi verbo etiam fœnus significari, & ideo eum, qui mandavit creditori pecuniam credere, teneri etiamsi creditor eam fœneraverit, non simpliciter crediderit.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. V. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLIII. de Pactis. *In emptionibus scimus quid præstare debitor debeat, quidque ex contrario emptor. Quod si in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id servari debebit.*

INITIUM huic Libro V. dabit *l. 43. de pactis.* Cui adjungam etiam *l. 6. de hered. vel act. vend. & l. 7. de rescind. vend.* In l. 43. Florentini ita scriptum habent perperam, *in emptionibus scimus quid præstare debitor debeat*: vulgo rectius, *quid præstare venditor debeat*, ut & in Basilicis, *ἔξεστιν ἀπὸ συμφώνου μειοῦν τὰ παρὰ τοῦ πράτου, ἢ τοῦ ἀγοραστοῦ ὀφείλοντα γενέσθαι*: id est, *licet pacto imminuere, & immutare ea, quæ à venditore, vel emptore præstari debent.* Scimus, inquit, id est, compertum, & exploratum no-

nobis est, in emptionibus quid jure venditur conventus A actione ex empto, vel quid emptor conventus actione ex vendito præstare debeat, sed id pacto imminui, & immutari potest: ut si pacificantur inter se emptor, & venditor, ne venditor caveat, aut teneatur de evictione, *l.pacta, de contrah. empt.* vel ne conveniatur actione redhibitoria, aut quanti minoris, *l.pacisci, hoc tit.* vel ut emptori remittatur pars pretii, de quo initio conventum est, *l.emptor, in princip. hoc tit.* vel ut emptori non præstentur dolia in horreo vendito defossa: vel ne præstentur lapidicinæ, quæ sunt in fundo vendito, quæ alioquin sequerentur emptorem, *l.dolia, l.in venditione, de contrah. empt.* Scimus, inquit, jure quid debeat præstare venditor, quid emptor vicissim, sed si quid in contrahendo exceptum fuerit pacto convento, ex his, quæ jure empti, & venditi continentur, id servari debet. Ulpianus in *l.contractus, de reg. jur.* Id servatur, inquit, B quod ab initio convenit: legem enim contractui dedit, si quid, inquit, exceptum fuerit. Qua ratione fortasse hæc pacta etiam dicuntur exceptiones in *l.jurisgentium, §. adeo, sup. hoc tit.* Ut autem in Florentinis hoc loco perperam scriptum est, *Debitor*, pro *Venditor*, ita contraria ratione in *l.si quis dolo, §.1. de re jud. Venditor*, pro *Debitor*. Similiter male in Florent. *l.18. de furtis, cum debitore*, & vulgo rectius, *cum emptore*, ut in Basil. μὴ τῷ ἀγοράζοντι, &c.

Ad L.VI. de Hered. vel act. vend. *Emptori nominis etiam pignoris persecutio præstari debet: ejus quoque, quod postea venditor accepit: nam beneficium venditoris prodest emptori.*

CONjungenda nobis hæc lex est cum superiore, & ex ea, aut occasione ejus potest apponi exemplum ad C leg. 43. & ambæ conjungi hoc modo: *Venditor nominis*, id est, crediti, cautionis, obligationis, actionis, si fuerit creditor pigneratitius, debet emptori cedere, & præstare non tantum principalem obligationem, sed & hypothecariam, id est, persecutionem pignoris: & non tantum pignoris accepti ante venditionem, sed & ejus quod post venditionem accepit, antequam emptori ullam cederet actionem: nam beneficium venditoris prodesse debet emptori: quæ est sententia legis 6. Ideoque etsi mandatorem, vel fidejussorem venditor à debitore, cujus nomen vendiderit, acceperit, actionem mandati, vel ex stipulatu adversus mandatorem, vel fidejussorem, cedere debet emptori. Verum hoc ita accipiendum est, nisi aliud actum sit, *l.venditor actionis, inf. hoc tit.* Nam ut ait lex 43. si quid in emptionibus exceptum fuerit, id servari oportet. Et ita venditor nominis D præstat debitorem esse eum, cujus nomen vendidit: sed non debet præstare idoneum esse, & locupletem debitorem, nisi id actum sit, *l. 4. hoc tit.* Præstare tantum debet esse debitorem, & quidem nulla exceptione suffultum esse, nisi aliud in contrarium actum sit, *l.5. hoc tit.* quia in emptionibus quod excipitur, omnimodo servatur. Et nihil est præterea in hac *l.6.*

Ad L.VII. de Rescind. vend. *Si id, quod pure emi, sub conditione rursus emam, nihil agitur posteriore emptione.*

Ad §. Si pupilli *persona intervenit, qui ante sine tutoris auctoritate, deinde tutore auctore emit, quamvis venditor jam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non tenebatur, renovata venditio efficit, ut invicem obligati sint. Quod si ante tutoris* E *auctoritas intervenit, deinde sine tutore auctore emit, nihil actum est posteriore emptione. Idem potest quæri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emptione: an proinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo, retentiones competant. Sed nec illud sine ratione dicetur: quoniam initio recte emptio sit contracta, vix bonæ fidei convenire, eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, & maxime, si justo errore sit deceptus.*

SEquitur *l.7. de rescind. vend.* Si quod pure emi, rursus emam sub conditione eodem pretio, non majore, vel minore, ut recte Odofredus addit (alioqui renovata emptio esset, *l.pacta, de contrah. empt.*) ait Paulus initio hujus legis, nullam esse posteriorem emptionem, quæ est conditionalis: nec à priore, quæ pura est, recessum videri: à priore, quæ perfecta est, recessum non videri per imperfectam, qualis est conditionalis, *l.necessario, inf. de per. & comm. rei vend.* Itaque sive defecerit conditio posterioris emptionis, prior emptio manet integra: sive extiterit conditio posterioris emptionis, ea sane nihil prodest, nihil immutasse, vel adjecisse intelligitur. Et ita, si te pure heredem instituero, deinde sub conditione te eundem instituam, nihil valet sequens institutio, quia prior satis fuit plena, *l.si te solum, §.1. de hered. inst.* quam miror nullum interpretem adducere in hanc rem. At ex diverso, si quid emi sub conditione, rursus eodem pretio emam pure, credo Paulum subscripsisse, posteriorem emptionem esse potiorem, & priorem infirmari: sicut si quem sub conditione heredem feci, deinde faciam heredem pure, verum est posteriorem institutionem esse potiorem, quia est hæc plenior, quam prior, *l.67. de hered. instit.* Et ita congruenter, & convenienter subjicit Paulus in hac l. si quod pupillus emit tutore auctore, rursus emat sine tutoris auctoritate, nihil agi posteriore emptione. Contra, si quod pupillus emit sine tutoris auctoritate, deinde emat tutore auctore, posteriorem emptionem valere, quia plenior est: obligat enim utrumque venditorem, & pupillum. Prior emptio claudebat, quia ex uno tantum latere consistebat: Nam qui vendidit pupillo sine tutoris auctoritate, obligat se pupillo, pupillum autem sibi non obligat, atque ita venditio claudet, *l.Julianus, §. si quis à pupillo, de act. emp. l.1. hoc tit.* Pupillus scilicet habet actionem ex empto, ut res vendita ei præstetur, venditor non habet actionem de pretio ex vendito, non habet actionem pretii. Sed pupillo agente ex empto, & petente sibi tradi rem venditam, sane venditor habet retentionem rei venditæ, veluti jure quodam pignoris, quoad pretium offeratur, *l.Julian. §. offerri, de act. empt. l.quod si nolit, §. Marcellus, de ædil. ed.* Et hoc est, quod infra ait Paulus, pupillum non teneri ex vendito: sed pupillo agente venditori retentionem competere, id est, venditorem pretium servare non posse actione, sed retentione rei tantum, qui locus est valde singularis. At finge, pupillus emit tutore auctore, rite contracta emptio est, deinde re integra sine tutoris auctoritate pactus est cum venditore, ut discederetur ab emptione. Quæro, utrum consistat prior emptio, quæ recte contracta est tutore auctore, nec resoluta intelligatur contrario consensu, an vero perinde sit, atque si ab initio rem pupillus emisset sine tutoris auctoritate, ut scilicet ipse pupillus liberetur obligatione empti, & venditi, non etiam venditor, ut *l.1. hoc tit.* vel quod idem est, ut venditor non habeat adversus pupillum actionem pretii, sed agente pupillo habeat tantum retentionem rei, quoad ei pretium solvatur, ut exposui paulo ante. Et respondet hic Paulus, melius esse, ut dicamus, non resolvi emptionem initio recte contractam, quia bonæ fidei non convenit, ut stetur posteriori pacto, ut servetur posterius pactum, quod pupillus fecit cum venditore, sine tutoris auctoritate in fraudem venditoris, id est, ut ait, quod venditori captiosum est, quod venditori fraudi est, & maxime quod omnino exigitur. Alioqui servatur pactum, & resolvitur venditio, sed non maxime, si venditor justo errore deceptus ita pepigerit, ut puta eum puberem cum esse existimaret. Hoc igitur casu, uterque obligatur ex pristina emptione, & venditione jure perfecta, nec statur pacto posteriori facto sine tutoris auctoritate, si venditor justo errore deceptus fuerit: alioqui resolvitur emptio, & venditio, si nullus error venditoris fuerit.

Ad L.IX. de Serv. export. *Titius servum vendidit ea lege, ut si Romæ moratus esset, manus injicere liceret. Emptor alii eadem lege vendidit: Servus fugit à secundo emptore, & Romæ moratur: Quæro an sit manus injectio, & cui? Respondi, in fugitivo non est dubitandum, nihil contra legem factum videri, quia nec domino auferre se potest, nec qui in fuga est, ibi moratur. Quod si ex voluntate secundi emptoris contra legem moratus sit, potior habendus est, qui auctor fuit legis:*

Et posterior, magis admonendi emptoris, & liberandi se, eandem legem repetierit: nec poterit aliquo modo auferre legem sui venditoris, cujus conditio extitit: Nam & si pœnam promisisset, tenetur: licet ipse quoque stipulatus esset. Sed in pœna promissa duæ actiones sunt: manus autem injectio in servum competit. Quod si prior ita vendidit, ut prostituta libera esset: posterior, ut manus injicere liceret, potior est libertas, quam manus injectio. Plane si prior lex manus habeat injectionem, posterior libertatem, favorabilius dicetur liberam fore: quoniam utraque conditio pro mancipio additur. Et sicut manus injectio, ita libertas eximit eam injuriam.

Ad L. IX. Qui sine manum. ad libert. perven. *Latinus Largus vendidit ancillam ita, ut manumitteretur, non addito tempore. Quæro, quando ex constitutione incipit ei libertas competere, cessante emptore in manumittendo? Respondi: inspiciendum est, quid actum sit, utrum, cum primum potuisset, ut manumitteret: an ut in potestate esset emptoris, quando vellet manumittere. Priore casu facile tempus deprehendi poterit. Posteriore utique moriente emptore competit libertas. Si non appareat quid convenerit: favor priorem inducet opinionem: id est, ut intra duos menses, si ambo præsto sunt, tam servus, quam emptor ejus: Servo enim absente, nisi emptor intra quatuor menses imposuerit libertatem, ex constitutionibus ad libertatem eripitur.*

Species hæc est: Quidam civis Romanus servum vendidit ea lege, ne Romæ moraretur: vel propter suam securitatem, quia sibi ab eo servo timeret, ne quod is sibi crearet periculum, *l. 1. hic*, vel quia oculi sui conspectum ejus servi ferre non poterant: vel qua alia ratione, & huic pacto addidit denunciationem, ut si is servus Romæ moraretur, sibi liceret manum injicere, & eum abducere quasi servum suum sine judicis auctoritate. Post emptor eundem servum alii eadem lege vendidit, ut si Romæ moraretur, voluntate emptoris sibi liceret in eum manum injicere: deinde servus fugit à secundo emptore, & Romæ moratur. Quæritur an competat manus injectio, aut cui competat, priori, an posteriori venditori? Et respondet Paulus, in fugitivo servo manus injectioni locum non esse, quia nihil factum videtur contra legem venditionis, contra pactum venditioni insertum. Ideo autem nihil contra legem venditionis supradictam factum videri, quia, inquit, servus nec domino se auferre potest, nec qui in fuga est, ibi moratur: Utitur ἐνστάσει, & ἀντιπεριστάσει: ἐνστάσει, quia servus, inquit, domino se subducere, & auferre non potest: vel (ut dicam apertius) servus dominum possessionem sui privare non potest per fugam, sive dominium subvertere non potest possessione sui, *l. Pomponius, in princ. l. rem, quæ, de adquir. possess. l. ult. §. servus, de public. & vectigal. l. non solum, §. si rem, de usurp. & usucap.* ἀντιπεριστάσει, quia, inquit, etiam si se domino auferre posset, tamen qui est in fuga, ibi non moratur, ubi agitat fugam, ut in *l. servus, de leg. 3.* Hæc enim sunt contraria morari, & esse in fuga, stare, & fugere, aut currere. Ergo nihil factum videtur contra legem venditionis, quia Romæ non intelligitur morari, qui Romæ fugam agit, nec certam sedem fixit Romæ. Ex quo efficit Albericus, hoc loco, exsulem, cui interdictum est civitate sub pœna gravissima, si in civitate moraretur, non incidere in pœnam, si transeat civitatem, aut in ea diversetur, quod æquissimum est. Paulus autem ex eo efficit, in specie proposita, manus injectionis locum non esse, si servus fugerit à secundo emptore, quia cum quis in locum fugit, ibi morari non videtur: fugitivi, aut erronis nullæ sunt sedes certæ, & si voluntate secundi emptoris, hoc est, citra fugam Romæ moretur, tametsi manus injectioni locus sit hoc casu, tamen ea non competeret primo emptori, eidemque secundo venditori, sed primo venditori tantum, qui auctor est legis supradictæ, etiamsi postea servus cucurrerit per plures dominos, & emptores, ut in *l. si quis sub hoc pacto, de contrah. empt.* Secundus venditor non est ejus legis conventionis auctor, quia ipse in vendendo eam legem repetiit magis admonendi secundi emptoris, & se liberandi gratia, & exonerandi, quam quod nollet & ipsum servum Romæ morari. Et ideo non potest esse potior suo venditore in ea lege exercenda in manu injicienda: non potest præripere, vel auferre legem suo venditori, cujus conditio jam exstitit. Idque comprobat, ducta similitudine à stipulatione pœnæ: nam si primus venditor non excepisset manus injectionem, sed stipulatus esset pœnam sub eadem conditione, si servus Romæ moraretur voluntate emptoris, ac deinde emptor eundem alii sub eadem lege, & pœna vendidisset, voluntate secundi emptoris, servo Romæ morante, primo venditori adversus suum emptorem pœnæ petitio ex stipulatu competeret. Ergo & in proposita specie primo venditori competit manus injectio. & in eo jure præferetur secundo. Sed aliquid interest inter hæc duo, utrum primus emptor stipulatus sit pœnam, si servus Romæ moraretur, an sibi exceperit manus injectionem: nam priore casu si stipulatus sit sibi pœnam, non tantum primo venditori, sed etiam secundo venditori adversus eum, qui sub eadem lege, & pœna servum vendidit, competeret pœnæ petitio, atque duæ essent actiones pœnales. Una, primo venditori in secundum: altera, secundo venditori in suum emptorem, cujus voluntate servus Romæ moratur. Ergo hac re distat pœnæ exceptio ab hac exceptione manus injectionis, quia manus injectio competit tantum primo venditori: pœnæ persecutio utrique adversus suum emptorem. Et ratio differentiæ hæc est, quia secundus venditor etiam sibi pœnam stipulatus est; manus autem injectionem sibi non recepit, sed quæ suo auctori competeret, quave lege obstrictus esset suo auctori, eadem obstrinxit suum emptorem. Et hæc sunt, quæ pertinent ad priorem partem hujus legis. Sequitur alia species in posteriori parte. Prior venditor ancillam vendidit ea lege, ut si prostitueretur ab emptore, protinus libera esset, emptor vero, idemque posterior venditor eandem ancillam ea lege vendidit, non ut libera fieret, sed ut manum injicere liceret, videlicet si prostitueretur: ea vero prostituta à secundo emptore: quæritur, an libertas, quam denuntiavit prior venditor, manus injectione potior sit, quam sibi recepit posterior venditor? Et respondet Paulus libertatem esse potiorem, nec manus injectioni locum esse si prostituta sit à secundo emptore. Idemque dicendum ait ex diverso, si prior lex prioris venditionis habuerit manus injectionem, posterior libertatem: nam & hoc casu libertas potior est, quamvis libertatis lex sequatur legem manus injectionis, non præcedat, sicut servo legato, eodemque in eodem testamento libero esse jusso, sive legatum, sive libertas præcedat. In obscura voluntate verius est potiorem esse libertatem, *l. 10. §. ult. de manum. test. l. 14. de leg. 2.* Et in proposito casu ratio respondendi secundum libertatem probabilis, & favorabilis hæc est, quia utraque lex, sive conditio libertatis, sive manus injectionis additur venditioni pro ancilla ipsa, ut vel per libertatem, vel per manus injectionem eximatur ab injuria prostitutionis, & favorabilius est eam eximi per libertatem, quam per manus injectionem. Recte Grammatici notant *manum injicere*, esse verbum juris: Est enim ex 12. tabul. illo loco: *Manus injectio esto, in jus ducito:* & alio loco. *Si calvitur, pedemve struit, manum endo jacito.* Sed in l. 12. tabul. eo sermone manus injectio significatur, quæ fit adversarii in jus ducendi, vel rapiendi gratia: alias manus injectio fit in dominum suum, servi vindicandi gratia, ut in priore parte hujus legis, cum venditor sibi excepit manus injectionem, si servus Romæ moraretur, ut *l. 1. C. si serv. export. ven.* In hac autem posteriori parte, manum injicere, est manum mancipio porrigere, ne prostituatur, vel ne prostitutum maneat, auxilii ferendi gratia, ut in *l. causam, §. 1. de manumiss.* manus injectio, inquit, plerunque auxilii ferendi gratia intervenit. Et hoc est, quod ait in fine. hujus leg. tam libertatem, quam manus injectionem eximere servam ab injuria, auxilium servæ ferre, vel pudicitiæ ejus. Arbitror autem cum hac lege esse conjungendam ex eodem libro, *l. ult. inf. qui sine manum. ad libertat. perv.* quia & ea lex est de legibus mancipiorum vendendorum. Duas jam habemus, unam, ne Romæ moretur, alteram, ne prostituatur: tertiam proponit,

d.l.

Digitized by Google

A *d. l. ult.* videlicet ut manumittatur. In vendendo scilicet mancipio convenit, ut manumittatur ab emptore, non addito tempore, intra quod manumittatur. Servus ea lege venditus, ut manumittatur intra certum tempus, transacto illo tempore, cessante emptore manumittere, ipso jure liber fit, ex constitut. D. Marci, & Commodi ad Aufidium Victorinum, cujus mentio fit in *l. ult. sup. tit. de serv. export.* & in aliis plerisque locis juris nostri. At quum non est adjectum certum tempus, sed dictum simpliciter ut manumittatur, cessante emptore in manumittendo, quæritur, quando ex ea constitutione servus perveniat ad libertatem? Et respondet Paulus inspiciendum esse quid actum sit inter contrahentes: nam si vel tacite actum sit, ut quum primum poterit, emptor servum manumittat, facile certum tempus definiri, & comprehendi
B potest, quod debuerit, & potuerit manumitti, ut *l. rogo, inf. quando dier leg. ced.* Ideoque etiam tempus constitutionibus definitum est huic rei, id est, explendæ manumissioni, datis emptori duobus mensibus, si ambo præsentes sint, servus, & emptor: vel quatuor mensibus, si servus absit, quo tempore transacto, ipso jure servus in libertatem eripitur. Sin autem actum sit, ut cum placeret, cum liceret empturi, cum volenti emptori liberum esset servum manumittere, ut manumitteretur, libertas differtur in tempus mortis emptoris, quia non intelligitur cessasse in manumittendo, cum in ejus potestatem rejecisse videatur venditor, quando vellet manumittere. In obscuro autem, quum non apparet quid actum sit inter emptorem, & venditorem, ait, sequendam esse priorem opinionem quasi favorabiliorem, ut scilicet si tantum temporis consum-
C ptum sit, ut potuerit, debueritque servus manumitti, puta duo, vel quatuor menses, servus secundum superiorem distinctionem, tum ipso jure liber fit, ex constitutione Marci, ut in *l. naturalis, §. at cum, de præsc. verb.* In obscura voluntate, quantum potest, favendum est libertati semper, ut in *l. pen. in fi. de serv. export. l. 20. l. 179. de reg. jur.*

Ad L. XLIII. De actionib. em. *Titius cum decederet, Sejæ Stichum, Pamphilum, Arescusam per fideicommissum reliquit, ejusque fideicommisit, ut omnes ad libertatem post annum perduceret: cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset, nec tamen heredem à sua petitione liberasset: heres eadem mancipia Sempronio vendidit, nulla commemoratione fideicommissæ libertatis facta: emptor, cum pluribus annis mancipia suprascripta sibi servissent, Arescusam manumisit, & cum cæte-*
D *ri quoque servi, cognita voluntate defuncti, fideicommissam libertatem petiissent, & heredem ad prætorem perduxissent: jussu prætoris ab herede sunt manumissi. Arescusa quoque nolle se emptorem patronum habere, responderat: cum emptor pretium à venditore empti judicio. Arescusæ quoque nomine repeteret: lectum est responsum Domitii Ulpiani, quo continebatur, Arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem à venditore consequi. Ego cum meminissem & Julianum in ea sententia esse, ut existimaret, post manumissionem quoque empti actionem durare: quæro, quæ sententia vera est. Illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris desiderabatur, ut sumptus, quos in unum ex his, quem erudierat fecerat, ei restituerentur. Item quære, Arescusa, quæ recusavit emptorem patronum habere, cu*
E *jus sit liberta constituta: an possit, vel legatariam, quæ non liberavit: vel heredem patronum habere: nam cæteri duo ab herede manumissi sunt? Respondi: Semper probavi Juliani sententiam, putantis, manumissione ex empto actionem eo modo non amitti. De sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit videndum est, nam empti judicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne, quod interest emptoris servum non evinci: plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum à venditore de tanta summa; veluti si ponas agitatorem postea factum, vel pantomimum, evictum esse eum, qui minimo veniit pretio: iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem.*

Ad L. XLV. eod. *Idque & Julianum agitasse Africanus refert:*
A *quod justum est: sicut minuitur præstatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur.*

Ad §. Illud *expeditius videbatur: si mihi alienam aream vendideris, & in eam ego ædificavero, atque ita eam dominus evincit: nam, quia possim petentem dominum, nisi impensam ædificiorum solvat, doli mali exceptione summovere: magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat: quod & in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur: ut dominus mercedes, & impensas præstare debeat. quod si emptor non possideat ædificium, vel servum, ex empto habebit actionem: in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.*

Ad §. supereſt *tertia deliberatio, cujus debet esse liberta Arescusa, quæ recusat emptorem: & non sine ratione dicetur, ejus debere effici libertam, à quo vendita est, id est, heredis:*
B *quia & ipse ex empto actione tenetur: sed hoc ita, si non Arescusa elegerit emptoris patronatum: tunc etenim & illius remanet liberta, & ille ex empto actionem non habet, quia nihil ejus interest, cum eam libertam habet.*

HÆ leges magnam affinitatem habent cum *leg. 70. de evict.* Propositio, sive species *leg. 43.* erit admodum perspicua, si initio constituamus, non tantum eos servos, quibus testamento directa libertas relicta est in diem, vel sub conditione, qui statuliberi dicuntur interim heredis esse pendente die, vel conditione, & alienari ab herede posse, sed alienari cum sua causa, id est, secum tracta spe & conditione libertatis; & similiter interim usucapi posse cum sua causa, itemque manumitti, salva tamen spe orci-
C norum libertorum, *l. 2. de statulib.* Nam si interim manumittantur ab herede, vel ab emptore, cui eos heres vendidit, non fiunt manumissoris liberti, sed existente postea conditione libertatis directæ, fiunt liberti Orcini ex testamento, sive ut Theophilus noster loquitur, *liberti Charonthei*, quia inviti non experiuntur graviora patronorum juga. Et hoc jus dico non tantum in statuliberis servari, sed etiam in iis, quibus ab herede, aut legatario, vel fideicommissario relinquitur non directa, sed fideicommissaria libertas in diem, vel sub conditione, qui proprie statuliberi non sunt, sed quasi statuliberi, in hoc maxime, ut non vendantur, non usucapiantur sine sua causa, non manumittantur item sine causa. Nam & manumissi ab emptore, cui heres rogatus iis præstare libertatem in diem, vel sub conditione, eos vendidit: manumissi, inquam, ab emptore, emptoris patronatum recusare, & heredis, vel legatarii, vel
D fideicommissarii, qui rogatus est, eligere possunt ex constitutionibus Adriani & Pii, *l. generaliter, §. ult. l. non tantum, §. si per fideicommissum, de fideicom. libert.* quarum constitutionem meminit etiam Paulus hoc loco. Et iidem non manumissi, plerumque optionem patroni habent, ut scilicet, vel ab herede manumittantur, aut legatario, vel fideicommiss. qui rogatus est, vel ab emptore, si interim venditi sint ab eo, qui rogatus est, idque prætore fideicommissario interveniente, & ad manumittendum compellente eum, quem elegerit. Hæc sunt certissima. Quibus præmissis, finge: *L.* Titius testator Sejam, cui tres servos, verbis fideicommissariis legaverat, Stichum, Pamphilum, & Arescusam, rogavit, ut eos servos post annum manumitteret. Seja fideicommissum noluit ad se pertinere, id est, repudiavit, nam nolle legatum ad se pertinere est repudia-
E re, *l. filium, l. in plurium, de acquir. hered.* & perperam hæc duo separant interpretes, ut nolle ad se hereditatem pertinere est repudiare hereditatem. Denique repudiare hereditatem, vel legatum in jure, id est, ad sellam prætoris, est constituere, & respondere se nolle heredem, vel legatarium, vel fideicommissarium esse: Seja igitur repudiavit fideicommissum, nec tamen heredem à petitione fideicommissi liberavit acceptilatione, vel pacto. Repudiatio vero sola (quod maxime notandum) non liberat heredem, quia cum herede ea res non geritur. Verum servi, qui repudiantur remanent apud heredem cum onere præstandæ fideicommissariæ libertatis. Postea vero heres eos servos, qui apud eum remanserant alii vendidit, nulla facta mentione libertatis fideicommissariæ, cujus causam secum

tra-

trahebant. Emptor ignarus fideicommissariæ libertatis, cum eos servos longo tempore possedisset & tenuisset, tandem Arescusam manumisit sua sponte, Stichum & Pamphilum retinuit in potestate. Cognita autem voluntate L. Titii, Arescusa respondit, se nolle emptorem, à quo manumissa erat, patronum habere, & respondit in jure, ut in *d.l. in plurium*, respondit nolle ad se hereditatem pertinere: respondit scilicet in jure, nam repudiatio fit in jure, *l. sicut C. de repud. hered.* recusatio quoque patroni fit in jure. Arescusa igitur repudiavit in jure patronatum emptoris, ejusdemque manumissoris. Cæteri autem servi Stichus & Pamphilus, rejecto etiam emptore, petierunt ab herede fideicommissariam libertatem & jussu prætoris fideicommissarii ab herede redempti, & manumissi sunt. Emptor agit ex empto cum herede, & pretium repetit, quod heredi numeravit pro Arescusa, eo quod libertam sibi Arescusam habere non licet, quæ recusat suum patronatum. Inde oriuntur quæstiones, & deliberationes tres, quæ sunt agitatæ ex utraque parte in auditorio principis, vel præfecti prætorio, qui vice principis judicat, ut ista verba demonstrant in hac lege, *in eadem cognitione*. Cognitio enim per eminentiam dicitur pro cognitione principis, ut apud Svetonium in Claudio, rem cognitionis esse, non juris ordinarii. Prima quæstio hæc est, an recte in heredem, eundemque venditorem emptor agat ex empto, & Arescusæ quoque nomine, quam sponte sua manumisit, pretium repetat, quod pro ea heredi numeravit, Arescusa nimirum illum patronum habere recusante, ut ei permittunt constitutiones Adriani & Pii: ne duriorem patronum experiatur, quam testator voluerit: aut an Arescusæ quoque nomine emptor pretium repetat, bene quoque, quia ceterorum servorum pretium, jam consequutus est emptor ab herede, qui eos redemit, & qui eos revendit, ut *l. 15. de fideicom. libert.* Et ad hanc quæstionem primam, qui Paulum consulebat, referebat, lectum in auditorio fuisse responsum Ulpiani, scribentis post manumissionem Arescusæ, nihil posse emptorem, eundemque manumissorem voluntarium ab herede consequi actione ex empto. Cum autem idem consultor meminisset in alia sententia fuisse Julianum, rogabat Paulum utrius sententiam veriorem esse existimaret, Juliani, an Ulpiani? Cæterum legendum, ut in contextu Florent. *Ego cum meminissem*. ut similiter in *l. 5. de manum. vindic.* Ratio autem Ulpiani hæc erat, quia emptor Arescusam sua voluntate sponte sua manumisit, ac proinde amisit eam suo facto, & ideo videtur non posse agere nomine evictionis, quod eam libertam non habeat, ut in *l. 16. §. pen. & l. 25. inf. de evict. l. si hominem, inf. de ædil. edic.* Ratio Juliani hæc est, quia heres sciens emptori Arescusam vendidit, celata conditione fideicommissariæ libertatis. Ideoque vel plectendæ reticentiæ gratia, heres pretium quoque Arescusæ reddere debet emptori hoc nomine, quod emptor libertam eam non habeat, ut etiam est proditum in *l. 16. inf. de evict.* Et Juliani sententiæ, tanquam æquiori merito subscribit Paulus hoc loco, *semper*, inquit, *probavi Juliani sententiam, putantis manumissione actionem empti non amitti eo modo*, sic enim legendum, *eo modo*, id est, cum manumisit emptor ancillam, quam se libertam habiturum sperabat, nesciens ei deberi fideicommissariam libertatem, quod eam legem in vendendo celaverit heres. Et hæc est 1. quæstionis definitio. Secunda quæstio est, non jam de Arescusa, sed de Sticho, si aliquos sumptus fecerit emptor ad erudiendum Stichum, an eos actione ex empto ab herede repetere possit? Pretium Stichi jam consequutus est herede jussu prætoris coacto servum redimere, & ipso coacto revendere. Quidni? cum & manumittere eum cogatur, si ab eo servus manumitti malit, *d. l. generaliter, §. ult.* An igitur superest emptori horum sumptuum repetitio? Et huic quæstioni Paulus non respondet statim, sed de ea videndum, & deliberandum esse ait. Ac tentat primum superesse emptori horum sumptuum repetitionem, quia re evicta, quæ veniit ultra pretium, actio ex empto continet omne quod interest emptoris rem non evinci, omne quod venditorem dare facere oportet, ut est in formula ex fide bona. Idque ex hoc ipso Pauli libro

A etiam repetitur in *l. 70. inf. de evict.* Et sane sicut si deterior factus fuerit servus venditus apud emptorem, quum evincitur: nam eo tempore, quod notandum, spectatur quanti sit servus, qui evincitur emptori, sicut, inquam, si deterior factus sit servus venditus apud emptorem, sive depretiatus sit, eo minus emptor repetit actione ex empto, ut consequenter idem Paulus ait in *l. 45. hoc t.* si quid fundo vendito flumen abstulerit, quum evincitur, eo minus repetit, *d. l. 70.* eo minus repetit, actione ex empto scilicet. Nam ut Accursius distinguit recte, ex stipulatione duplæ, quæ strictior est, solidum repeti, licet evictionis tempore res minor, aut deterior facta sit, *l. ex mille, eod. tit. de evict.* Ita vero, si servus melior factus sit, & pretiosior quum evincitur, eo plus à venditore repetit emptor actione ex empto. Repetit ergo, ut videtur, sumptus eruditio-
B nis, & mercedem magistrorum, quorum doctrina servus melior & doctior factus est. Excipitur tantum unus casus, si in tantum servus factus sit pretiosior, ut immensum nunc plane sit ejus pretium, quod in vendendo venditori nunquam venerit in mentem, in tantum excrescere posse, ut si (quibus exemplis Paulus utitur) factus sit curulium circensium agitator insignis, vel pantomimus insignis, cujus in theatro paratissima sint signa in omnem significationem rerum & affectuum, hoc casu iniquum est, venditorem damnari in tam immensam quantitatem, maxime, si bonæ fidei debitor sit, nec idoneas facultates habeat ad solvendam tantam quantitatem. Nam & id, quod interest in actione ex empto, non æstimatur in infinitum, neque debet egredi duplum, ut si pretium emptionis fuerit decem, non debet excedere viginti, etsi hodie servi pretium exce-
C dat 40. quod ex Juliano Africanus scribit in *leg. sequenti*. Et ratio hæc est in actione ex empto, cur in ea æstimatio ejus, quod interest non excedat duplum, quia moris erat ex causa evictionis cavere tantum duplam, & quod moris est, inesse intelligitur bonæ fidei judicio, sive actioni ex empto, quam taxationem dupli tamen postea Justinianus porrexit ad omnes casus certos, *l. un. de sent. quæ pro eo, quod inter. profer.* In actione ex empto, id quod interest, si excedat duplum, nimium est. Id autem, quod nimium est, resecari bonæ fidei judicio convenit, ita ut æstimatio ejus quod interest ad finem dupli coarctetur. Hoc autem casu excepto, videtur emptori competere sumptuum repetitio per actionem ex empto. Quod ut evidentius appareat, perquam subtiliter idem Paulus in *l. 45.* in qua persequitur ea, quæ proposuit in *l. 43.* primum constituit, ut solet
D omnia movere & omnem lapidem, quum quæstionem aliquam juris tractat & quandoque incondite & inartificiose, eo, inquam, primum constituit: Area aliena vendita à non domino, si emptor eam meliorem fecerit imposito ædificio, quia omni jure ædificium cedit solo, evictis ædibus à domino, emptorem à venditore actione ex empto sumptus ædificiorum repetere non posse, quia imputatur ei, quod eos sumptus domino rem vindicante sibi non servaverit, ut potuit, per retentionem rei, & exceptionem doli mali, *l. 14. de doli except. l. sumptus, de rei vindic. l. si in area, de condic. indeb. l. 14. comm. divid.* Idemque procedit servo alieno vendito, quem emptor meliorem, doctiorem, pretiosiorem fecit. Namque si verus dominus eum evincat in servitutem, sumptus eruditionis, & mercedes magistrorum ad periculum venditoris non pertinent,
E quia emptor eos potuit servare a domino servum vindicante opposita exceptione doli mali, ut in *l. 16. C. de evict.* Cur non servarit, de se queratur. Et hæc quidem ita plane se habent in his casibus, ut imputetur emptori, quod impensas sibi non servaverit per retentionem. At retentio hujusmodi fieri non potest in specie proposita, servo vendito evicto in libertatem, & manumisso jussu prætoris, quia liber homo possideri & retineri non potest, quive ad libertatem evincitur, aut proclamat. Ergo quasi deficiente emptori remedio retentionis, in casu proposito emptor de sumptibus regressum habet adversus venditorem. Nam & ita, ut idem Paulus ostendit, si ædificium, vel servum, qui petitur in servitutem, emptor non possideat, si modo sua sponte, aut sua culpa non amiserit possessionem, ut *l. si rem,*

§. 1. inf. de evict. hoc etiam casu, quia deficit emptori remedium retentionis, quod ædes non possideat, aut servum, nec sua sponte, aut sua culpa desierit possidere, salva ei est adversus venditorem repetitio sumptuum, ut in *l. 9. C. de evict.* Post longam disputationem, Paulus tandem concludit, in omnibus his casibus ante relatis, eum, qui sciens vendidit servum alienum, evicto servo, de sumptibus factis in eum erudiendum, actione ex empto teneri omnimodo, id est, etiamsi retentione emptor adversus dominum uti potuerit, quia deceptus est à venditore. Et eodem exemplo forte in specie initio proposita, quia venditor servum vendidit, sciens implicitum ei esse casum fideicommissariæ libertatis relictæ post annum, emptori plectendæ reticentiæ gratia, æquum est adversus eum dari persecutionem sumtuum omnimodo, id est, etiam ultra duplum, atque ita omnia, quæ ante movit Paulus, & disquisivit suo more, in venditore tantum bonæ fidei, qui vendidit ignorans causam fideicommissariæ libertatis, locum habent. Et ita quæstio, quæ erat prolixior, finienda est. Tertia, quæ est brevissima, quæ scilicet nascitur ex specie initio proposita, est de Arescusa, nempe, cujus sit liberta Arescusa, quæ recusavit, ut diximus, emptorem, qui manumisit, patronum habere, an possit patronum optare heredem, vel Sejam legatariam: qui quæve Arescusam non manumisit: nam videbatur legatariam optare posse, licet repudiasset legatum, quia (ut initio legis 43. proposui) legataria licet repudiaverit, nondum liberavit heredem à petitione fideicommissi. An igitur liberum est Arescusæ, si hoc malit, Sejam patronam eligere, Sejam legatariam. Paulus enim accipit legatariam pro fideicommissaria, sicut legati nomine generaliter etiam fideicommissum continetur. At respondet Paulus in *l. 45. §. ult.* Arescusæ patronatum potius heredis optandum esse, si recuset emptorem: hac ratione, quia & heres ob id, quod illa recusat emptorem patronum, eo nomine tenetur emptori actione ex empto de pretio, ut jam dictum est, atque ita fit ut manumissor non sit patronus, sed non manumissor, arbitratu manumissi, ex beneficio supradictarum constitutionum. Si Arescusa non recusaret patronatum emptoris, nullus esset labor, quia nec heres eo casu teneretur emptori ex empto, quia nihil emptori abest, quum Arescusam sua voluntate, & non coactus manumiserit, & nunc eam libertam habeat: at quum recusat emptorem habere patronum, sane non potest se in alterius patronatum conferre, quam heredis, qui etiam propter recusationem ejus, tenetur emptori de pretio Arescusæ. Et in extremo legis 45. quod Glossæ objiciunt *legem naturalis, §. ult. de præscript. verb.* id nos in ea lege explicabimus, quæ sequitur.

Ad L. V. de Præscr. verb. *Naturalis meus filius servit tibi: & tuus filius mihi. Convenit inter nos, ut & tu meum manumitteres, & ego tuum: ego manumisi: tu non manumisisti: qua actione mihi tenearis quæsitum est. In hac quæstione totus ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias. In quibus quæritur, quæ obligatio nascatur.*

Ad §. Et si quidem *pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio, & venditio est. Sin autem rem do, ut rem accipiam: quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas id quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere: vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit: ac tu duntoxat culpam præstare debes. Explicitus est articulus ille, do, ut des.*

Ad §. At cum do, ut facias: *si tale sit factum, quod locari solet, puta, ut tabulam pingas, pecunia data, locatio erit. Sicut superiore casu emptio. Si res, non erit locatio: sed nascetur, vel civilis actio in hoc, quod mea interest: vel ad repetendum, condictio: Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit, & tantum temporis consumptum sit, ut potuerit, manumittique debuerit: condici ei potest: vel præscriptis verbis agi, quod his, quæ diximus, convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres: & manumisisti, & is, quem dedi evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit: si ignorans, in factum civilem.*

Ad §. Quod si faciam, *ut des, & posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio: & ideo de dolo dabitur.*

Ad §. Sed si facio, *ut facias: hæc species tractatus plures recipit: nam si pacti sumus, ut tu à meo debitore Carthagine exigas, ego à tuo Romæ: vel ut tu in meo, ego in tuo solo ædificem, & ego ædificavi, & tu cessas: in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest, quamvis enim, & impendia sequantur, tamen mutuum officium præstamus. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere, possum enim tibi mandare, ut & mihi custodiam præstes, & non plus impendas in exigendo, quam decem, & si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. Sin autem alter fecit, ut & hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas. Neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, & in insulis fabricandis, & in debitoribus exigendis, præscriptis verbis dari actionem, quæ actio similis erit mandati actioni: quemadmodum in superioribus casibus locationi, & emptioni.*

Ad §. Si ergo *hæc sunt ubi de faciendo ab utroque convenit, & in proposita quæstione idem dici potest: & necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere, quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? sed hoc non potest æstimari.*

PRupositio hujus legis est facillima. *Naturalis meus filius servit tibi, & tuus mihi*, inquit, *&c.* Naturalis filius meus est is, quem ex ancillæ mulieris consuetudine quæsivi, finge: Is filius meus servus tuus est, quia & mater ejus forte serva tua, & vicissim filius tuus naturalis servus est meus: tu scilicet solebas cum ancilla mea, ego cum tua: convenit inter nos, ut tu meum manumitteres, ego tuum. Hæc conventio est pactum nudum, non contractus: regulariter ex pacto nudo jure civili, vel prætorio non nascitur actio, ex contractu nascitur: at si ego tuum jam manumisi, si jam pro mea parte implevi conventionis fidem, conventio, quæ initio erat tantum pactum nudum, jam abiit in contractum, quia ex mea parte causa subest, id est, manumissio. Pactum nudum est conventio, quæ proprium, & legitimum nomen non habet: & quæ intra verba sola, primumque promissum stetit, nec dum datione, vel facto, vel stipulatione sumpsit effectum, *l. si tibi, C. de loc. l. si divisionem, C. famil. ercisc. l. jurisgentium, l. divisionis, sup. de pact.* Et in definitione Ulpiani, duorum pluriumve in idem placitum, consensus, id est, nihil nisi placitum nudum, nihil nisi consensus nudus, sine nomine, & causa. Conventio, quæ proprium, & legitimum nomen habet, licet sit nuda conventio, ut emptio, & venditio, quæ perficitur nuda conventione, locatio, conductio, societas, & mandatum, contractus est, non pactum. Conventio item, quæ datione, vel facto, veluti manumissione sumpsit effectum, licet proprium nomen non habeat, contractus est, non pactum, *l. legem, C. de pact.* Non est, inquit, pactum nudum, quum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea convenit, ut *l. 8. in fine, hoc tit.* non videri pactum nudum intervenisse, quoties lege certa dari probaretur: & adde, vel fieri. Non est igitur pactum nudum, si ego jam manumisi filium tuum naturalem, antequam tu meum manumitteres, sed est contractus. Et (ut idem dicam, sed fortasse apertius) contractus est conventio, quæ nomen habet proprium, & speciale: vel quæ nomen non habet proprium, cui tamen res accedit, ut *manumitto hunc, ut illum manumittas: do fundum tibi, ut des mihi domum: do tibi decem, ut eas Romam.* Factum, vel datio, quæ impletur ex una parte convenientium, quæ fit eliciendi ex altera parte alius facti, aliusve dationis, res est, causa est, quæ conventioni accedit: pactum autem est conventio, quæ proprio nomine vacat, & cui nulla causa subest, id est, cui nulla res

ac-

accedit præter placitum nudom, *d. leg. jurisgentium*, *§. sed cum nulla*, ut manumittam filium tuum, ut tu manumittas meum, pactum nudum est. Et similiter dabo tibi Stichom, ut tu mihi Pamphilum: vel, dabo tibi decem, ut tu filium meum, qui tibi servit, manumittas. At si cum convenisset, ut ego tuum filium manumitterem (quæ est species hujus legis) & tu meum, & hæc conventio, quæ nudom pactum est, non steterit intra finem placiti, sed processerit ulterius, ut puta, si reipsa ego prior exsolvero fidem, & filium tuum manumisero, jam res ex pacto nudo io contractum transiit: Ex eo igitur nascitur obligatio, & actio, quæ non nasceretur ex pacto nudo. At quæritur hoc loco, quænam ea actio sit, quæ mihi in te competat, postquam manumisi filium tuum, si forte & tu vicissim filium meum, qui tibi servit, manumittere nolis. Et Paulus in hac quæstione ait, totius ob rem dati tractatum inspici posse, atque adeo se eum tractatum priusquam quæstioni propositæ respondeat, omni ex parte perscrutari, & percurrere velle. Ob rem dari dicimus proprie, quod datur, ut aliqoid sequatur, puta ut vicissim detur, vel fiat aliquid: id ob rem dari, vel fieri intelligitur. Ob causam autem dari dicimus, quod datur ob causam præteritam, non futuram, puta, do centum tibi, quia negotia mea curasti. Et inter hæc duo magna differentia est: nam datum ob rem, re non secuta, condici potest, & repeti: datum ob caosam, etiamsi ea causa falsa sit, & nunquam fuerit, condici non potest, *l. damus*, *l. in summa*, *de condic. indeb. l. 1. de condic. ob turp. caus.* Verum aliquando ob rem datum dicitur etiam ob causam datum, nempe ob causam futuram, causa accepta pro re, ut in *tit. C. de cond. ob caus. datorum*, *& sup. in tit. de cond. caus. dat. caus. non seq.* causa dati, id est, sub causa, ut in *l. pen. eod. tit.* & ea futura, ergo dati ob rem. Hunc autem tractatum ob rem dati Paulus ait competere in quatuor speciebus. Aut enim, inquit, *do tibi, ut des*, aut *do, ut facias*, aut *facio, ut des*, aut *facio, ut facias*. In quibus quæritur, quæ obligatio nascatur. Species etiam vocat articulos in *§. seq.* ut in *l. 1. de rer. divis.* Summa rerum divisio in duos articulos deducitur, *εἰς δύο ἀρχάς*, & in lib. singulari Pauli, *de articulis liberalis causæ*. Et ex iis quidem quatuor articulis, in quibus consistit tractatus ob rem dati, singuli articuli rursus plures alios articulos, speciesque recipiunt: ac primum quidem articulus, *do, ut des*, recipit duas species. Prima est, *si pecuniam do, ut rem accipiam*, quo genere emptio venditio contrahitur, ex qua nascitur ultro citroque actio empti, & venditi, non civilis actio incerti, quæ dicitur in factum, vel præscriptis verbis, quia emptio venditio contractus est civili, & proprio nomine præditus, & actio præscriptis verbis datur tantum ex contractibus, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt, *leg. 3. hoc t.* ex contractibus, qui sunt *ἀνωνύμοις*, vel *ἀκατονομάστοις*. Imo, quia emptio venditio contractus est, qui suum, & proprium nomen habet, quo insignitus est, non tantum do pecuniam, ut rem accipiam, contractus est emptionis, & venditionis, sed etiam dabo pecuniam, ut rem accipiam, quia emptio venditio nudo consensu perficitur, & ex nudo consensu parit obligationem, & actionem ultro citroque: Accursius huic parti objicit *l. ult. sup. de cond. caus. dat. caus. non seq.* quæ tota nobis erit diligenter explicanda, quia pertinet maxime ad hunc locum, & varie explicatur à DD. atque inexplorate. In ea lege negotium ita gestum est, *do tibi pecuniam, ut mihi Stichum des*: & tamen dicitur non esse portionem emptionis, & venditionis, id est, non esse emptionem, & venditionem, non esse portionem, id est, speciem emptionis, & venditionis, sed esse permutationem, ut liquido ajunt Basilica, *οὐκ ἔστιν πρᾶσις, ἀλλ' ἐναλλαγή*, *non est venditio, sed permutatio*: permutatio est, quia pecuniam non dedi, quasi pretiom, Stichi emendi animo, sed quasi rem, aut corpus, ut *l. 7. hoc tit.* pecuniam dedi, ut Stichum manumitteres, cogam te actione præscriptis verbis, ut Stichum manumittas, quæ actio frustra daretur, si dedissem tibi pecuniam pro pretio: nam te cessante, statim Stichus ipso jure fieret liber, *l. Paulus, de liberali caus.* Et ideo pecuniam non dedi pro pretio Stichi, pro capite Stichi, ut eum manumitteres, sed quasi permu-

A tationis vice. Ergo negotio ita gesto, ot proponitor in *d. l. ult. Do tibi pecuniam, ut mihi Stichum des*, permutatio est, non emptio, & venditio. Et (quod maxime notandum ex hoc negotio) ut ait Celsus in *d. l. ult.* nulla alia actio, vel obligatio est, quam ob rem dati re non secuta, id est, ex hoc negotio competit sola condictio ob rem dati, non actio præscriptis verbis, licet contracta sit permutatio, quod inferius demonstrabimus apertius. At videamus primum, cur negotium illud non sit emptio, & venditio, *do tibi pecuniam, ut mihi Stichum des*. Ratio hæc est, quia dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, id est, ut meum faceres Stichum. Vis scire, quam hoc sit verum? Legas verba *d. l. ult. Condictio*, inquit, *ob rem dati in te competit, quod hominem accipientis non feceris: ergo id actum est, ut ego pecuniam tuam facerem, & vicissim ut tu hominem meum faceres*.
B Qua ratione negotium illud non est pars emptionis, aut venditionis, non est emptio, & venditio, quia ex natura emptionis, & venditionis non est, ut venditor rem faciat accipientis, sed ut vacuam tantum rei possess. tradat, & se obliget evictionis nomine, purgetque de dolo malo, sive præstet à se dolum malum abesse, absuturumque esse, *l. 1. tit. prox. sup. l. ex empto, & l. servus, quem, §. ult. de act. empt.* Itaque re tradita, & non evicta emptori, venditor nihil debet emptori, quia quod ei debuit, id omne præstitit. Et tamen si mortuus sit Stichus sine culpa tua, antequam eum mihi dares, cum ita negotium gestum est, ut proponitur in *d. l. ult. do pecuniam, ut Stichum des*, perit quidem mihi Stichus, atque adeo non possum agere præscriptis verbis, quanti interest Stichum mihi dari, ut in *§. 1. hujus legis*, quia mortuus est sine culpa tua. Denique eum petere non
C possum, vel ejus nomine quod interest actione præscriptis verbis: & competit mihi tantum condictio pecuniæ datæ ob rem, re non secuta, quia Stichus quidem mihi perit, at pecunia mihi non perit. Idque fit exemplo emptionis, *l. si fundus, loc.* quia hæc permutatio, quæ eo genere contracta est, emptionem imitatur, *l. 2. sup. tit. prox.* Item si alienum Stichum mihi tradideris, nec feceris meum, ut actum est inter nos, licet evictus mihi nondum sit, quia tamen verum est, te mihi Stichum non dedisse, id est, te Stichum non fecisse meum, mihi competit condictio pecuniæ datæ ob rem, re non secuta. Et hoc casu etiam non competit actio præscriptis verbis. Sola competit condictio ob rem dati, non præscriptis verbis, quasi ex permutatione, licet permutatio contracta sit. Cur? quia permutatio obligationi præbet initium ex traditione rei suæ, non ex traditione
D rei alienæ, *l. 1. sup. tit. prox.* id est, nulla est permutatio, quamvis id ageretur, ut esset permutatio, nisi ex utraque parte quod datur fiat accipientis. At Stichus non est factus accipientis, quia erat alienus. Ergo quasi ex permutatione non est actio præscriptis verbis. At præterea si tuus est Stichus, quem mihi dedisti, atque ita si Stichum meum fecisti, nec tamen velis mihi cavere per stipulationem pro evictione ejus, hoc etiam casu, ut ostendit *d. l. ult.* nulla mihi in te actio competit, quam condictio ob rem dati, id est, condictio pecuniæ: non competit actio præsciptis verbis, quia jam dedisti Stichum, quamdiu Stichus non evincitur. Atque ita in omnibus his tribus casibus propositis in *d. l. ult.* nulla alia actio, nulla obligatio est, quam ob rem dati, re non secuta. At evicto Sticho, quem mihi dedisti, non nego etiam præscriptis verbis competere actio-
E nem, ut *l. 1. C. de rer. permut. l. 29. C. de evict.* Et ita explicanda est *d. l. ult.* Sequitur altera species, quam hic articulus *do, ut des*, recipit, *si rem do, ut rem accipiam*, puta, fundum, ut accipiam domum: quo genere non contrahitur emptio, & venditio, quia nullum intervenit pretium, & nulla merx. Nam non apparet res, quæ vicissim commutatur, utrum sit pretium, an merx: sed contrahitur permutatio: ergo contractus innominatus, quia permutatio non est proprium nomen, sed nomen commune, perinde atque *συναλλάγματος* nomen. Nam & emptio & venditio fit genere quodam permutationis mercis cum pretio: ac similiter locatio, & conductio pensionis cum habitatione: itemque societas, & omnis denique contractus, permutatio est, vel commutatio, vel *συνάλλαγμα*, quod idem est. Et

ita

ita Arist. in Ethicis scribit *medium arrogantiæ* (quod tamen A veritatem nominat) *vacare nomine proprio, quia veritatis nomen latius patet.* Licet autem permutatio sit similis, & vicina emptioni, ut *l. 2. supr. tit. prox. l. 2. C. eod. tit.* & in *Nov. Valent. de confirm. iis, quæ admin. dist. sunt*. Ubi, *permutatio*, inquit, *instar emptionis est*: tamen longo intervallo distant inter se, emptio venditio, & permutatio. Primum in emptione, & venditione, aliud est pretium, aliud merx, alius venditor; alius emptor: in permutatione discerni non potest, utrum sit pretium, utrum sit merx: uter venditor, uter emptor: uterque videtur esse emptor, & venditor, utrumque videtur esse pretium, & merx. Videtur, non est tamen, quia, ut eleganter ait *l. 5. tit. prox. sup.* ratio naturalis non patitur, ut eadem res sit merx, & pretium, ut idem homo sit emptor, & venditor. Non est igitur, sed videtur, ut in *l. sciendum, §. ult. de ædil. edic.* B Deinde in emptione, & venditione, & emptor cogitur nummos, seu pretium facere accipientis, *l. ex empto, §. 1. de act. emp.* Venditor autem non cogitur rem facere accipientis, ut jam probavi supr. Cur tam varie? Ut venditor non cogatur rem facere accipientis, emptor cogatur pecuniam facere accipientis. Sane, quia dissimilis est debito pecuniæ, debito mercis, & non mirum est, si dissimilis etiam sit solutio. Facile quis pecuniam suam solvere potest, quia debet quantitatem in genere, non speciem certam: non æque facile mercem sive rem certam suam præstare, & tradere quis potest, & rem facere accipientis, hoc non tam est in facili, satis est tradi possess. & caveri de evictione, & præstare dolum abesse. In permutatione autem ita agitur his verbis: *Do, ut des.* Nam sunt stulti, qui faciunt differentiam inter permutationem, & *do, ut des*, idem dici C sive permutationem dicas, sive *do, ut des*, ut aperte demonstrat Paulus in §. 5. In permutatione, inquam, ita agitur, ut utriusque rei, quæ datur, & traditur dominium transferatur, *d. l. 1.* Tertia differentia est hæc, re vendita evicta emptori, competit actio ex empto: re data, vel accepta ex causa permutationis, & evicta, competit actio in factum, sive præscriptis verbis, *d. l. 1. & l. 29. C. de evict.* Ultima differentia est: Emptio venditio nudo consensu perficitur, ex eoque obligationem parit: permutatio autem nonnisi ex re tradita initium obligationi præbet: nudum placitum permutationis non parit obligationem, quia nudum pactum est, *l. 3. C. de rer. permut.* quia scilicet hoc tantum receptum in his contractibus, qui nomen suum habent, ut scilicet ex nudo placito pariant obligationem, ut in emptione, in locatione, in societate, in mandato, deposito, D pro socio, *d. l. 1.* Permutatio autem nomen suum, id est, proprium nomen non habet. Rei ergo traditionem exigimus in permutatione, & eam scilicet, quæ dominum faciat accipientem, nullam enim contrahit permutationem, qui tradit rem alienam. Et ideo ex altera parte, rei alienæ traditione facta, si alter nolit rem tradere, tenetur tantum condictione ob rem dati, non actione præscriptis verbis, quasi ex permutatione, quia nulla permutatio est. Et condictio competit, non ex permutatione, sed ex æquo, & bono, *l. in summa, de condict. indeb.* at ex altera parte, rei suæ traditione facta, si alter nolit rem tradere, non tantum competit condictio ob rem dati, si hanc malit actor, sed etiam præscriptis verbis, in quantum interest vice mutua rem tradi: ut si tibi scyphos meos dedi, ut mihi Stichum dares, mihi utraque competit, hæc vel illa videlicet, exce- E pto tantum uno casu, qui proponitur illo §. 5. Si dedi tibi scyphos meos, ut mihi Stichum dares, & Stichus mortuus sit, antequam eum mihi dares sine culpa tua, quia hoc casu condictio tantum competit ob rem dati, non actio præscriptis verbis. Quæ est etiam sententia *leg. ult. de cond. caus. dat.* Tantum igitur abest, ut huic loco obstet ea lex ultima, ut cum eo congruat omnimodo, quia Stichum mihi perire hic dicitur, quod nec ibi negatur, ibi dicitur, pecuniam mihi non perire, hic scyphos mihi non perire, condictionem dati esse, non actionem præscriptis verbis. Et in extremo ait, *explicitus est articulus ille do, ut des*, uti in *l. 1. ad Trebell.* explicito tractatu, *& l. peregre, §. ult. de adquir. possess.* quibus explicitis. Unde verbum illud, quod

in fine librorum ad distinctionem sequentium appingi solet (explicit) quod appingitur etiam in Florentinis, completis, sive finitis singulis libris. Et est vetustissimum ita loqui, *explicitis feliciter*, quamvis ejus verbi præsens non sit in usu, ut etiam Divus Hieronymus scribit in epistola ad Marcellam, quum explicat quid sit amen, cœna, & salve, διάψαλμα. Articulus *do, ut facias* recipit species 4. Et ut ex articuli *do, ut des* prima specie emergit & exoritur proprii nominis contractus emptio venditio: ita ex hujus articuli *do, ut facias* prima specie exoritur proprii nominis contractus, locatio, & conductio. Ac rursus sicut ex articuli *do, ut des* specie secunda enascitur contractus innominatus permutatio, ex qua est actio præscriptis verbis, quæ tamen similis est emptioni, & venditioni, non ut Sabiniani existimabant, idem quod emptio venditio, *l. 1. sup. de contr. empt.* cui coaptanda est *lex 1. sup. tit. prox.* in qua ponuntur differentiæ inter emptionem, & permutationem. Ita vero ex hujus articuli *do ut facias* specie secunda, & tertia, & quarta enascitur contractus innominatus, similis tamen locationi, & conductioni, ex quo etiam est actio præscriptis verbis. Et prima quidem species hujus articuli hæc est, *do pecuniam pictori, ut mihi tabulam pingat*, quo genere contrahitur locatio conductio, quia opera, sive factum pictoris tale est, quod locari solet certa pecunia, certove pretio. Et ideo ex hoc negotio nascitur proprii nominis actio, ex locato conducto: non actio præscriptis verbis, quæ ex iis tantum contractibus datur, qui vacant proprio nomine. Secunda species hæc est, *do pictori rem, puta scyphum, non pecuniam, ut mihi tabulam pingat*: non est locatio conductio, quia non intervenit pecunia numerata pro pretio, sive C mercede operæ pictoriæ. Et sicut emptio venditio, ita locatio conductio sine nummis, sine pretio, vel quantitate non consistit, *l. 2. loc.* Sed in hoc negotio res intervenit, & veluti quoddam genus permutationis, licet proprie nec permutatio sit, quia permutatio ita contrahitur *do, ut des*, re, specie, & corpore aliquo certo interveniente ex utraque parte. *Do, ut facias* contrahitur re interveniente ex una tantum parte, & ex altera parte opera. Ex hoc genere, ut dixi, non contrahitur locatio, conductio, quia non intervenit pretium; non contrahitur etiam permutatio, sed contrahitur proprii cujusdam generis contractus, qui nomen non habet, ex quo datur ei, qui rem dedit in antecessum, si pictor nolit tabulam pingere, actio præscriptis verbis, ut vel tabulam pingat, vel præstet quanti interest: vel eidem datur condictio ob rem dati, ut scyphum repetat, quem de- D dit, si nihil intersit ejus tabulam pingi: vel si malit scyphum repetere, quod satis perspicuum est. Tertia autem species hæc est: *Do tibi pecuniam, vel rem, ut Stichum manumittas*, quæ etiam conventio non est locatio conductio, quia manumissio tale est factum, quod locari non solet: opera vero locari solet, non liberale officium, *l. 1. §. 1. sup. si mens. fals. mod. dix.* quia nec pro liberali officio datur merces, quæ in locatione exigitur omnimodo, sed datur honor, aut salarium. Non est igitur locatio conductio, sed est proprii generis contractus, qui nomine vacat, ut superior: proximus tamen, & similis locationi, & conductioni, & consequenter actio etiam, quæ ex eo contractu datur, nomen non habet, sed dicitur præscriptis verbis, quod concipiatur ita, ut præscripta sunt contractus verba, certo actionis nomine non expresso. Nec enim huic, vel illi ne- E gotio ullum leges imposuerunt nomen. Actio si nomen habet proprium, veluti ex empto vendito, ex locato, conducto, mandati, depositi, pro socio, eo nomine solo edito si agas, recte ages etiam facto omni, sive tenore contractus non enarrato, nec actionis formula concluso. Ex hac igitur specie contractus *do pecuniam, vel rem, ut Stichum manumittas*, te cessante, nec manumittente Stichum, mihi in te datur actio præscriptis verbis, ut solvas quanti mea interest Stichum manumitti, vel si nihil interest, mihi datur condictio, ut reddas pecuniam, vel rem, quam tibi dedi, ut *l. 7. inf. hoc tit.* Et ut additur in hoc §. At cum do, nihil interest tempus certum conventioni adjectum sit, intra quod Stichum manumittas, idque tempus vivo Sticho transierit, an vero nullum tempus certum adjectum sit, & tran-

fierit tantum temporis; ut potuerit, debueritque manumitti: de cujus temporis definitione hoc ipso libro Paulus agit *l. ult. inf. qui sine manum. ad liberi. perv.* Utroque vero casu transacto tempore condicto, & convento, vel traosacto justo tempore, in te mihi competit actio præscriptis verbis, vel condictio ob rem dati re non secuta. Et hæc etiam antequam transierit illud tempus, si me pœniteat, si jam nolim Stichum manumitti, *l. 3. §. 1. sup. de cond. caus. dat. cau. non sec.* Posset tentari, quod & Accursius tentat, non esse locum actioni præscriptis verbis, quæ te compellat Stichum manumittere, vel te præstare id quod interest, hac ratione, quia transacto illo tempore Stichus liber fit ipso jure ex constitutione Marci, & Commodi ad Aufidium Victorinum, cujus fit sæpe mentio in libris nostris. At ea constitutio, cum objicitur huic §. atque sententiæ respondendum est, eam constitutionem non pertinere ad hoc genus contractus, *do pecuniam, vel rem, ut servum manumittas*, sed pertinere proprie ad contractum emptionis venditionis, quum ea lege venit mancipium ut manumitteretur, addito, vel non addito certo tempore. Et quamvis sententia hujus constitutionis, porrecta etiam sit ad mancipium eadem lege donatum, *l. pen. inf. qui sine man. ad libert. perv. l. causam, inf. de manum. l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien. ut manumittatur.* Quamvis etiam porrecta sit ad causam pecuniæ datæ pro pretio servi, ut manumittatur, *l. 4. C. eod. tit. l. Paulus, §. 1. inf. de lib. caus.* tamen non est porrecta, neque pertinet ea constitutio ad casum datæ rei, vel datæ pecuniæ, ut rei, non ut pretii, ut in *l. ult. sup. de cond. causa data*, eliciendi beneficii gratia, puta, ut servus manumittatur, ut *l. 7. h. t. l. si quis ab alio, inf. de manumiss.* Itaque te cessante, necessaria est actio præscriptis verbis, quia servus non fit ipso jure liber. Ad hæc videndum est, cur dicat hoc loco Paulus, si dedero tibi aliquid, ut servum manumitteres intra certum tempus, idque tempus cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, mihi in te competere actionem præscriptis verbis, vel condictionem ob rem dati. Cur, inquam, desiderat Paulus, ut vivo servo tempus transierit, intra quod manumitti potoit & debuit? In causa hoc est, quia mortuo servo intra illud tempus, ante moram tuam nulla mihi in te actio competit, nec condictio dati, neque actio præsc. verbis, *d. l. 3. §. sed si Stichus, de cond. caus. da.* At forte objicies, & dices, si dederim tibi rem, vel pecuniam, veluti rem, non veluti pretium, ut mihi servum dares, non ut manumitteres, mortuo servo, sua morte, suo fato, sine culpa tua, antequam eum mihi dares, licet mihi non competat actio præscriptis verbis, quia servus mihi periit, *§. sed etsi scyphos, sup. in hac l.* competere mihi tamen condictionem ob rem dati, re non secuta, *l. ult. de cond. caus. data*. Quia scilicet non est æquum mihi rem perire, quam dedi in antecessum, eo quod neque ullum adjectum est certum tempus, quo dare servum, neque ullum tempus lege suppletur, intra quod servum dare oporteat, sed hoc tantum actum est pure, ut eum mihi dares, quod cum non feceris per te factum videtur, quo minus eum habuerim, qui fortasse apud me non interiisset, & ideo mortuo eo apud te, saltem mihi competit adversus te repetitio ob rem dati, quasi re non secuta. At quum rem dedi, ut servum manumitteres intra certum tempus, quod etsi non adjecero, lege suppletur, nempe, ut manumittas intra duorum, vel quatuor mensium spatium secundum distinctionem *d. l. ult. qui sine manum. ad lib. perv.* hoc casu mortuo illo servo intra illud tempus, per te factum non videtur, quo minus illum manumitteres, quia omne illud spatium temporis tibi liberum fuit ad manumittendum: & fuit utique tibi etiam in animo, antequam tempus illud exiret, servum manumittere: & sane manumisisses intra tempus constitutum, nisi illum intra tempus fata tibi præripuissent: & pro eo est igitur ac si manumisisses, & ideo neque condictio mihi ob rem dati competit mortuo servo intra tempus, quia res pro secuta seu completa habetur. Quod confirmat valde etiam id quod subjicitur in *d. l. 3. §. quinimo, de cond. caus. dat.* Si tibi nihil dedi, ut manumitteres, placuerit tamen pacto nudo, ut darem, & ut tu manumitteres, sicut si servum prior manumisisses, ita si servus vita decesserit, antequam per te staret, quo minus eum manumitteres ante moram tuam, perinde ac si manumisisses, & ultro placiti fidem exsolvisses, ait in *d. §. quinimo*, etiam ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem: non intelligit condictionem ob rem dati, de qua est ille titulus, quia ea condictio ex contractu non nascitur, sed ex bono, & æquo, *l. in summa, §. quod ob rem, de cond. indeb.* Et præterea nihil proponitur datum, quod condici possit. Itaque illo loco, ut Græci interpretantur, & ex Latinis nonnulli, condictionem accipi pro actione præscriptis verbis, qua scilicet intendis, ut dem, quod placuit inter nos dare servi manumittendi gratia, perinde atque si eum manumisisses, quia in eo manumittendo moram non fecisti, & ita condictio incerti accipitur pro actione præscriptis verbis in *l. duo, §. ult. de precar.* Ergo illo loco condictionem incerti scilicet, sive præscriptis verbis actionem, aut sane, quod ait, id est condictionem, glossema est, non auctoris interpretatio. Nam & abunde sufficiunt quæ præcedunt, quæque proponuntur illo loco, competere scilicet actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, ea est præscriptis verbis, quæ nascitur ex articulo do, ut facias, quamvis tu prior feceris, quam ego darem, quia modus ineundæ conventionis spectatur, ut Joannes recte voluit, & conventio inita est; *dabo, & tu manumittes*, non inspicitur modus implendi contractus, non inspicitur, inquam, contractus implementum cœperit à facto, an à datione, quæ inspectio valde nobis erit usui in explicatione *§. seq.* Quarta autem, & ult. species hujus articuli do, ut facias hæc est, dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumitteres, & manumisisti Pamphil. deinde, quia Stichus alienus erat, quem tibi dedi, is tibi evictus est: quæritur quæ tibi eo nomine in me competat actio: Et ex Juliano Paulus ita distinguit in *§. sed si dedi*, aut sciens alienum dedi, & teneor actione de dolo: aut ignorans, & teneor in factum civili, id est, præscriptis verbis, quæ in factum dicitur sæpissime, quia sine nomine certo διηγηματικῶς, id est, narrative proponitur, ut de exceptione in factum Theophilus noster ait in tit. *de except.* Et eodem modo in factum conceptam actionem, vel exceptionem in glossis Philoxenus sic interpretatur διηγηματικῶς. Civilis autem etiam dicitur actio præscriptis verbis, quia similis est civili directæ actioni suum habenti nomen, ut actio præscriptis verbis ex articulo *do, ut des*, sive *ex permutatione* similis est actioni empti venditi: ex articulo *do, ut facias*, similis est actioni ex locato conducto, ex articulo facio, ut facias, similis est mandati, atque ideo civilis appellatur, quia civili vicina, finitima, & proxima est, quia civilem refert, quia est ἀντίστροφος, civilis. Ac sane hic locus Pauli, quo refert in specie proposita, Julianum, in scientem dare actionem de dolo, in ignorantem actionem civilem in factum, id est, præscriptis verbis, interpolatus est, vel à Triboniano, vel ab aliquo alio, quod à Mauritiano reprehensa, & explosa esset Juliani sententia, ut refert Ulpian. in *l. jurisgent. de pact.* Sed non ita eam Juliani sententiam refert, ut hic refertur à Paulo, puta, Julianum dedisse in ignorantem actionem in factum civilem, sed dedisse actionem in factum prætoriam: quæ omnium actionum est extrema, adeo ut sit subsidiaria actioni de dolo, quæ omnibus aliis actionibus est subsidiaria. Denique actio in factum prætoria est subsidiaria, ut io *l. non debet, de dolo, l. qui servandarum, in princ. hoc tit.* quæ est in factum prætoria. Et sane non potest dari in factum civilis, ut hoc loco est scriptum in ignorantem, quio detur etiam in scientem, exclusa actione de dolo, quæ cum sit famosa, ideo ibi non est locus ubi alia actio est, per quam quis ad jus suum pervenire possit, est enim subsidiaria actio de dolo, id est, non datur, nisi deficiente alia actione. Et rursus ubi hanc actionem de dolo dari non æquum est, succedit actio in factum prætoria, quæ est omnium actionum extremum subsidium, extrema linea. Præterea Juliani sententia putantis, scientem teneri de dolo: ignorantem in factum prætoris, merito (quod & huic §. appingendum est, quasi Paulus referret tantum Juliani sententiam, non probet) merito, inquam, à Mauritiano reprehenditur, ut Ulpianus refert in d. l.

d. l. jurisgentium. Cur reprehenditur? merito ratio hæc est, quia evidens est rem ita gestam esse, *do tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas*, qui civilis contractus, id est, *συνάλλαγμα*, ex quo utrinque nascitur obligatio, *do, ut facias*. Si contractus est civilis, ergo ex eo nascitur actio in factum civilis, id est, præscriptis verbis in omnem casum, id est, tam in scientem, quam in ignorantem. Et si hæc est actio, cessat ergo de dolo, *l. si quis affirmavit, §. Labeo, de dolo*. Et consequenter, cessat etiam, quæ actioni de dolo solet esse subsidio, actio in factum prætoria: servandus enim est ordo actionum, ut in jure nobis proditus est: his, quæ diximus pauca addamus, si tibi Stich. dederim, ut Pamphil. manumitteres, & constat te Pamph. manumisisse, ac deinde tibi Stichus evictus sit, Jul. dicebat, scientem me servum alienum esse, teneri actione de dolo, ignorantem autem teneri actione in factum prætoria, *l. jurisg. sup. de pact.* Reprehensus est in notis à Mauritiano, qui negabat, summa cum ratione, in ignorantem competere actionem in factum prætoriam, quæ est extremum subsidium juris sui persequendi, cum suppetat actio in factum civilis, id est, præsc. verbis, quia civile negotium gestum est, & *συνάλλαγμα, do, ut facias*, ex quo competit actio in factum civilis, ut non sit decurrendum ad actionem in factum prætoriam. Scientem tamen Mauritianus admittebat teneri actione de dolo malo, quasi in scientem deficiente actione præscr. verbis. Quod & verissimum est, quia ex *do, ut facias*, quæ nascitur actio præscriptis verbis, stricta est, non bonæ fidei, ut ex do, *ut des, §. actionum, Inst. de act.* & stricto judicio dolus non vindicatur, ideoque in scientem necessaria est actio de dolo; malo, *l. & eleganter, §. non solum*, *in fi. de dolo malo*. Quod ergo Paulus refert in *§. sed si dedi*, partim est ex Juliano, in scientem scilic. dari actionem de dolo: partim ex nota Mauritiani ad Julianum, nempe in ignorantem esse actionem in factum civilem, id est, præsc. verbis, non ut Julianus putabat in factum prætoriam. Et hoc est certissimum. Nunc transeamus ad *§. quod si faciam*, in quo articulus *facio, ut des* pertractatus est.

AD *§. Quod si faciam.* Servum meum tuo rogatu manumisi, ut mihi decem dares, & postquam manumisi tu cessas mihi decem dare. Quæritur, qua actione mihi tenearis, an ex hoc articulo etiam nascatur civilis obligatio, & actio præscriptis verbis, ut ex duobus superioribus do, ut des, do, ut facias? Et in *§. quod si faciam*, Paulus negat, ex hoc articulo *facio, ut des*, eandem competere actionem, sed competere tantum actionem de dolo malo, quia dolo malo cessas mihi decem dare rupta fide conventionis: vel (quod ad Paulum necessario supplendum est) si ejus conditionis sis, ut tecum agere de dolo malo non possim, ut si parens sis meus, vel patronus, in factum prætoriam, quæ actioni de dolo solet esse subsidium, *l. non debet, sup. de dolo.* At rursus quæritur, cur ex hoc articulo facio, ut des, non detur actio præscriptis verbis: si datur ex do, ut facias, cur non & ex diverso datur ex facio, ut des? Hoc ut liquido intelligatur, missis variis opinionibus Accursii, dicemus, actiones civiles, quæ ex contractibus, & negotiis civilibus dantur, aut esse directas, aut utiles. Directas nomen proprium habere, & dari etiam ex contractibus, qui nomen proprium habent, veluti ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, pro socio, depositi. Utiles autem, quæ præscriptis verbis appellantur, & utiles, ut sunt etiam, dicuntur sæpe, *l. cum mota, C. de transact. l. 3. C. de don. quæ sub mod. l. 1. C. de pact. convent. sup. do.* Utiles, inquam, actiones, id est, præscriptis verbis, proprium nomen non habere, sed in factum concipi, & componi. Et non ex vulgaribus, & usitatis, legibusque proditis contractibus dari, sed ex novis contractibus, ut in *l. si tibi polienda, in fine, hoc tit.* Ait JC. quasi de novo negotio dari actionem præscriptis verbis. Prope tamen eos contractus novos, ex quibus dantur utiles actiones, sive præscriptis verbis, ad eos accedere, qui nomen habent, ut in *l. si gratuitam, §. Papinianus, hoc tit.* Ait negotium, de quo ibi agit, ex quo datur actio præscriptis verbis prope ad depositum accedere, id est, proximum, & simile deposito esse. Ac similiter ex his contractibus novis & anonymis comparatas esse utiles actiones, id est, præscriptis verbis ad instar, ad exemplum, ad similitudinem directarum. Et ita in *l. si convenit, sup. de resc. vend.* ex negotio, de quo ibi agitur, dicitur dari proxima empti actio præscriptis verbis, & *§. seq. in fi.* ex articulo *facio, ut facias*, dari actionem præscriptis verbis, quæ, inquit, actio similis erit mandati actioni, ut in superioribus casibus, & articulis locationi, ex articulo *do, ut facias*, & emptioni, ex articulo *do, ut des*, nam articulus *facio, ut des*, nulli negotio civili comparari potest, & actiones præscriptis verbis non dantur, nisi ex negotiis, & contractibus, qui his sunt adsimiles, quorum nomina jure civili prodita sunt. Ex negotiis dissimilibus non dantur, ut & in jure nunquam constat actionem utilem dari in casu dissimili, sed in casu simili tantum, & proximo, *l. si mensor, sup. si mens. fals. mod. dix.* cujus species explicanda est: in mensorem, vel finitorem, qui falsum modum agri renuntiavit, cum ad eam rem adhibitus esset ab emptore, aut venditore, cupiente scire modum agri: in eum, inquam, prætor dat actionem in factum in id quod interest. Hoc est certissimum. An etiam dat eam actionem in eum, qui renuntiavit quidem verum modum, sed diu traxit renuntiationem, si ob hoc evenerit, ut venditor *læderetur*? sic legendum illo loco, non *liberetur*. Et ita quoque Basilica, *ἐνεβλάβη*. Et ait hanc actionem in eum, qui verum modum dixit, sed aliquanto tardius, & socordius, non dari, ne utilem quidem: quia utilis tantum datur in casu simili: hunc casum esse dissimilem: nihil esse dissimilius falso quam verum. Eademque ratio est *l. si vero, §. pen. sol. matr.* & in *l. 2. §. quanquam, de aq. & aq. pluv. arc. & l. 29. comm. divid.* In casu igitur proposito *d. l. si mensor*, esse recurrendum ad actionem de dolo malo. Et eodem modo actio præscriptis verbis, quia utilis actio est, datur in casu simili, ex dissimili non datur. Ex *do, ut des* datur, quia negotium est simile emptioni, & venditioni. Ex *do, ut facias* item datur, quia simile est locationi, & conductioni: & item ex *facio, ut facias*, quia simile est mandato. Et alias ex negotio aliquo novo, quia negotium illud novum est simile deposito, vel commodato. Ex *facio, ut des* non datur, quia nullum est civile negotium, quod habeat suum nomen, cui hoc similiter assimiliari possit. Et ideo recurrendum est ad actionem de dolo malo. Nullum, inquam, est negotium civile, cui hic articulus, sive casus *facio, ut des* assimilari possit. Dices, imo potest assimiliari locationi, & conductioni: dicam, imo nec locationi, nec conductioni, quia omnis locatio conductio ita contrahitur, do, vel dabo, ut facias, non facio, aut faciam ut des, do, vel dabo, quia & re, & nudo consensu locatio perficitur, do, vel dabo tibi pecuniam, ut mihi tabulam pingas, non pingo, vel pingam, ut mihi pecuniam des, quod satis probat *§. at cum do.* Neque vero conventio ita facta, ut ego darem tibi aliquid, tu faceres, subvertitur si tu prævortas facere, ut in *§. sed si dedi*: si placuerit, ut ego darem Stichum, tu Pamphilum manumitteres, si prior ipse Pamphilum manumiseris, ego nondum dederim Stichum, vel quod idem est, si dederim alienum, non immutatur origo, & forma primæ conventionis. Idemque evenit in specie *l. 3. §. quinimo, de cond. cau. da.* si manumissio antevertat dationem in reipsa, non in forma conventionis, quæ ita facta est, *dabo, & tu manumittes*, & in specie quoque *l. cum mota, C. de transact.* re ita gesta, atque conventa ab initio, dabo tibi partem bonorum, ut à lite discedas; & si prior à lite discesseris, negotium est *do, ut facias*, non *facio, ut des*, quia non inspicimus ut impleta, sed ut conventa res sit: non quis in implendo, sed quis in conveniendo ordo servatus sit: non quis sit incessus, sed quis ingressus, ut ait Joannes recte. His consequenter dicimus ex articulo *facio, ut des*, ut ait in hoc *§. quod si faciam*, nullam esse civilem actionem, id est, neque directam, neque utilem. Et ideo postquam feci, te cessante dare, & fallente fidem, recurrendum esse ad actionem de dolo malo, quæ subsidiaria est, neque enim ullam aliam actionem suppetere. Quod confirmat etiam *l. permisisti, §. ult. hoc tit.* permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo, & fructus tollerem; sevi in fundo tuo, res ita gesta, & conventa est *facio, ut des*, id est, sero in fundo tuo, ut te dan-

Digitized by Google

te, cui scilicet jure dominii fructus cedunt tanquam domino soli, fructus feram. Et ideo ex hoc negotio, ut ibidem traditur, neque datur ulla actio juris civilis, id est, directa, neque in factum, id est, utilis præscriptis verbis, sed si perfidus mihi non tradas fructus, vel (quod idem est) si non permittas me tollere fructus, quasi deficiente omni actione civili, recurrendum mihi est ad actionem de dolo malo. Idem confirmat *l. cum proponas*, *C. de dolo*, manumisi ancillam, vel dedi tibi manumittendam, quod & pro facto habetur, ut Glossa hic recte notat, ut tu mihi servum dares: non das servum, postquam ego manumisi, aut feci, ut manumitteretur ancilla: nulla alia mihi in re actio competit, quam de dolo malo. Idemque confirmat *l. solent*, *hoc tit.* Conventio est hujusmodi: Indica mihi servum meum fugitivum, & cura ut eum apprehendam, & tibi decem dabo: & postquam mihi servum indicasti, ego cessem tibi decem dare, quæritur, quæ in me tibi actio competat? Et primum quidem *lex solent* ait: esse actionem præscriptis verbis. Sed mox corrigit se hoc sermone, *nisi si quis, & in hac specie, de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur*. Et sic in *l. si mihi pure, de leg. 2.* cum dixisset mihi, & servo meo eadem re legata, & ex persona mea, legato repudiato, deinde agnito ex persona servi, partem legati deficere, mox corrigit se his verbis, *nisi si quis dubitet*, *&c.* quibus statim totum legatum mihi per servum acquiritor. Sic etiam Ulp. apud Licin. Rufin. tit. 12. Si ita furnum habeas ad parietem communem, ut ex eo metuam, ne quod mihi ex eo periculum creetur, cum dixisset initio mihi in te competere actionem in factum accomodatam legi Aquiliæ: mox corrigit se his verbis, *nisi quis dixerat damni infecti sufficere actionem, ut & leg. si servus, §. si furnum, ad l. Aquiliam*: Ergo, *nisi*, est particula correctionis. Itaque non pugnat, imo consentit omnino *l. solent, cum hoc §.* ut scil. ex *facio, ut des* nulla detur actio civilis directa, vel utilis, quia nullum est civile negotium, cui illud adsimilari possit: ideoque solam suppetere actionem de dolo malo in eum, qui fidem fregit, id est, qui non dedit impleto facto ex una parte.

AD *§. Sed si*. Hic articulus *facio, ut facias*, plures species recipit, ex quibus duas tantum Paulus exponit in *§. sed si*, sicut & de articulo *do, ut des*, quamvis plures species recipiat, duas tantum posuit in *§. 1.* Potest enim eis addi species *l. si convenit*, *sup. de resc. vend. & l. Labeo*, *de contrah. emp. & l. 2. C. de pact. int. emp. & vend.* quæ est de pacto de re vendita: ut in illo loco Pauli *præscr. verbis*, vel *ex vendito*, non insubtiliter Ranconetus legebat. In extremo etiam hujus legis à duabus speciebus hujus articuli *facio, ut facias*, tandem transit ad 3. speciem, quam initio legis proposuerat, *manumitto, ut manumittas*, & quæ sola hunc elegantissimum tractatum ob rem dati extorsit Paulo. Prima autem species hæc est: Placuit inter me, & te, ut ego in tuo solo domum, aut villam ædificarem meis sumptibus, & tu similiter in meo tuis sumptibus. Si ego ædificavi, & tu cessas, mihi in te est actio præscriptis verbis, ut solvas quanti interest mea insulam in meo ædificari: vel ut mihi refundas impensas, quas ego feci ædificando in tuo solo: actio, inquam, præscriptis verbis proxima, & similis actioni mandati. Cur sit proxima, & similis actioni mandati, mox apparebit ex 2. specie, quam Paulus priorem facit. Placuit inter nos, ut ego à tuo debitore pecuniam Romæ exigerem meis sumptibus, & tu similiter à meo debitore Carthagini tuis sumptibus, ego posteaquam exegi à tuo, tu cessas exigere à meo, qua actione mihi teneris? Et Paulus tentat saltuatim suo more, modo teneri te mandati, modo non teneri. Et sunt in hoc §. veluti anterides quædam, & clausulæ, quæ confligunt invicem, & controversantur, & argumenta pressa admodum, & brevia, ut in tota hac l. hoc §. nullus sit explicatu difficilior. Primum tentat Paulus teneri te actione mandati, quia mandatum quodammodo ait intervenisse, aut contractum esse intelligitur: inter nos cessisse scil. & mandasse invicem videmur actiones, quibus tu à meo debitore pecuniam exigeres, ego à tuo debitore pecuniam exigerem, neque enim jus exigendi alieni debiti cuiquam est, nisi cessa sit ei actio à creditore, *l. 5. §. ult. sup. de neg. gest.* Et hoc loco, sine mandato, inquit, exigi pecunia alieno nomine non potest. Et M. Tull. pro Rosc. Amer. *Alteri petere nemo potest, nisi qui cognitor est factus*, id est, *procurator, cui cessa sit actio, seu mandata*, ut apud Titum Livium 39. *Turpe, & indignum est alienarum simultatum tribunum pleb. cognitorem fieri*, id est, vindicem, & quasi procuratorem earum persequendarum; alteri pacisci, vel stipulari cognitor, vel procurator non potest, alteri tamen petere potest utilitatis gratia, & negotiorum inter homines facilius expediendorum, id receptum est. Sicut & hoc, ut alteri procurator possidere, alteri possessionem acquirere possit, *l. 1. & 8. C. de acquir. poss.* non etiam illud, ut alteri pacisci, vel contrahere possit. Quod imo utilitas exigit ne recipiatur, nempe, ut per nos ipsos, non per alios, nisi sint in nostra potestate, ut nobis ipsis, non aliis, nisi in eorum simus potestate, paciscamur, aut contrahamus. Ad rem: si placuit inter nos, ut tu exigeres à meo debitore tuis impendiis, ut cum eo litigares tuis sumptibus, & ego à tuo, vel cum tuo: similiter quodammodo, inquit Paulus, mandatum intervenisse videtur, quia sine mandato exigi pecunia alieno nomine non potest, quia & extraneus nullam habet actionem. Cur ait *quodammodo*? quia scil. negotium ita gestum, ut proposui, egreditur notissimos mandati terminos, exceditve naturam causamque mandati: neque enim, qui mandatum alienum exequitur, id suis exequitur, sed domini sumptibus, vel si quos sumptus de suo prorogaverit, eos à domino repetit, *l. si quis alicui*, *§. pen. mand. l. 1. & 4. C. eod. tit.* non quia mandatum debet esse gratuitum, ut glossa ait: Nam quod dicitur, *mandatum debere esse gratuitum*, hoc eo pertinet, ut intelligamus, neque mercedem eum, qui mandatum suscipit, neque lucrum aliquod sibi ex ea re acquirere posse, *l. 1. & l. ita ut omnes, §. 1. mand.* Uno verbo, officium illud, quod amico amicus exhibet, lucro ei, vel compendio esse non debere, liberalem, & benignum non sequi lucrum, sed officium, ut M. Tullius ait in primo de leg. Consequens tamen huic verbo est, quod dicimus, nec dispendio etiam ei officium illud, aut damno esse debere, puta non debere eum exequi mandatum suis sumptibus, sine spe repetitionis scil. At in utraque specie, quam Paulus proposuit, hoc agitur, ut unumquemque impendia sequantur, ut tu mandatum meum exequaris tuis sumptibus, sine spe repetitionis, & similiter ego tuum meis sumptibus. Contra dici potest, nihilominus mandatum intervenisse videri, quia nihil damni facio, si meis sumptibus exigam pecuniam à tuo debitore, vel si ædifico in tuo solo meis sumptibus, cum tu parem mihi gratiam reddas exigendo à meo debitore, vel ædificando in meo solo tuis sumptibus. Denique mutuum officium est, *Gall. plaisir*. Ergo mandatum contrahi videtur: mandatum enim ex officio originem trahit: verba sunt *l. 1. mand.* Et sane, si quantum tu impendis in exigendo meo debitore, vel in insula fabricanda in meo solo, tantum ego impendam in simili negotio tuo. Si par impensa sit ultro citroque, nulla dubitatio est quin revera mandatum interveniat. At si sit dispar impensa, si ego de meo plus impenderim, quam tu de tuo in exequendo hoc, vel illo mandato, tunc merito dubitatur, an mandatum interveniat, quia hoc abhorret à natura mandati, ut mandatarius, sive procurator oneretur impensis, & ex administratione alieni negotii in damno versetor. Quia (ut ait Paulus) non de re tua tibi mando, sed de mea, & vicissim tu mihi de re mea non mandas, sed de re tua: ergo tu, qui mandas, sufferre debes impendia, ac similiter ego, si ego mandem. Posset tamen adhuc defendi (ita modo hanc, modo illam partem defendit Paulus) etiam hoc casu, quum par ratio impensæ non est, ultro citroque mandatum contractum videri; & mandati actionem esse, quia mandatum, ex pacto etiam naturam suam nonnihil excedere potest, sicut depositum, *l. Lucius*, *depos.* & locatio conductio, *l. in novo*, *loc.* & alius quilibet contractus, pacta enim contractui dant legem, & formam, *l. 1. §. si convenerit, depos. l. contractus, de reg. jur.* Et ita quamvis alia sit lex & natura mandati, alia depositi, tamen ex pacto mandatum recipere potest depositi, & custodiæ legem, ut *l. 1. quod si rem, depos.* Si tibi mandavi, ut rem meam per-

fer-

ferrea ad Titium, & Titio eam non recipiente, ut eam mihi custodires (ecce lex depositi) nec Titius eam acceperit, teneris mihi mandati, non depositi, quia plenius, inquit, fuit mandatum habens, & custodiæ legem, hoc est, quod ait hoc loco, *possum tibi mandare, ut & custodiam mihi præstes*. Non id dicit, quod vult Accursius, ut mihi præstes culpam levissimam in gerendo negotio meo: Nam etiamsi hoc non convenerit, constat à mandatario etiam levissimam culpam præstari, *l.13. C. mand.* Omnem culpam. Sed hoc dicit ex pacto mandatum posse recipere etiam depositi legem, & causam, ut in supradicto exemplo. Potest etiam in mandato contrahendo excipi pacto convento, ut non plus impendat mandatarius in exigendo debitore meo, vel domo ædificanda in solo meo, quam aureos decem, & si plus impenderit, ut id, quod plus est, non repetat contraria actione mandati, quamvis alias regulariter ex natura mandati, omnes sumptus bonæ fidei facti necessario, vel utiliter repeti possint, *l. qui proprio, §. pen. de procur. l. qui mutuam, §. ult. mand.* Cur ergo si in supradictis casibus mandatum excedit suos fines, & conditiones, si extraneas leges recipit, cur etiam non recipit, & admittit hanc pactionem? Hæc est mens Pauli, ut ego scilicet tuum mandatum exequar meis sumptibus, & tu æque meum tuis, nec possit nostrum quisquam repetere sumptus, etiam si qui à me, vel à te facti sunt, longe exsuperent eos, quos ego feci in re tua, vel tu fecisti in re mea: sed ut pari pecunia sumptus compensentur, & quod plus ab altero impensum fuerit, non repetatur. Cur, inquam, mandatum & hanc pactionem non recipiet? At finge, non uterque impendit, quia non uterque fecit illud, de quo convenit, sed alter fecit, alter cessavit, quod significavit in iis verbis: *Sin autem alter fecit*, ut recte scriptum est in Florent. A quibus quidem verbis resumit, reditve ad quæstionem initio hujus §. propositam, id est, quæ in cessantem competat actio. Et rursus tentat post illam longam disquisitionem, quod ad sensum attinet: quod ad verba, perbrevem: tentat, inquam, competere actionem mandati, quia & hic mandatum intervenisse videtur, quo colore? quasi scilicet quum actum est, ut quisque suis sumptibus exsequeretur mandatum, id tacite actum sit, ut non de re sua tantum id exsequerentur, quod natura mandati non patitur, sed ut invicem refunderent impensas, quas prorogassent. Tandem concludit Paulus, melius esse, & tutius disputationis, & ambiguitatis tollendæ causa, ut etiam ait in *l. 1. sup. de æstimat.* omissa actione mandati, agere præscriptis verbis proxima, & simili mandati actioni. Nec adjicit, vel condictione ob rem dati, quia facta revocari, facta infecta fieri non possunt, vel ut Phocylides ait, τὸ τετυγμένον ἄτυκτον. Qua ratione ait Plato, *reos criminum puniri, non quia male fecerint, facta enim revocari non possunt, sed ne deinceps idem perpetrent*. Ergo ex hoc articulo *facio, ut facias*, condictio facti nulla est, sed est actio præscriptis verbis, ut damneris mihi quanti interest mea, & pro tua parte, illud est, de quo convenit fieri, vel ut mihi refundas impensas, quas feci in exigendo, vel ædificando. Et postremo in *§. ult.* ad hunc articulum *facio, ut facias*, ostendit, pertinere speciem propositam initio hujus legis, quæ nos traxit in hanc disquisitionem totius tractatus ob rem dati. Placuit ut tu filium meum naturalem, qui tibi servit, manumitteres, & ego tuum: Ego tuum manumisi, tu cessas meum manumittere: ex hoc quoque negotio datur mihi in te cessatorem actio præscriptis verbis, ut damneris mihi quanti interest mea servum habere, quem manumisi: nam manumissio revocari non potest, *l. cum proponis, C. de dolo, l.5. §. si servum, sup. de cond. caus. da. l. si ex causa, §. ult. de min.* Nec si per actionem præscriptis verbis petam quanti interest mea servum habere, quem manumisi, reus quicquam eo nomine deducere poterit, quod libertum eum habeam, ut eo minus mihi præstet, quia hoc, quod scilicet libertum habeo æstimari non potest. Jus enim patronatus est inæstimabile. Et ideo nihil videtur consequi, aut locupletior non videtur fieri qui libertum acquirit, quamvis patronatus sint commoda innumera, *l.2. inf. quibus ad libert. proclam. non licet, l. nemo prædo, §.1. de regul. jur.* Qua ratione, & inter virum, & uxorem valet donatio servi facta manumissionis gratia, quia (ut eleganter ait Paulus 2. *Sentent. tit. 23.*) ea tantum donatio prohibetur inter conjuges, quæ accipientem locupletem facit, donantem pauperiorem. At quum donatur servus, ut mox manumittatur, nemo ex hoc fit locupletior, quamvis fiat patronus manumissor, & acquirat scilicet sibi libertum, quia ut jus patriæ potestatis, ita & jus patronatus est inæstimabile. Neque huic sententiæ obstat *l. idque, in fine, sup. de act. emp.* aut *l.26. de evict.* nec enim ex iis legibus colligi potest jus patronatus æstimari, vel locupletiorem esse eum, qui libertum habet, & pauperiorem, qui non habet: sed hoc tantum ex iis legibus colligitur, habenti libertum, quem sua sponte manumisit, in venditorem non competere pretii repetitionem, quia nihil ei abesse videtur facto venditoris. At non habenti libertum, competere pretii repetitionem. Pretii certa æstimatio est, & taxatio: patronatus vero nulla iniri æstimatio potest. Supplendum hoc tantum est ad *§. ult.* quum ait, *te non manumittente, posteaquam ego manumisi, condemnationem fieri, quanti interest mea servum habere, quem manumisi*: supplendum, inquam, *vel quanti interest mea filium meum naturalem à te manumitti*, ut *l.7. hoc tit.*

Ad L. LVII. de Ædil. edic. *Si servus mancipium emit, & dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor daturus est, quam si omnia præstiterit, quæ huic actioni continentur; & quidem solida, non peculio tenus. Nam etsi ex empto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur.*

Ad §. Quod si servus, *vel filius vendiderit, redhibitoria in peculium competit. In peculio autem & causa redhibitionis continebitur. Nec nos moveat, quod antequam reddatur servus, non est in peculio: non enim potest esse in peculio servus, qui adhuc emptoris est: sed causa ipsius redhibitionis in peculio computatur. Igitur si servus decem millibus emptus, quinque millibus sit: hæc quoque in peculio esse dicemus. Hoc ita, si nihil domino debeat, aut ademptum peculium non sit. Quod si plus domino debeat, eveniet ut hominem præstet, & nihil consequatur.*

Species *l.57. de ædil. edic.* est de actione redhibitoria, quæ emptori datur resolvendæ emptionis venditionis gratia ob morbum, vitiumve latens rei venditæ, cujus ipse nescius erat, emptionis venditionis tempore: quæ quidem actio, si servus, aut filiusfamilias emit, domino, vel patri competit in venditorem: vel si servus, aut filiusfamilias vendiderit, emptori competit in dominum, vel patrem. At multum interest, utrum ea actione agat pater, vel dominus: an in eum agatur, quod præcipue respondetur in hac l. Multum, inquam, interest hac actione agat pater, aut dominus, an cum eo agatur. Nam si servus, vel filiusfamilias mancipium emerit, & dominus, vel pater agat actione redhibitoria in venditorem, non ante admittitur ad redhibendum, & ad repetendum pretium emptionis, & accessionis ejus, & si quid emptionis causa servus, aut filius voluntate venditoris erogaverit forte uxori venditoris, ut fit, vel parario, aut proxenetæ. Nam hæc omnia veniunt in actionem redhibitoriam, etiam vectigal, ut ait *l. debet, hoc tit.* quod scilicet ex emptionibus venditionibus ærario inferebatur, veluti centesima primum, deinde ducentesima pretii, ut Cornel. Tacit. inquit, 1. & 2. *Annalium*: Et sequebatur vectigal illud emptorem, ut hodie empto vendito prædio vectigal, quod summo domino debetur jure feudi, sequitur emptorem. Ita in emptione venditione vectigal fisco debitum sequebatur emptorem: Et ut dixi, in emptionibus aliarum rerum erat centesima: post fuit ducentesima: in emptione venditione mancipiorum fuit quinquagesima, vel quinta, & vicesima, ut idem Tacitus scribit 13. *Annalium*, dum ait, Vectigal illud quintæ, & vicesimæ mancipiorum venalium fuisse remissum à Nerone emptoribus, venditore jusso id dependere. Sed, ut ait eleganter, fuisse remissum emptori, specie non reipsa, non effectu, quia id in partem pretii emptori accrescebat, unoquoque eo pluris vendente sua prædia. Locus est

sin-

Digitized by Google

singularis: Non ergo aliter hæc omnia in solidum repetit, & consequitur dominus, vel pater, qui agit redhibitoria, quam si & ipse in solidum præstet omnia, quæ huic actioni ex parte emptoris insunt, puta non servum tantum morbosum, aut vitiosum, sed & peculium, quod venditioni accessit, & id quod deterior servus venditus apud se factus est, & partus, & acquisitiones servi venditi, & cætera, de quibus in *l. 23. hoc tit. & aliis plerisque legib. hoc tit.* Ratio optima est, quia cum pater, vel dominus solidum sibi præstari à venditore desideret actione redhibitoria, æquitas compensationis exigit, ut & ipse solidum præstet, ut ex utraque parte resoluta emptione, omnia in assem, vel in integrum restituantur. Denique pater, vel dominus, qui agit redhibitoria, & solidum petit, debet & ipse vicissim solidum præstare, non fini peculii tantum, id est peculio tenus, *l. 9. in princ. de compensat.* Ait eleganter, per compensationem servari solidum, & teneri patrem, vel dominum ultra peculii quantitatem, & *l. 3. §. ult. rer. amotar.* Nam etiam (ut subjicitur in hac l.) si dominus, vel pater agat ex empto ad mancipium, quod filius, vel servus suus emit, consequendum, nihil actione ex empto consequitur, nisi solidum pretium venditori solvat, quia & rem solidam sibi tradi desiderat: nisi, inquam, totum pretium venditori solvat, & quæcunque venditori deberentur, si libero homini vendidisset, *l. cum fundus, §. ult. sup. de reb. credit.* Igitur si partem pretii offerat venditori pater, vel dominus: vel si offerat ad finem peculii tantum, quod is, qui emit habuit, nondum ei ex empto actio efficax est, quia venditor quasi pignus mancipium venditum retinet, quoad sibi solvatur integrum pretium, *l. Julianus, §. offerri, sup. de act. empt. l. quod si nolit, §. idem Marcellus, hoc tit.* quasi pignus, & pignoris causa individua est, *l. rem, de evict.* id est, non recipit pignus divisionem pecuniæ debitæ: aut totam pecuniam solvi oportet, aut, si vel relinquat debitor minimum, integrum pignus obligatum manet. Et hæc, si quum servus, aut filius emerit, dominus, vel pater agat ædilitia actione, id est, redhibitoria, vel civili actione ex empto. Videamus quid sit dicendum, si servus, aut filiusfamilias non emerit, sed mancipium peculiare tradiderit, & vendiderit: & in dominum, vel patrem emptor agat actione redhibitoria? Et hoc casu, quia dominus, vel pater nihil egit, vel agit, quo venditionem ratam habere videatur, quam fecit filius, aut servus, ideo ea actione non tenetur in solidum, sed ad finem modumque peculii dumtaxat, *l. 23. §. si servus, sup. hoc tit.* puta tenetur, ut servum venditum recipiat, & reddat emptori pretium, quod servo, vel filio numeravit, quodque in peculium servi, aut filii venditoris redactum est. Ut si mancipium emptum sit quinque millibus, sane quinque millia sunt in peculio servi, aut filii venditoris, videlicet si ei patre, vel domino non sit ademptum peculium, vel si nihil domino, aut patri debeat. Nam si ademptum ei sit peculium, vel si tantum, quantum est in peculio, aut plus quam sit in peculio patri, vel domino debeat, non intelligitur habere peculium, quia peculii id tantum est, quod superest, deducto eo, quod patri, vel domino debetur, *l. 10. de pecul.* Si ergo nihil superest, nihil est in peculio, & consequenter emptor, qui actione redhibitoria agit in patrem, vel dominum, servum, quem emit, reddet, redhibebit patri, vel domino. Vicissim ipse nihil à patre, vel domino consequetur, quia nihil est in peculio, & de peculio tantum pater, vel dominus tenetur emptori præstare actione redhibitoria, non de suo. At si non sit ademptum peculium, vel si nihil filius aut servus debeat patri, vel domino, conventus pater, vel dominus actione redhibitoria, debet præstare emptori quinque millia, quæ actor numeravit pro pretio mancipii venditi, quia ea quinque millia sunt in peculio. Et hoc est quod ait, *causam redhibitionis*, puta pretium, quod emptor persequitur actione redhibitoria, *peculio contineri*: causam sive rationem, ut in *l. 13. de tut. & ratio. distrah.* ait rationem emptionis judicio tutelæ contineri. Mancipium quidem venditum, antequam redhibeatur, non est in peculio servi, vel filii venditoris, quia in dominio est emptoris: post redhibitionem incipit esse in peculio ejus: ante redhibitionem non est in peculio ejus; quia est emptoris. Sed tamen etiam ante redhibitionem causa, & ratio, propter quam agitur actione redhibitoria (ea est pretium mancipii venditi) in peculio venditoris computatur. Et hæc est sententia hujus legis illo loco: *Igitur si servus decem millibus emptus quinque millibus sit*, est asyntheton, quia subintelligitur copula, *aut quinque millibus*, ut sit sensus, *sive venierit decem, sive quinque millibus, pretium ejus inest peculio venditoris*. Et delenda est in hunc locum Accursii glossa.

Ad L. XXXVI. de Ritu nupt. *Tutor, vel curator adultam uxorem ducere non potest: nisi à patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiis, secuta fuerit.*

VEnio ad *l. 36. de ritu nupt.* quæ est apertissima: nam in fi. l. additur exceptio ad Senatusconsultum quod factum est auctore Divo Marco, ne tutor, vel curator adultam uxorem ducat, antequam ei administrationis suæ rationem reddiderit, & transierint etiam tempora restitutionis in integrum. Qua de re sunt multæ leges in hoc tit. *nisi*, inquit, *à patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiis, secuta fuerit*. Despondetur à patre filia per stipulationem, ut apud Plautum in Truculento, *Spondes tuam natam uxorem mihi? Spondeo, & mille aurei Philippei doti erunt*. Destinatur nudo consensu, ut apud Horat. *Fortique marito Destinet uxorem*. Quod sequitur, *testamentove nominata conditione nuptiis, secuta fuerit*, ut legitur in Florentinis: depravatum videtur, & ita emendandum ex *l. si pupillum, ad l. Jul. de adult. Testamentove nominata conditionem nuptiarum secuta fuerit*. Testamento patris designata, ut in *l. pater, de cond. & demonst.* quam exceptionem etiam Senatusconsulto arbitror fuisse adjectam nominatim. Et nihil est præterea.

Ad L. XXVIII. de Pact. dotal. *Quæris, si pacta sit mulier, vel ante nuptias, vel post nuptias, ut ex fundi fructibus, quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum: eoque modo minorem dotem constitutam: Post nuptias vero, cum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur, ut dimittat creditorem. Et erit mera donatio.*

LEx 28. *de pact. dotal.* multum interesse ostendit, utrum ante nuptias, an post nuptias mulier paciscatur cum marito, ut ex fructibus fundi in dotem dati maritus dimittat creditorem mulieris. Nam ante nuptias pactum valet, & eo modo dos minor efficitur, ut ait. Cur ita? quia remoto illo pacto, fructus ante nuptias percepti augerent, & ampliarent dotem, *l. dotis, §. 1. l. si servo in dotem, sup. tit. prox. l. videamus, §. ante, de usur.* Post nuptias autem pactum non valet: quia, ut ait, mera donatio est, quæ jure civili inter conjuges vetita est. Doceo esse meram donationem. Fructus dotis post nuptias contractas, post contractum matrimonium, pro oneribus matrimonii pleno jure pertinent ad maritum, *l. pro oneribus, C. de jur. dot.* Quum ergo agitur post nuptias, ut de fructibus dotis maritus dimittat creditorem mulieris, id agitur, ut de suo eum dimittat, ut donet igitur mulieri. Ergo non valet pactum: Nam & eadem ratione non valet hæc pactio, ut fructus dotis post nuptias percepti dotem augeant, & restituantur soluto matrimonio: nam & hoc mera donatio est. Ac præterea ejusmodi pacto mulier indotata constituitur, *l. 4. hoc tit.* quia nisi oneribus matrimonii serviat, dos nulla est, *l. si pater mulieris, sup. tit. prox.* Ideoque dos à Martiano Capella dicitur *Repensatrix*, quia repensat onera matrimonii, aut certe non est dos. Denique non est dos, nisi fructus ejus cedant lucro mariti. Posset objici huic legi *lex Julianus, sup. tit. prox.* in qua ostenditur valere pactum, si mulier paciscatur ne à se viva dos exigatur. Exigatur ut in Basilicis, *μὴ ἀπαιτηθῆναι, non, excipiatur.* Cur ergo etiam pacisci non licet, ut non omnes fructus dotis maritus lucretur, sed ut ex iis dimittat unum creditorem mulieris? Respondeo in specie *l. Julian.* si mulier paciscatur, ne à se viva dos petatur, neque maritus quicquam

Digitized by Google

quam de suo donat, non petendo dotem, sustinendo petitionem dotis: mora hæc & sustentatio, donatio non est, neque mulier fit indotata, quia id agitur, ut post mortem mulieris vel fructus dotis manente matrimonio ab ea percepti, marito restituantur. Rursus objicitur *l. pen. hoc tit.* quæ ait, si convenerit inter virum & uxorem, ut fructus extremi anni matrimonii, qui solent dividi inter virum & uxorem pro rata temporis, quo extremo anno stetit matrimonium, ut *l. fructus, sol. matrim.* Si, inquam, convenerit, ut fructus ultimi anni, qui penderent, nec dum percepti essent, omnes lucro cederent mulieris, ait, ejusmodi pactum valere. Cui tamen profecto donatio inest: puta ut ex fructibus ultimi anni non ferat maritus pro rata sibi contingente portionem, sed omnes fiant mulieris. Et tamen valet ea pactio, eave donatio. Quidni? Cum & conferatur donatio in tempus soluti matrimonii, quæ omnino valet, *l. si eum, qui mihi, in fi. de donat. inter vir. & uxor. l. 10. de mort. causa donat.* sicut è contrario non valet donatio facta ante nuptias, quæ solet valere inter sponsas, *l. inter, de donat. inter vir. & uxor.* Sane non valet, si effectus ejus conferatur in tempus matrimonii: quia pro eo est, ac si constante matrimonio facta esset, *l. 4. C. de don. ante nupt.* arg. *l. 13. sup. de jurisd.* Conferri autem in *l. pen. hoc tit.* donationem in tempus soluti matrimonii, quo neque maritus, neque uxor est, ut mentio extremi anni matrimonii demonstrat, quia non potest sciri, quis sit extremus annus ante solutum matrimonium. Et ita hæc l. explicanda est, & omnino Glossa Accursii delenda.

Ad L. X. de Fun. dot. *Erit ergo potestas legis ambulatoria, quia dotalis fuit obligatio. Nunquid ergo etiam illo nondum redempto, alterum quoque alienare possit, quia potest alterum redimere? an hoc non debet recipi, ut nullus in dote sit? certe ex post facto videbitur recte alienatus, illo postea redempto.* C

PRæmittendum est, quod omnibus satis est compertum, lege Julia marito interdici alienationem fundi dotalis, ac deinde ponenda species in hunc modum: mulier marito in dotem dedit id quod maritus ei debebat sub alternatione, fundum Cornelianum, aut Sempronianum. Itaque in ejus arbitrio & electione erat quem vellet solvere, quia in alternativis, sive disjunctivis obligationibus electio est debitoris, nisi aliud actum sit in contrarium, *l. plerumque, §. ult. sup. de jur. dot.* An vero ea obligatione doti dicta sive promissa, erit etiam in arbitrio mariti, quem ex iis volet fundum alienare, & alterum servare quasi dotalem? Et jam in *l. 9. superiore*, Africanus hujus rei electionem marito permisit, non ut semel tantum optet quem velit, ut fit in electione servi legati, *l. 5. in princ. de leg. 1.* vel in contractu data electione nominatim, *l. eum, qui certarum, §. ult. de verb. obligat.* sed etiam ut subinde mutet voluntatem, & varie atque inconstanter iterum atque iterum eligat quem fundum velit alienare, quem retinere quasi dotalem, ut si forte Cornelianum elegerit, quem alienaret, & alienaverit, hunc rursus mutata voluntate, quamdiu matrimonium constant, possit redimere & servare quasi dotalem, & alienare Sempronianum, quem retinuerat ante. Nominatim data electio contractior est, quia districte & præcise electionem injungit: Non nominatim data electio, sed quæ tacite inest, veluti promisso *illo, aut illo fundo*, ea liberior, aut laxior & latior est, nec brevitate constringitur, nec debet ita constringi, ut fiat scilicet semel duntaxat. Idque etiam Paulus sensit, qui ex eo colligit evenire, ut prout maritus mutaverit voluntatem, ita ad ejus arbitrium & libidinem accomodetur, veluti Lesbia regula, & reflectatur potestas legis Juliæ, ut scilicet quemadmodum ambulatoria est obligatio illius, aut illius fundi: & ambulatoria voluntas ejus, qui debet sub alternatione illum fundum: ambulatoria voluntas debitoris, id est, mutatu facilis, ita ambulet etiam, & quasi gradum mutet potestas legis Juliæ, & modo exerceatur in fundo Corneliano, modo in Semproniano, quia, inquit, dotalis fuit obligatio: emenda, quia talis fuit obligatio: talis, id est, ambulatoria, nimirum alternata. Plus adjicit Paulus, electo & alienato

A fundo Corneliano, necdum redempto, posse etiam maritum Sempronianum alinare, & alienationem valere, ac confirmari, si modo postea Cornelianum redimat, & habeat quasi dotalem: interim in pendenti esse alienationem fundi Semproniani; idque evenire, quod evenit sæpenumero in jure, ut ex post facto confirmetur quod erat in pendenti, quod erat imperfectum, *l. proinde 8. de reb. cred. l. 25. §. 1. de usufr.*

Ad L. XLIV. sol. Matrim. *Si socer à genero heres institutus adierit hereditatem: quandoque mortuo patre, cum herede ejus filiam de dote acturam, Nerva & Cato responderunt: ut est relatum apud Sextum Pomponium Digestorum ab Aristone libro quinto, ibidem Aristoni consensit: ego dicerem, etsi emancipasset pater filiam, ipsum quoque conveniri posse.*

B Ad §. Lucius Titius, *filiæ suæ nomine, centum doti promisit Gajo Sejo, & inter Gajum Sejum, & Lucium Titium patrem mulieris convenit, ne dos à viro vivo Lucio Titio, id est, patre mulieris peteretur: postea culpa mariti divortio facto solutum est matrimonium. Et pater mulieris decedens, alios heredes instituit, filia exheredata: Quæro an ab heredibus soceri maritus exigere dotem potest, cum eam mulieri redditurus est? Respondi: Cum filia, aliis a patre heredibus institutis, actionem de dote sua reciperanda habere cœperit: necesse habebit maritus, aut exactam dotem, aut actiones ei præstare: nec ullam exceptionem habebunt soceri heredes adversus eum. Cum absurde dicitur, dolo videri eum facere, qui non ipsi, quem convenit, sed alii restituturus petit: alioquin, & si post mortem patris divortisset, nondum exacta dote, excluderetur exactione dotis maritus, quod non est admittendum, sed etsi ex parte filia heres patri suo exstiterit, debebit maritus coheredes ejus pro parte virili exigere, & mulieri reddere, aut actiones ei præstare.*

DUæ in hac l. proponuntur species. Prima hæc est: morte viri soluto matrimonio, viro socer, id est, pater mulieris, qui eam habet in potestate, heres ex testamento extitit, an ab eo potest filia dotem repetere? quod prima facie videtur tentari posse, quia dos à patre data filiæ nomine, bonis patris abscessit, & cœpit esse ipsius filiæ proprium patrimonium, quamvis sit in potestate patris, *l. 4. de collat. bon. l. ult. de collat. dot. l. 3. §. sed utrum, in fi. de minor.* Et verius est tamen, nec de dote sua repetenda & recuperanda filiæ esse actionem in patrem, qui eam habet in potestate. Lis enim nulla, ne de dote quidem nobis

D esse potest cum parentibus, in quorum potestate sumus, ne permissu quidem prætoris, *l. 4. de jud. l. 8. de in jus voc. l. 16. de fur.* Ergo vivo patre non poterit filia ab eo dotem repetere, quasi ab herede mariti. At mortuo patre eam repetere poterit ab hereda ejus actione rei uxoriæ, vel hodie ex stipulatu. Repetitio igitur dotis profectitiæ, quæ communis erat patri & filiæ, *l. 3. sup. hoc tit.* ex persona patris confunditur, adita generi hereditate, non ex persona filliæ. Denique ex sola patris persona confusio fit, non etiam ex persona filiæ, ut in simili casu, *l. Granius, de fidejuss.* Et ita Nervam & Catonem respondisse Paulus ait, esse relatum apud Sextum Pomponium ab Aristone *Dig. libro quinto*, & ibidem Aristoni consensisse. Ita Florentini scriptum habent recte, & hoc sensu responsa illa Nervæ & Catonis ab Aristone, id est, ex Aristone esse relata 5.

E *Digestor.* Sexti Pomponii, & ibidem Sextum Pomponium accedere sententiæ Aristonis, consentire Aristoni suffulto auctoritate Nervæ & Catonis. Ex iis vero colligit Paulus sublato etiam vinculo patriæ potestatis emancipatione, emancipata filia, filiæ salvam esse repetitionem dotis permissu prætoris adversus patrem, quasi heredem mariti. Nam ita Paulus à pari argumentatur: ut morte patris soluto vinculo patriæ potestatis, filiæ dotis repetitio competit, ergo & eodem vinculo sublato emancipatione, Glossa docte ait, locum esse à pari, cujus scilicet maxima propositio hæc est. In rebus paribus, aut æque probabilibus, quod in una re verum est, id etiam in altera verum esse. Et ita in aliis plerisque causis casus mortis patris ducitur ad causam emancipationis: & contra *l. 11. si cui, de legat. 3. l. 3. C. de instit.*

Instit. & subst. Conclusio igitur hæc sit: mortuo patre, qui marito heres extitit, filiam ab herede ejus dotem repetere posse, vivo patre non posse ab eo illam dotem repetere, nisi emancipata fuerit, quia quo minus eam repetat, patria potestas impedimento est, qua sublata emancipatione, atque adeo sublato impedimento, consequenter mulierem etiam à patre dotem repetere posse. Quintilian. lib. 11. cap. 1. inter patres, inquit, filiosque cum intervenisses emancipatio, litigatum scio.

AD §. Lucius. Altera species l. quæ proponitur in §. Lucius, hæc est: Cum socer genero dotem diceret, vel promitteret filiæ nomine, pacti sunt inter se, ne à socero dotem, quamdiu viveret, dictam, vel promissam gener exigeret: quæ pactio recepta est etiam muliere dotem dicente, vel promittente, l. Julianus, sup. de jur. dot. l. ob res, §. ult. de pac. dot. Postea vivo socero, atque ita nondum genero parta, & permissa exactione dotis, culpa generi solutum est matrimonium. Deinde moriens socer alios heredes instituit, filiam exheredavit, quod scilicet dote eam contentam esse vellet, ut l. qui volebat, de heredib. instit. Lcum mus, §. ult. de alim. leg. l. emptor, §. ult. de rei vind. Neque vero alias unquam exheredatio dote filiam spoliat, quæ ejus cœpit esse proprium patrimonium, l. un. §. videamus, C. de rei uxor. act. Quæritur autem, an mortuo socero post divortium factum culpa mariti, ut posuimus, an possit maritus ab heredibus soceri dotem exigere, quam restituat mulieri? Et respondet posse: imo debere eam exigere ab heredibus soceri, ut mox exactam mulieri præstet, aut si nolit eam exigere, debere mulieri cedere actionibus suis adversus heredes soceri: cessionem actionum pro justa præstatione esse, l. quod debetur, de pec. Quia mulieri sane adversus eum dotis repetitio competit, & quidem dotis integræ sine ulla diminutione, sine ullius partis retentione, licet ex eo matrimonio liberi supersint, & ipsa nuntium remiserit, & diverterit prior, quia vitio mariti factum divortium est: Hac ratione mulieri integræ dotis repetitio competit, Paulus 2. Instit. tit. de dotib. Si divortium, inquit, matrimonii fit, & hoc sine culpa mulieris factum est, dos integra repetitur. Marc. Tull. in Topic. Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remiserit, tamen pro liberis manere nihil oportet, id est, integra dos restituenda est mulieri. In quem locum Boetius adduxit supradict. Pauli sententiam ex 2. Institutorum, ut ait Boetius: Nam promiscue dicebant Latini instituta, & institutiones: ut commenta, & commentationes. Exigentem vero maritum dotem ab heredibus soceri, subjicit Paulus hoc loco, non posse repelli exceptione doli, quod eam mox restituturus sit statim atque exegerit ab heredibus soceri, quia hæc exceptio sive regula, Dolo facit, qui petit, quod redditurus est, l. 8. de doli except. locum tantum habet in eo, qui redditurus est ei, à quo petit, non si alii redditurus est. Et ideo recte maritus dotem petit ab heredibus soceri, quia eis redditurus non est, sed mulieri, cui & eo nomine tenetur. Ergo cum effectu dotis exactio marito competit post mortem patris, licet vivo patre culpa ejus divortium factum sit, & multo magis, si mortuo jam patre: & marito igitur jam quæsita exactione dotis adversus heredes ejus, quia pactum factum cum socero fuit personale, & divortium factum est culpa mariti ante dotem exactam. Nam & similiter dotem exigere poterit ab heredibus soceri, sine metu supradictæ exceptionis, ut eam dotem mox mulieri restituat: posui mulierem fuisse exheredatam à patre. Quid si à patre ex parte fuerit heres scripta? Quid si in solidum sive ex asse? Si ex asse, sane dos ab ea exigi non potest. Dotem ab ea maritus exigere non potest, quia tunc sane locus est supradictæ exceptioni: Dolo facis, qui petis, quod te mihi mox restituere oportet. Ac similiter, si ex parte sit heres scripta, pro sua parte maritus ab ea dotem exigere non potest. Eadem ratione, propter exceptionem doli mali à coheredibus ejus potest, pro parte eorum virili, id est, ἀναλόγως, pro rata, l. 1. C. unde lib. §. ult. Instit. de inoff. test. A coheredibus igitur maritus pro rata portione dotis exigere potest, ut eam portionem dotis exigere potest, ut eam portionem dotis mox restituat mulieri, nisi malit ei cedere actionibus suis adversus coheredes, pro portione, qua ad eos patris hereditas pertinet. Et ita est explicanda altera species hujus legis.

Ad L. XLIV. de Bonis libertorum. *Si patronum ex debita portione heredem instituas, & pure roges fundum dare, eique sub conditione tantundem leges: in conditionem fideicommissum redigitur, erit tamen & hic, quod moveat. Onerabitur enim patronus satisdatione fideicommissi, sed dicendum est ab eo fideicommissario cavendum, à quo patrono legatum est, ut undique patroni suum jus habeat imminutum.*

Ad §. Patronus *heres institutus, legato ei servo, per quem suppleretur debita ei portio, non petet contra tabulas bonorum possessionem, quamvis servus elusis tabulis decessit.*

Ad §. Si ex bonis, *quæ mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus in hereditate, vel legato: servus tamen post mortem liberti reversus ab hostibus ungeat patrimonium: non potest patronus propterea queri, quod minus habeat in servo, quam haberet, si ex debita portione esset institutus. Idem est, & in alluvione, cum sit satisfactum ex his bonis, quæ mortis tempore fuerunt. Idem est, & si pars legati liberto relicti ab eo, cui simul datum erat, vel hereditati, nunc illis abstinentibus, adcrescat.*

SCiendum est liberto vita decedente sine liberis testamento facto, patrono ejus deberi portionem legitimam, id est, ut olim obtinuit l. Julia, & Papia, semissem omnium bonorum, quæ liberti fuerunt mortis tempore: vel, ut hodie obtinet, trientem ex Constitutione Justiniani, quæ quidem portio si patrono relicta non sit, datur ei adversus institutos, & scriptos heredes testamento liberti bonorum possessio contra tabulas, non in assem, sed ejus tantum portionis evincendæ gratia. Hæc est debita portio reverentiæ patronali, ut ait l. si patronus, inf. de don. Portio, inquit, ex legibus debita reverentiæ patronali, & quæ sane ei debetur pure sine onere, sine dilatione, & conditione, sine mora ulla, l. sive libertus, §. 1. & 2. sup. de jure patronat. sine onere legati, aut fideicommissi, vel quo alio onere, aut incommodo, l. seq. & l. cum patronus, de leg. 2. Lisa fidei, §. ult. de jure fisci. Eodemque jure est portio legitima debita liberis ex parentum bonis, qui testati vita decedunt, quæ olim fuit quadrans ex l. Glicia, & quadrans ejus, quod ab intestato habituri erant. Hodie est triens, si sint quatuor liberi: vel semis, si sint plus, quam quatuor liberi, ex Nov. Just. nam & hæc, quæ liberis, aut vicissim à liberis parentibus debetur portio legitima, debetur sine ullo onere optimo jure, optima conditione, quantum potest l. 12. in qua, quod onus videtur esse fideicommissi mutui sive reciproci, si quis recte animadvertat, non est onus proprie in l. 12. l. 30. 32. & 36. C. de inoff. testam. Utraque portio, quæ, vel debetur patronis, vel parentibus, vel liberis, est veluti æs alienum. Et ita appellatur in Novella Justiniani 18. χρέος, id est, debitum bonorum subsidium, la legitime, l. si totas, C. de inoffic. donat. Ut autem si creditori, id, quod debes, leges, vel si uxori dotem leges, quæ te defuncto omnimodo quasi res sua ad eam redire debet, nullum ei legato onus imponere potes, l. 7. §. ult. de leg. 3. Ita nec si portionem legitimam patrono, aut filio relinquas. Huc pertinet, quod initio hujus legis proponitur: Libertus patronum ex debita portione heredem fecit, & pure rogavit, ut ex ea portione sua L. Titio fundum daret. Denique debitæ portioni imposuit onus fideicommissi. Verum mox exonerandi, & allevandi patroni gratia, eidem quanti fundus ille dignus fuit, tantundem ei à coherede sub conditione legavit, ne patroni portio oneretur. Eleganter ait, fideicommissum, quod erat purum, ad conditionem legati redigendum esse, ut scilicet non ante Lucio Titio fideicommissario debeatur, quam exstiterit conditio legati patrono à coherede relicti, fideicommissi repensandi gratia. Hoc tentat primum Paulus: deinde aliud atque diversum more suo: imo nec in eam conditionem fideicommissum redigendum esse, quia & hoc genere oneratur portio patroni propter satisdationem fideicommissi,

missi, quam L. Titio præstare pendente conditione patronus debet, ex edicto prætoris, *ut legatorum nomine caveatur:* quæ qoidem satisdatio, id est, datio fidejussorum legati, aut fideicommissi nomine, non tantum est inventu difficilis, quod pauci inveniantur sani, & prudentes, & idonei, qui pro aliis spondere velint, *l. 6. sup. si cui plus quam per leg. Falcid. l. omnes, §. præterea, C. de Episc. & cler.* sed etiam satisdantem fidejussoribus obligat ex causa mandati. Igitur ut per omnia exoneretur patronus, & undique jus suum habeat imminutum, illibatum, integrum, purum, portionem suam immunem, concludit ad extremum Paulus, melius esse, ut L. Titio quasi conditionalis fideicommissi nomine satisdet non patronus, à quo fideicommissum, aut legatum relictum est, ne subeat istud onus, sed coheres, à quo legatum patrono datum est, qui casus est valde singularis, ut videlicet de fideicommisso satisdet, à quo fideicommissum relictum non est. Et recipitur hoc potius, quam ut oneretur patronus in portione sibi debita.

AD *§. Patronus heres institutus, &c.* Nihil interest, quo jure patronn debita portio relinquatur, jure legati, vel fideicommissi, vel mortis causa donationis, an jure hereditario, ut in *§. seq.* nam & liberis testamento parentum quocunque jure, quocunque titulo debita portio ante Novell. Justin. 155. relinqui potuit, *§. ult. Inst. de inoff. test.* Et ad eundem modum potest patrono relinqui portio legitima quocunque titulo, ergo partim uno titulo, partim altero. Quidni? partim jure hereditario, partim legati. Exempli gratia. Patrono herede instituto ex minore parte, quam sit legitima, & servo ei legato supplendæ legitimæ portionis gratia: nam hoc modo recte satisfit patrono, quia integram habet portionem legitimam: nec nos movet, quod eam habet non eodem, sed diverso jure, cum ob eam rem ejus nihil intersit, modo habeat integram. At ita posita specie, quæritur quid sit dicendum, si servus ei legatus vita decesserit, clausis tabulis testamenti, id est, antequam dies legati cederet: neque enim ex lege Papia dies legati cedit ante apertas tabulas, *l. un. de cad. toll. & Ulp. lib. sing. reg. tit. de leg. in fin.* Quid ergo si ille servus decesserit ante apertas tabulas, quæ res inane constituit legatum? Et ait, hoc etiam casu patrono satisfactum videri, nec posse eum quicquam queri, aut expolluiare petita bonorum possessione contra tabulas, quia tempore mortis liberti, quod in hac causa spectari debet semper, patronus habuit plenam portionem suam, supervixit enim liberto servus legatus. Et satis est, si vel momento, cum moritur libertus, patronus habeat integram portionem suam. Sane enim aliud dicendum esset, si servo supervixisset libertus testator, quia tempore mortis patronus integram, & plenam portionem non habuit, quia legatum defecit vivo liberto. Et ita est explicandus hic §.

AD *§. ult.* In §. ult. ostenditur, etiam nihil referre, quo jure portio debita patrono relinquatur, jure hereditatis, an jure legati. Ac præterea ostenditur satis esse patrono relinqui portionem debitam, id est, semissem, vel trientem eorum bonorum, quæ liberti fuerunt cum moreretur. Nunc finge, jure legati patrono relictum servum, qui sufficit portioni debitæ ex bonis, quæ liberti fuerunt, mortis tempore pretium ejus servi efficere semissem bonorum, aut trientem. Vivo autem liberto servum captum, post mortem liberti ab hostibus rediisse postliminio in potestatem heredum liberti: Vel finge, fundo hereditario post mortem liberti flumen per alluvionem aliquid adjecisse: Vel finge, post mortem liberti legati, aut hereditatis liberto, & alii simul, id est, conjunctim relicti relictæve, abstinente collegatario, vel coherede, partem alteram heredibus liberti accrevisse? jus accrescendi post quæsitam defuncto partem suam, transmittitur ad heredes, quia pars parti accrescit, *l. si ex plurib. de suis, & legit. heredib. l. ex scriptura, §. ult. de condit. & demonstr.* His tribus modis, qui expositi sunt, jure postliminii, jure alluvionis, jure accrescendi, post mortem testatoris augetur hereditas, augetur patrimonium. Et sane si patronus ex debita portione sit heres institutus, his quoque modis augetur portio patroni. Sed si jure legati relicta ei sit debita portio, his modis non augetur legatum, quia quod hereditati accedit, vel accrescit post mortem testatoris, lucro heredum cedit, non legatariorum. Nec queri potest patronus, quod nunc minus habeat ex legato, quam si ex debita portione heres esset institutus, non legatum accepisset, quia in incrementi hujus portionem veniret, si esset institutus, in quam legato accepto venire non potest. Non est, inquit, quod de ea queratur patronus, cum satisfactum sit ei ex bonis, quæ mortis tempore fuerunt: jure legati ei relicta fuit portio legitima: sed satisfieri ei debet ex bonis, quæ fuerunt mortis tempore, non ex iis, quæ postea accesserunt. Et recte *l. servi, sup. ad leg. Falcid.* servos post mortem testatoris reversos ab hostibus quantum ad legem Falcidiam attinet, locupletiorem facere heredem, & prodesse scilicet legatariis, ut vel solida legata capiant sine deductione Falcidiæ, vel minus ex iis jure Falcidiæ detrahat heres, non etiam, ut plus capiant, quam datum eis sit ex bonis, quæ mortis tempore fuerunt: quantum ad l. Falcidiam attinet, inquit, ad differentiam legis Papiæ, quasi dicat, quantum ad l. Falcidiam, non quantum ad legem Papiam: nam fictio postliminii, quæ fingit eum, qui rediit ab hostibus, retro in potestate domini fuisse, admittitur in l. Falcidia, non in l. Papia. Cur ita? ne plus habeat patronus, quam ei legatum sit ex bonis, quæ liberti fuerunt mortis tempore, contra voluntatem testatoris, quum scilicet legatum illud sufficit debitæ portioni. Et hic quoque locus valde singularis est.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. VI. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LXX. de Jure dotium, quæ conjungenda est cum l. in ambiguis LXXXV. de Reg. jur.

IN *ambiguis*, inquit, *pro dotibus respondere melius est:* quia ait *melius est*, videtur respicere ad formulam actionis rei uxoriæ, cujus sæpe M. Tull. mentionem facit. Formula hæc est: *quod æquius melius sit dari, repromittive*. Cujus regulæ ratione ea actio dicitur esse concepta in bonum, & æquum *l. eas, sup. de cap. minut.* & proculdubio ad eam quoque formulam respicit *l. si cum Cornelius, in fin. solut. matr.* illo loco: *Æquius melius est*, quæ tractant de actione rei uxoriæ. Instruit autem hæc regula juris non judices, sed Jurisconsultos, quoniam ait, respondere. *Respondere* est proprium JC. pronuntiare judicum. Et secundum hanc quoque regulam Papinianum respondisse refertur in *l. 2. tit. seq.* si convenerit, ut quoquo modo soluto matrimonio liberis intervenientibus dos apud virum remaneat, qui sermo ambiguus est. Nam duobus differentibus modis intelligi potest *l. cum Stichus, inf. de solut.* Vel enim intelligi potest ille sermo in hunc modum, ut quoquo alio modo, quam morte viri soluto matrimonio liberis intervenientibus dos apud virum remaneat, vel etiam morte viri soluto matrimonio apud heredes viri. Papinianus, inquam, in hac quæstione ambigua, & dubia respondit, non videri convenisse, ut morte viri soluto matrimonio dos maneret: nec si id nominatim convenisset, conventionem valere, quia est contra dotem, id est, quia mulierem indotatam facit, quæ supervixit viro. Proinde mortuo viro liberis mulierem esse potiorem in repetenda dote actione rei uxoriæ, quæ dicitur actio dotis recuperandæ, *l. filiæ meæ, inf. solut. matr.* ut arbiter dotis recuperandæ, qui ei actioni addictus est, *l. Titia, de solut.* In ambigua quæstione scilicet, & dubia interpretatione Papinianus respondit pro dote, id est, pro muliere, qoæ de dote sua recuperanda agit. Et ita potest non male hæc regula accommodari ad actionem dotis recupe-

randæ, quæ finito matrimonio mulieri competit. At secundum hunc titulum de jure dotium, qui proprie est de actione petendæ dotis, quæ marito competit ex stipulatione, vel repromissione, seu dictione dotis, vel hodie ex nuda pollicitatione, non etiam est & hic titulus de actione dotis recuperandæ, cui proprie dicatus est titulus soluto matrimonio. Secundum hunc titulum, inquam, hæc regula accommodanda est ad petitionem dotis, quæ marito competit, quamvis ea sit stricti juris, illa autem, quæ mulieri competit bonæ fidei, nimirum sumpto exemplo ex *l. nuptura*, *hic*, nuptura filiosfam. ita dotem promisit socero: *Quod filius tuus mihi debet, doti tibi erit*, quæ oratio ambigua est: nam & hunc sensum admittit: *Quod filius tuus mihi debet in solidum, quia mihi obligatus est in solidum*, & hunc sensum, *quod filii tui nomine mihi debes peculio tenus, non in solidum*. Et favor dotis priorem interpretationem inducit, quæ efficit, ut amplior dos socero debeatur, ad quem hujus matrimonii onera spectant, *l. si filia*, *§. 1. famil. ercisc.* Et ita respondetur in *d. l. nuptura*, huic regulæ convenienter. Sumatur & exemplum ex *l. tali 48. hoc tit.* nuptura promisit in anno proximo dotis nomine decem dari. Ambigua oratio est, ibi, *in anno proximo*: nam incertum est ex quo die annus numerandus sit, ex die interpositæ stipulationis, an ex die nuptiarum, quæ varietas magnum momentum habet: nam si ex die nuptiarum, secutis nuptiis, proculdubio dos ex ea obligatione ille annus numerandus est, & si nuptiæ non fiant intra annum, dos etiam ex ea obligatione deberi videtur. Quod si quis dixerit, & eo casu dotem deberi, absurde dixerit, quia dos sine nuptiis esse non potest. Ergo completo anno, nondum secutis nuptiis, ex ea obligatione dos deberi non potest, quia deficit conditio, quæ stipulationi dotis tacite inest, si nuptiæ sequantur, quia non sunt secutæ nuptiæ intra annum, *l. 22. hoc tit.* Et ex iis quidem duabus interpretationibus ea sumitur, quæ pro dote, id est, pro marito facit, qui dotem petit. Ea scilicet sumitur interpretatio, quæ efficit, ut dos omnino debeatur, numerato anno ex die nuptiarum, non quæ efficit, ut aliquo modo non debeatur, numerato scilicet anno ex die stipulationis, & non factis nuptiis intra annum; maritus sustinet onera matrimonii, ideo quoties interpretatio dotis, quæ ab eo petitur, est dubia, secundum dotem, id est, secundum maritum respondendum est. Ut & de libertate dicitur in *l. 20. de reg. jur.* Sumi etiam aliud exemplum potest ex *l. 11. tit. seq.* Si promissa, vel dicta dote, socer ita cum genero paciscatur, ne se vivo dos petatur, neve constante matrimonio, hæc postrema verba, *neve constante matrimonio*, ambigua sunt, quia duas differentes sententias exprimunt: vel, ut constante matrimonio se vivo non petatur, ἀπὸ κοινοῦ, sive à communione repetitis superioribus verbis, *se vivo*: vel, *ne omnino petatur à se, vel herede suo constante matrimonio, sed finito matrimonio demum*. Ac prior interpretatio favorabilior est, ergo amplectenda, ut scilicet marito statim atque socer diem suum objerit, dotis petitio competat: alioqui constante matrimonio mulier videbitur esse indotata. Indotata enim esse videtur, cujus dos non servit oneribus matrimonii, id est, cujus fructus maritus non percipit, *l. 76. hoc tit.* Et hæc quidem exempla nos ad hanc regulam adponere oportet, ut arbitror, eamque accommodare, non tantum ad repetitionem, sed etiam ad petitionem dotis. Non possum probare exempla, quæ Accursius, Hugolinus, & alii interpretes tam Latini, quam Græci afferunt in hanc regulam, quia ei convenire nullo modo videntur. Ac primum, quod favore dotis constituitur in *l. ult. in fi. C. ad Vellej.* & in *l. 9. §. si res, h. t.* proprie non pertinet ad hanc regulam, quia is favor non versatur in ambiguis rebus, in ambiguis quæstionibus, aut verbis, sed in certis atque perspicuis, qui certe longe major est favor, quam qui versatur in ambiguis: nam major est ratio favere doti in re ambigua, quam in re perspicua, sive contra rationem perspicuam. Ex eo tamen favore, qui major est, non nego, ad hunc, qui minor est, nos posse argumentari hoc modo: Si in perspicuis rebus favetur dotibus contra jus certum, atque confessum, & in ambiguis multo magis, ut in *d. l. ultim.*

A

constituitur, non juvari mulierem; quæ pro alia muliere dotem spopondit, vel pollicita est. Quod est perspicue contra SC. Vellejanum, introductum favore dotium, longe maxime ubi nulla suberat ambiguitas. Et cum in *d. §. si res*, si quis res tradiderit pro muliere, ea lege, ut sequutis nuptiis dotis fierent, & transirent in dominium mariti, & post mortem ejus nuptiæ sequantur, quamvis perspicuum sit, & evidens dominium earum rerum, quod heredi per aditionem quæsitum est, ab eo herede invito, & sine facto ejus discedere non posse, tamen contra hanc rationem juris, quæ manifestissima est, favore dotis, ne mulier sit indotata, lex ait, *secutis nuptiis post mortem promissoris, dominium earum rerum ipso jure in maritum transferri, si heres absit, vel nolit approbare, quod defunctus fecit*. Certissimum etiam est nihil ad hanc regulam pertinere *l. prox. §. gener,*

B

sup. quam hic glossa adduxit. In quo §. ostenditur, dotem à socero simpliciter promissam pro filia non demonstrata re, vel quantitate, boni viri arbitrio promissam videri, id est, pro modo facultatum, & pro dignitate mariti. Quod nihil pertinet ad hanc regulam, quia hoc non est in ambiguis pro dotibus respondere. Ubi enim est ambiguitas? obscuritas potius est, quam ambiguitas. In obscuritate autem quæritur, quid actum, vel dictum: in ambiguitate, utrum actum, vel dictum sit. Et ita ambigua ab obscuris separantur, *l. veteribus, sup. de pact.* Nihil etiam ad hanc regulam pertinet *l. dotem, quæ, hoc tit.* quam & Glossa adfert, ex qua lege, dos quæ in priore matrimonio fuit, & renovato matrimonio post divortium, & ipsa dos tacite renovata intelligitur, nisi probetur aliud convenisse, nam in ea re nulla erat ambiguitas, nihil est evidentius. Male

C

etiam exempli loco afferunt *l. ult. C. de dot. promiss.* ex qua pater, qui simpliciter dotem certam filiæ constituit, vel filiæ nomine promisit, non demonstratis bonis, ex quibus ea dos solveretur, vel etiam, qui ex suis, & filiæ bonis dixit, se eam dotem constituere, si sit solvendo, si sit locuples, totam eam de suis bonis constituisse intelligitur, ut constituitur in *d. l. ult.* An vero hoc est in ambiguis pro dotibus respondere, vel definire? minime: Quia hoc magis est pro filia, quam pro dote, nimirum ut non dotetur de patrimonio suo, veluti de bonis maternis, sed de bonis paternis, de patrimonio patris, quia ut eadem ipsa lex ait, paternum officium est dotare filiam. Non placet etiam exemplum, quod afferunt ex *l. si sponsa, hoc tit. & l. quæsitum, §. ult. & l. seq. de privil. cred. vel de bon. auct. jud. possid.* ubi privilegium exactionis, quod mulier habet in dote repe-

D

tenda, quo præfertur omnibus creditoribus, datur etiam ei in quasi dote repetenda. Dos est, quæ justo matrimonio cohæret, *l. dotem, de castr. pecul.* quasi dos, quæ non justo, vel nullo matrimonio cohæreat, ut si minor 12. annis nupserit, & quasi uxor, quum in ea ætate non possit esse uxor, etsi ducta fuerit in domum quasi mariti, & mox divorterit: vel si sponsa dotem dederit, neque nupserit postea, & hæc & illa in repetenda quasi dote habebit privilegium exactionis. Hoc vero est privilegium dotis exigendæ porrigere ad quasi dotem, non in ambiguis pro dote respondere. Non placet etiam aliud quod Græci in hac l. proponunt: si ambigatur filiæfamilias nubenti consenserit pater, ut debet, quo fiant justæ nuptiæ, an non consenserit, quia hoc genere de jure matrimonii principaliter quæritur, valeat, nec ne, de dote nihil. Et in illa quæstione tamen id placet accipi in dubio, quo matrimonium magis valeat, quam pereat, ut

E

in *l. 13. de rebus dub. & in cap. videtur, ext. qui matrim. accus. non poss. & cap. licet quædam, in fine, ext. de testibus.* Item displicet aliud, quod iidem ponunt, si ambigatur dos sit æstimata, an non æstimata. Hi duo casus multum inter se distant: nam dotis inæstimatæ periculum, si forte pereat casu majore, pertinet ad mulierem, dotis æstimatæ ad virum, quia pro emptore habetur. In ambiguo ait, judicem debere statuere dotem esse æstimatam, ut periculum sit mariti, si forte res dotales perierint, non mulieris. Quod falsum esse existimo proculdubio, & nullo loco juris ea sententia probari potest. Nec bono, & æquo convenit, deficientibus probationibus æstimatæ dotis, ex detrimento viri mulierem locupletari, *l. pen. in fin. sol. matr.* Judex potius,

tius, ne cui faciat injuriam, ut solebant olim, debet pronuntiare sibi non liquere, *l. Pomponius, de recept. qui arbit. recep.* Postremo dico, nihil etiam ad hanc regulam pertinere *l. Gajus, sol. matr.* licet sit ex eodem libro.

Ad L. XLV. soluto Matrim. *Cajus Sejus avus maternus Sejæ nepti, quæ erat in patris potestate certam pecuniæ quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, & instrumento dotali hujusmodi pactum, & stipulationem complexus est: si inter Lucium Titium maritum, & Sejam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Sejæ uxori, vel Gajo Sejo avo materno redderetur restitueretur que: quæro, cum Sejus avus maternus statim vita defunctus sit: & Seja postea sine culpa sua divorterit, vivo patre suo, in cujus potestate est: an, & cui actio ex hoc pacto ex stipulatione competat: & utrum heredi avi materni ex stipulatu, an nepti? respondi, in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam: quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur. Quod cum ita est: heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est, Sejæ posse dotem solvi, quamvis actio ei directo non competat, ac si sibi, aut illi dari avus stipulatus est. Sed permittendum est nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem, favore enim nuptiarum, & maxime propter affectionem personarum, ad hoc decurrendum est.*

SPecies hujus l. hæc est: Avus maternus neptis suæ nomine, quæ erat in potestate patris, marito ejus dotem certam dedit, & instrumento dotali pactus est subdita stipulatione, ut esset actio ex stipulatu, quæ non potest esse ex pacto solo. Stipulatus igitur est, ut divortio facto sine culpa nepti suæ, ea dos omnis nepti vel sibi restitueretur: nam divortio facto sine culpa mulieris, constat omnem dotem à marito esse restituendam sine ulla rententione, vel deductione, ut docuimus ad *l. prox. sup.* Culpa autem mulieris interveniente, certæ partis dotis retentionem marito competere vel propter liberos, vel propter mores, aut culpam mulieris, & nonnunquam retentionem totius dotis, maxime ob adulterium. Quod & in Comœdia Hecyr. Act. 3. Sc. 5. Pamphilus significat, & tentat, quasi culpa uxoris suæ divortium intervenisset, dum ait, *neque mea culpa hoc dissidium evenisse, id testor Deo: sed quando se se esse indignam deputat matri meæ, cui concedat, &c.* ubi ex interpretatione Donati sic legendum est, hoc, sic profert, inquit, ut eam ostendat causam esse dissidii: & hoc ipso tentat, ut totam dotem retinere possit. In hac autem stipulatione, quam avus maternus proponitur fecisse nepti, vel sibi, neptis non est adjecta solutionis gratia, sed obligationis, non minus, quam avus ipse. Si avus dixisset *mihi, vel nepti*, neptis adjecta esset solutionis gratia, & obligatio consisteret tantum in persona avi, *l. eum, qui, §. qui sibi, de verb. oblig. §. plane solutio, Inst. de inut. stipul.* At vice versa, quia dixit *nepti, vel mihi*, proculdubio neptis adjecta est obligationis gratia, puta ut nepti, vel sibi acquireretur obligatio: nec enim videtur præpostere solutionem obligationi prætulisse: & certo certius est, adjectionem alterius, si fiat solutionis gratia, valere, si obligationis gratia, id est, si alter etiam obligationi applicetur, non valere, quia alteri inutiliter stipulamur: alteri acquirere non possumus obligationem, *l. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig.* Quamobrem in hac specie avus maternus nepti inutiliter stipulatus videtur facto divortio culpa mariti dotem nepti, vel sibi reddi. Unde si statim avus maternus vita defunctus sit, & deinde neptis sine culpa sua divorterit vivo patre, in cujus potestate est, actio ex stipulatu heredi avi materni competit dotis recuperandæ gratia, quia in persona avi constituitur & consistit obligatio, nepti non competit, quia ut dixi, in personam nepris inutiliter concepta stipulatio fuit. Et sane facilius admittemus nepti dotem solvi posse, si hoc malit maritus, quasi adjecta solutionis gratia, ut *d. §. plane:* licet revera, non solutionis, sed obligationis gratia adjecta sit, quia non dixit, *mihi, vel nepti: sed nepti, vel mihi.* Facilius tamen id admittimos, hæc est mens Pauli, quam nepti dederimus actionem directam ex stipulatu, quæ solis competit heredibus avi materni. Utilem tamen actionem ex stipulatu ait, motus æquitate, nepti permittendam esse, ne dote defraudetur. Et in hanc sententiam decurrendum esse favore nuptiarum, & maxime propter affectionem personarum: Duplici ratione nititur. Unam sumit, & ducit se ipsa favore nuptiarum, qui quidem est favor dotium, & contra dotium favor, nuptiarum favor. Quo enim dotes, nisi propter nuptias? *l. 2. de jur. dot.* Et idem plane est favore nuptiarum, cum eo, quod dixit ante, ne commodo dotis defraudetur. Unde quum Basilica haberent *διὰ τὴν θάλψιν τῶν γάμων*, subjecta est hæc interpretatio, *θάλπονται γὰρ αἱ προῖκες, favetur enim dotibus.* Alteram rationem, quam potiorem facit, quoniam ait (*maxime*) ducit à persona stipulatoris, qui avus maternus fuit, cujus enixæ affectioni hoc dandum videtur, si nepti stipulatus sit, ut ex ea stipulatione, saltem utilis actio nepti accomodetur, ut in *l. 7. C. de pact. convent.* Quod latius memini me exponere ad *lib. 4. ad l. debitor. §. ult. ad Treb.* nepti, inquam, adjuncta persona patris, in cujus potestate est. Nec enim frustra posuit divortium intervenisse vivo patre, in cujus potestate erar. Et verissimum etiam est, non tantum profectitiæ, sed & adventitiæ dotis repetitionem communem esse filiæ & patri, in cujus potestate est, ut ea experiri alter sine altero non possit auctore Ulpiano *lib. Reg. tit. de dotib.* Licet in *l. 2. §. 1. sol. matrim.* hoc tribuatur tantum doti profectitiæ, sed hoc ideo, quia hujus dotis proprietas communis est patris & filiæ, adventitiæ autem dotis proprietas hodie propria est filiæ ex constit. Justin. sicut & cæterorum omnium adventitiorum bonorum. Repetitio autem dotis adventitiæ hodie communis est patris & filiæ, *l. ult. §. ubi autem, C. de bon. quæ lib.* Et hæc de sententia hujus legis quidem sufficient. Sed hoc tamen addi oportet, ut finis principio respondeat, ad sententiam hujus legis nihil pertinere hanc regulam juris: *In ambiguis pro dotibus respondere melius est*, quia nulla hic versatur ambiguitas, sed aperte contra apertam regulam juris, nempe hanc, *alteri stipulamur inutiliter:* & hanc *per liberam personam alteri actio non acquiritur*, favore dotis ex avita stipulatione nepti accomodatur utilis repetitio adjuncta persona patris, sive utilis actio rei uxoriæ: qui favor longe major est, quam si in ambiguis faveamus dotium causæ: nec solus hic etiam spectatur favor, sed & adfectio maxime personarum.

Ad L. LV. de Donat. int. vir. & uxor. *Uxor marito suam pecuniam donavit. Maritus ex pecunia sibi donata, aut mobilem, aut soli, rem comparavit: solvendo non est & res exstant. Quæro, si mulier revocet donationem, an utiliter condictitia experiatur, videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus: cum pecunia mulieris res comparata exstet. Respondi: locupletiorem esse ex donatione, negari non potest: non enim quærimus, quid deducto ære alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet, & vindicare directo potest, & erit deterior causa viri, si ei pecunia quatenus res valet, non ultra id tamen quod donatum est, condicatur, quam si dotis judicio conveniatur. Sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accomodare.*

DOnatio inter virum & uxorem facta jure non consistit, & hoc est certissimum, & revocari statim, vel quandoque potest vindicata re, vel pecunia donata, si exstet, quia, ut ait hoc loco in dominio donatoris permanet. Denique hæc donatio alienatio non est, idcirco vindicari etiam ea res, vel pecunia potest à directo donatore, vel si consumpta sit res, vel pecunia donata, repetitur ea, quatenus locupletior factus est is, cui donata est, condictione scilicet sine causa, vel ex injusta causa, ut in *l. 5. §. ult. l. seq. hoc tit.* quæ & condictitia dicitur hoc loco, ut in jure sæpissime condictitiæ, id est, condictiones. Hoc cognito, finge: Uxor marito donavit certam pecuniam, ex qua maritus res quasdam in suum nomen sibi comparavit mobiles, vel immobiles, quæ adhuc exstant apud eum, sed premitur ære alieno, nec par solvendo est: quæritor, an divortio facto, quia pecunia donata consumpta est, uxor eam repetere possit condictione sine causa, vel ex injusta causa,

quatenus ex ea maritus locupletior factus est, qui ex ea sane locupletior factus esse videtur, quippe cum res ex ea comparatæ exstent, licet non habeat unde satisfaciat omnibus creditoribus suis. Et verius esse ait, condictionem pecuniæ uxori competere, quatenus res comparatæ, quæ exstant in veritate valeant, non tamen ultra quantitatem donatam: ut si donaverit centum, & res ex ea pecunia comparatæ valeant centum viginti, non potest condicere nisi centum. Et ex diverso, si res ea pecunia comparatæ valeant tantum 80. ea sola 80. condicere potest, quia eatenus dumtaxat ex ea pecunia maritus locupletior factus est. Itaque non tantum finis spectatur veri pretii, sed etiam finis & modus pecuniæ donatæ. Atque ita, ut docet eleganter, deterior fit causa mariti, si ei condicatur pecunia donata, quam si cum eo agatur actione rei uxoriæ, quia in condictionem veniunt integra centum, quæ donavit, si res comparatæ, quæ exstant, tantundem, aut plus valeant. In judicium autem rei uxoriæ, quod mitius est, integrum id omne, quod uxor viro donavit, non venit, sed eatenus duntaxat, quatenus mariti facultates ferre possunt, *l. patronus, de re judic. l. maritum, sol. matrim.* Condictio plena actio est, quia & stricta, actio rei uxoriæ non est plena: quia bonæ fidei est concepta in id quod est æquius melius. In hanc vero rem hic locus singularis est, ut in judicio dotis recuperandæ habeatur etiam ratio ejus, quod uxor viro donavit, vel genere repetitionis, seu reputationis, quia & ex diverso in eo judicio ejus habetur ratio, quod vir uxori donavit, ejusque nomine ex dote retentio fit, *l. fructus, §. ob donationes, l. rei judicatæ, §. 1. sol. mat. l. 6. de dote præleg. l. ob res, de pact. dotal.* Et generaliter in hoc judicium rei uxoriæ non dos tantum venit, sed & quodcunque æquius melius est, virum uxori, vel invicem uxorem viro præstare, *d. l. 6.* M. Tull. in Top. *in arbitrio rei uxoriæ, in quo*, inquit, *est, quid æquius melius, quid virum uxori, quod uxorem viro præstare oporteat JC. tradidere, causarum facta comparatione.* Videtur autem maritus, qui ex pecunia donata comparatas res possidet, locupletior factus, ad finem veri pretii earum rerum, & ad finem, ut dixi, pecuniæ donatæ: Nam non quærimus, quid deducto ære alieno maritus liberum habeat, quia & forte eo deducto, nihil ei liberum superest, quia non est solvendo. Liberum dicitur, quod æri alieno non est obnoxium, id est, omni nexu solutum, ut Demosthenes loquitur. Non ergo quærimus, quid deducto ære alieno marito liberum supersit in bonis, sed quid ex re mulieris possideat titulo donationis. Et hoc solum distat is, cui res ipsa donata est, aut corpus aliquod donatum est, ab eo, de quo hoc loco agitur, cui pecunia donata est, non res, quod ab illo, cui res donata est, mulier rem directo vindicare potest, quæ exstat, quia in dominio ejus permansit: ab hoc autem, de quo hic agitur, cui pecunia donata est, non rem ex pecunia donata comparatam directo mulier vindicare potest, sed pecuniam tantum condicere, quia res ex pecunia mulieris comparata, non est mulieris, res ex pecunia mea ab alio comparata, non est mea, *l. 6. C. de rei vindicat. l. 1. C. si quis alteri, vel sibi.* Verum & in hunc, de quo hic agitur, cui pecunia donata est, ex qua rem comparavit, quæ exstat, tandem concludit, ejus rei, quam ex pecunia donata comparavit vir, utilem vindicationem mulieri esse accomodandam, ut & pari humanitate placet, eam accomodari militi, & minori 25. annis in res ex pecunia eorum ab alio comparatas, *l. 2. quan. ex fac. tutor. vel cur. l. ex facto, de pecul. l. 8. C. de rei vindic.* Et hinc maxime exemplum apponi potest ad id, quod Justinianus ait in *l. un. §. taceat, C. de rei ux. act.* ei, qui conjugi illicite donavit, esse consultum per actionem in rem directam, vel per utilem: per directam, si res donata sit, & exstet: per utilem, si pecunia donata sit, ex qua res sit comparata, quæ exstet. Et hic verus est sensus horum verborum, quæ satis obscura erant: hoc solo enim separatur is, cui scilicet donata pecunia est ab eo, cui res donata est, non pecunia, quod ibi, id est, cum res ipsa marito donata est, res mulieris permanet, & vindicari directo potest. Illic autem, id est, quum pecunia donata est, rem ex ea comparatam vindicare directo non potest, sed accomodata tantum utili in rem actione: & proprie loquitur: proprie enim utiles actiones accommodari dicuntur, ut *l. 20. de tut. & rat. distra. l. 7. C. de pact. convent.* quia ex casu proprio ad improprium inflectuntur.

Ad L. XVIII. Rer. amot. *Sed & domino condictio competet. Sed alterutri agere permittendum est.*

Ad L. XXVIII. eod. *Si uxor rem viri ei, cui eam vir commodaverat, subripuerit: isque conventus sit: habebit furti actionem, quamvis vir habere non possit.*

Sciendum est, mulierem, quæ divortii consilio, dum parat discessionem, colligitque vasa sua, aliquid viro subripuit, quod secum auferret, in honorem prioris matrimonii, neque teneri actione furti pœnali, licet furtum fecerit, nisi & post divortium idem contrectet, *l. 3. in princ. h. t.* neque teneri condictione furtiva. Quia etsi condictio furtiva turpis, aut famosa non sit, sicut est actio furti pœnalis, actio furti famosa est, condictio furtiva non est famosa: nulla condictio est famosa, licet ex causa famosa descendat, *l. cessat, de oblig. & act.* quia atrocitatem verborum non habet. Ergo licet condictio furtiva non sit famosa, tamen pulsat quodammodo pudorem, & verecundiam, quia furti mentionem habet, *l. 5. de obs. par. vel patr. præst.* Et ideo non datur viro in eam, quæ uxor est, vel fuit, in memoriam, & reverentiam prioris matrimonii. Denique ex hac causa mulier, neque furti tenetur, neque condictione furtiva, sed tenetur condictione rerum amotarum, in qua non furto subripuisse, licet revera furtum fecerit, sed honestiore, aut mitiore vocabulo amovisse dicitur. Actio rerum amotarum condictio est, *l. 2. hoc tit.* qua quidem perinde, atque condictione rerum furtivarum, dominus rem suam condicit, id est, intendit rem suam sibi dari oportere, contra rationem manifestam, & regulam juris, quæ dictat, *neminem rem suam condicere posse, l. ult. in fine, usufruct. quem. cave. §. sic itaque discretis, Instit. de act.* Sed odio furis receptum est, ut rem sibi ab alio, vel etiam ab uxore subreptam divortii tempore, maritus post divortium, aut vindicet, aut condicat, ita ut sit in ejus arbitrio, qua velit actione uti, vindicatione, aut condictione, *l. 24. hoc tit.* licet absurde condicere videatur, quia intendit sibi dari oportere, quod suum est, & quod suum est, dari ei non potest. Dare enim est dominium transferre, sive accipientem facere dominum. At receptum est tamen, ut is, cui furtum factum est, rem furtivam vindicet, aut condicat. Condicat, inquam, ab alio ex causa furtiva .i. furti mentione facta. Ab uxore autem nulla facta mentione furti, gravior est condictio, quam vindicatio. Quare? Vindicatione fur tenetur, ut quilibet possessor, non ut fur, *l. 12. C. de furt.* Condictione proprie tenetur, ut fur. Comparata enim specialiter condictio est in odium furis, ut ait *d. §. sic itaque discretis.* In odium furis, ergo pœnæ causa, sicut exceptio SC. Macedoniani, modo comparata dicitur in odium creditorum, *l. qui exceptionem, de cond. indeb.* modo in pœnam creditoris, *l. sed etsi paterfam. §. ult. ad Senatusc. Maced.* Quod igitur in odium comparatum est, & in pœnam igitur: & retro, quod in pœnam, & in odium igitur. Quidquid odiosum est, idem & quodammodo pœnarium est. In odium ergo, & pœnam furis comparata est condictio furtiva, licet rem persequatur, non pœnam, quia scilicet quodammodo sugillat pudorem ejus, quo cum agitur: & ex delicto nasci videtur, quanquam revera non nascatur ex delicto, quia causa ejus ex furto descendit, *l. 10. §. quoties, de compens. l. 21. §. pen. hoc tit.* Præterea ex vindicationis causa non sequitur condemnatio, si post litem contestatam, vel post moram res perierit eo modo, quo & apud actorem peritura erat. Hoc certissimum, *l. item si verberatum, §. ult. de rei vind.* Cujus sententiæ valens assertor fuit semper Martinus. Ex condictionis autem causa fur tenetur omnimodo, sive res æque fuerit peritura apud actorem, sive non, quod servatur etiam in actione, quod metus causa, & in interdicto unde vi, & in interdicto quod vi, aut clam. Nam in eis judiciis, quibus agitur in furem, vel in cum, qui vim fecit, aut metum intulit, ea distinctione

ne non utimur, *l. si eum exceptione, §. quatenus, quod met. caus. l. inter omnes, de fur. & l. prox. §. pen. sup. hoc tit.* Et hac in re potissimum versatur, & consistit odium furum, quo effectum esse dicitur in *d. §. sic itaque discretis*, contra regulam juris, ut furi res furtiva condicatur, ut tam vindicatione, quam condictione ob res furtivas, vel ob res amotas in furem domino experiri liceat. Hoc pauci animadvertunt, in qua re versetur illud odium, nimirum versatur in hoc, quia gravior est condictio, quam vindicatio. Datur autem condictio rerum amotarum marito in uxorem, non tantum si res amotæ fuerint in bonis, sed & si ex bonis, ut si marito pignori datæ fuerint, *l. prox. sup.* Sed & hoc casu, quum mulier amovit res viro pignoratas divortii tempore, domino earum rerum dabitur condictio furtiva, ut Paulus ait in hac l. 18. Marito igitur dabitur condictio rerum amotarum: domino rerum, quoniam est extraneus mulieri, condictio furtiva dabitur alterutri, non utrique. Neque enim si uni rem mulier præstiterit, & restituerit, quam furto abstulit, eam etiam, aut ejus æstimationem præstare cogitur alteri, *l. qui servum, de interrog. in jur. fac. l. 25. de admin. tut.* Et quod ait Paulus in rebus viro pignoratis, idem proculdubio obtinet in rebus viro commodatis: nam & hæ ex bonis viri sunt, *l. 2. §. in hac actione, vi bon. rapt.* Itaque, si rem viro commodatam uxor divortii causa abstulerit, condictio ejus rei domino, vel marito competit, id est, alterutri: neque enim utrique condictio permittenda. At quæso videamus, an etiamsi rem viro pignoratam, vel commodatam uxor divortii causa furripuerit, alterutri competat actio furti in duplum? Certe non marito, quia nimis atrox ea actio est, & ab atroci actione abstinere debet maritus adversus eam, quæ uxor fuit. Soli igitur domino rei actio furti competit in mulierem. Et ita puto Paulum scripsisse. Sicut ex diverso palam scribit in *l. 28. hoc tit.* si uxor rem viri, quam vir alii commodaverat, subripuerit, viro quidem eam non teneri actione furti, sed teneri tamen ei, cui maritus eam commodaverat, quia ejus quoque interest, rem non subripi, cum marito teneatur actione commodati culpæ nomine, furtum, quod quisque patitur, culpæ imputatur, non casui majori: Ergo & superiore casu, re viro commodata, ab uxore surrepta divortii causa, divortii animo, existimat, ut præsumo, Paulus, viro quidem non dari actionem furti, ne si cum eo dominus rei agat actione commodati culpæ nomine, sed dari tamen domino rei, si malit cum muliere agere furti, quam cum viro commodati: quod tamen Justinianus in *l. ult. §. ult. C. de furt.* ita demum admittit, si maritus solvendo non sit, ut tum dominus rei misso marito possit agere furti in mulierem. Nam si maritus solvendo sit, à quo dominus rei forum servare possit actione commodati, debet cum marito agere commodati, non cum muliere furti, ne forte curante, aut suadente, & impellente marito male affecto erga uxorem, cum muliere dominus rei agat, ne ope, & consilio mariti mulier lulli neat pœnalem actionem. Hæc distinctio Justiniani est propria, non Pauli. Et consulta opera Tribonianus prætermisit, quæ de hac specie Paulus scripserat, ne dissideret à Constitutione Justiniani: de hac, inquam, specie, id est, quum mulier subripuit rem viro commodatam. Quæ autem Paulus scripserat de altera specie, quum mulier furripuit rem viri, quam vir alii commodaverat, ea reliquit in hac l. 28. quæ aperte, & absciße fine ulla distinctione commodatario, si à marito conveniatur commodati judicio, in mulierem dat furti actionem, quia ad hanc speciem nihil pertinet, *d. l. ult. §. ult.* Huic parti ea lex ultima non derogat. Et ideo, quæ de superiore Paulus scripserat, Tribonianus noluit proferre.

Ad L. XXX. de Testam. tut. *Duo sunt Titii: pater, & filius, datus est tutor Titius: nec apparet de quo sensit testator; quæro quid sit juris? Respondit: Is datus est, quem dare se testator sensit. Si id non apparet: non jus deficit, sed probatio. Igitur neuter est tutor.*

IN hac l. ostenditur non valere tutoris dationem, si non appareat quis tutor datus sit: paria esse, ut vulgo dici-

A tur, non dare, vel non esse, & non apparere, *l. in lege, de contrah. empt.* Duo sunt Titii, pater, & filius, testatori æqua charitate conjuncti. Datus est impuberi tutor Titius, non apparet de quo senserit testator. Quid fiet? non jus deficit, inquit, sed probatio. Igitur neuter est tutor. Probatio non tam in jure, quam in facto consistit, ut de probatione traditæ possessionis Paulus scribit *5. Sentent. tit. de donat.* Et jus quidem est certum, & finitum. At facta sunt incerta: facta legibus sunt difficiliora. In specie proposita non jus, sed probatio deest, ut dicunt, non ratio, verum argumentum deest. Ratio apparet, argumentum deest. Ita vero non valet heredis institutio, si non appareat quis sit heres institutus, *l. in tempus, §. 1. de hered. instit. Paulus 3. Sent. Quoties*, inquit, *non apparet quis sit heres institutus, institutio non valet.* Quod evenit, utitur eodem exemplo, si testator

B plures amicos unius nominis habeat. Non valet item libertas, vel directa, vel fideicommissaria, si non appareat cui data, vel cui relicta sit: ut si duo erant Stichi in eadem familia, & Sticho libertatem reliquerit testator, nec appareat de quo senserit, neuter erit liber, *l. cum ex pluribus, de man. test. l. si quis de plurib. de reb. dub.* Non valet item legatum, si non appareat cui sit datum, nec ademptio legati, nisi appareat cui sit ademptum, *l. 3. §. si quis duobus, de adm. tut.* In qua recte Florentini, si non appareat cui ademptum sit, utrique legatum deberi, id est, neutri ademptum videri: Sicut & si non appareat cui sit datum, neutri datum videtur. Eadem enim est ratio dationis, & ademptionis. Verum cum ea lege 3. §. si quis duobus omnino pugnare videtur *l. si fuerit, de reb. dub.* quæ, si non appareat cui ademptum sit legatum, ait utrique ademptum videri,

C id est, neutri legatum deberi. Ademptionem in utroque valere, dationem in utriusque persona infringi. Quæ lex pessime explicatur. Sed nihil est apertius, non mirum est, si diversa, imo contraria sint responsa, si uno loco dicatur, utrique ademptum videri, altero neutri ademptum videri, cum & diversæ sint etiam species. Nam in *l. 3. §. 2. si quis duob.* duobus Titiis separatim legatum est, quod non frustra, aut otiose ita proponit, plane innuens non idem esse, si conjunctim. Ergo in *d. §. si quis duobus*, duobus Titiis separatim, separata scriptura: deinde Titio, ademit ita: quod Titio legavi, non do, non lego, si nec appareat cui Titio: neutri ademisse videor legatum. Homonymia vitiat ademptionem. In *l. si fuerit*, duobus Titiis conjunctim legatum est hoc modo: *Titiis amicis meis centum do, lego.* Deinde ademit Titio, nec apparet cui: utrique ademisse videtur, quia quos

D conjunxit in dando, eosdem etiam videtur conjunxisse in adimendo. Quæ conjectura cessat separatim dato legato duobus Titiis. Ac præterea, quod dicimus, legatum Titio relictum, si duo sint Titii amici testatoris, neutri deberi, si non appareat de quo Titio senserit: huic etiam sententiæ, quæ est verissima, nihil obstat *l. 8. si inter, de legat. 2.* quam objiciunt vulgo, quia non dicit ea lex utrique, vel alterutri legatum deberi, non dicit heredem utrique, vel alterutri compelli solvere legatum. Sed si ultro heres solvere paratus sit alterutri, quia fane alterutri testator dari voluit, non utrique si modo inter eos conveniat, cui potius solvi debeat: si, inquam, heres dicat, se esse paratum uni solvere, & vicissim quisque eorum dicat, se esse paratum heredem defendere adversus alterum, eique heredi cavere de indemnitate, tunc in arbitrio est heredis cui solvere malit,

E ut ab eo scilicet defendatur, & ei eo nomine caveatur. Et nihil est præterea. Nam quod objicit Accursius, *l. item Mela, §. si plures, ad l. Aquil.* ubi si plures aliquem occiderint, non dicitur neminem eorum teneri actione legis Aquiliæ, sed omnes teneri. Hoc ad rem propositam nihil pertinet, quia constat omnes occidisse, omnes homicidii reos esse.

Ad L. XXXI. de Excus. tut. *Sius, qui tres tutelas administrabat, duobus pupillis diversis decretis datus est, qui potuit excusari, & prius quam causas excusationis allegaret, unus ex pupillis, quarum jam tutelam administrabat, decessit: ubi desiit ei competere excusatio, statim tenuit eum prius decretum, quasi in loco tertiæ tutelæ quar-*

quarta subroganda. Nam ipso jure tutor est, & antequam excusetur. Potuit ergo tutela ejus, qui nunc quarto loco invenitur, excusari, sed cum non sit excusatus, necessario subeundum est onus illius quoque tutelæ. Nec me movet, quod dicat aliquis hoc ne exigi, an administretur tutela: hoc enim eo pertinet, ne sit finita administratio. Cæterum si sustineat periculum cessationis, puto ei imputandam eam quoque tutelam.

Ad §. Idem evenire potest *si duobus testamentis, cum haberet tres tutelas, tutor datus est. Ubi non apertarum tabularum tempus inspici debebit, si quæratur, quæ prior delata sit tutela: sed aditæ hereditatis, vel conditionis exsistentis.*

Ad §. Illa quoque *erit differentia tutelarum, de quibus diximus, si tertia, & quarta sit delata, licet in quartam prius detentus sit. Quod hujus, id est, quartæ, ex quo jussus est administrare: illius, ex quo datus est, periculum sustinet.*

Ad §. Eum, *qui pupillum bonis paternis abstinuerat, detinendum in quarta tutela existimavi, quasi deposita illa.*

Ad §. Cæterum *putarem, recte facturum prætorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa, & negotiosa sit, ut pro pluribus cedat. Neque igitur fratres consortes plurium loco habendi sunt, neque non fratres, si idem patrimonium habent, & ratio administrationis pariter reddenda sit. Et ex diverso fratres diviso patrimonio duæ tutelæ sunt, non enim (ut dixi) numerus pupillorum, sed difficultas rationum conficiendarum, & reddendarum consideranda est.*

Scire debemus, eum, qui sustinet onera trium tutelarum, se à quarta excusare posse, non excusari quidem à quarta ipso jure, sed excusare se posse, allegando satis se oneratum esse trium tutelarum administratione. Quod utique allegare, atque ita se excusare debet intra constituta tempora, id est, intra quinquaginta dies continuos, ex quo primum cognovit, se tutorem datum esse, ut plenius ostenditur in *l. 13. hoc tit.* post ea tempora ad excusationem non admittitur. Nunc finge. Ei, qui tres tutelas administrabat, decretam fuisse quartam, & quintam duobus diversis decretis prætoris, vel præsidis, & priusquam se ab iis excusaret intra constituta tempora, unam ex tribus primis tutelis, morte pupilli finitam fuisse. Sane hoc casu quarta tutela succedit in locum tertiæ, quæ finita est morte pupilli, & quinta in locum quartæ, nec jam se excusare potest à quarta, quæ facta est tertia, licet tertiæ, quæ fuit olim, nondum rationes reddiderit, *l. 8. §. ult. hoc tit. l. 1. C. qui num. tutel.* sed excusare se potest à quinta tantum, quæ nunc est quarta. Et hoc est, quod ait, *ubi desiit ei competere excusatio, statim tenuit eum prius decretum, &c.* Sensus igitur hic est: Excusatio à quarta tutela desiit ei competere morte pupilli finita tertia tutela, & statim eum apprehendit, & tenuit prius decretum, id est, duarum postremarum tutelarum, quæ ei decretæ sunt. Prior, quæ initio fuit quarta, nunc est tertia, qui subrogatur in locum tertiæ, statim atque tertia deposita, & finita est, licet nondum sit restituta redditis rationibus, quia ipso jure etiam tres tutelas habenti quarta defertur; ante excusationem ipso jure quarta defertur, nec ei aufertur, nisi probata excusatione à judice. Denique ipso jure tutor est quartæ, imo & quintæ tutelæ si se ab ea non excusaverit intra præscripta tempora. Ad quartam tutelam ipso jure vocatur vice tertiæ: in quinta detinetur, quia se ab ea non excusavit intra constituta tempora. Potuit se excusare à quinta, quæ nunc est quarta, sed cum non se excusaverit, etiam in quinta detinetur, id est, etiam quintæ onus ei subeundum est: potuit (inquam) se excusare à quinta. Dices & objicies: imo nullo modo potuit se excusare à quinta, hac ratione, quia quæ nunc est tertia, nondum ab eo administrabatur, & tres tutelæ non excusant, nisi administrentur, *§. item tria, Instit. eod. tit.* nisi administrentur, id est (ut dicendum videtur) nisi in ipso actu sint, in ipso gestu. Quia, ut eleganter ait *lex 9. C. de sacros. eccl.* nemo sub specie muneris, quod minus exsequitur, alterius muneris oneribus relevari debet. Quæ sententia potest esse usui in plerisque casibus. Verum huic objectioni respondet Paulus illo loco, *nec me movet, quod dicat aliquis, hoc ne exigi, an administretur tutela.* Quæ verba per interrogationem enuntianda sunt; ac si diceret: *numquid non exigitur, ut administrentur tres tutelæ, quarum beneficio quis se à quarta excusari desiderat?* Et respondet id prorsus non exigi; sed hoc tantum, ut non sit finita administratio tertiæ. Hoc vero casu tertiæ .i. quartæ, quæ successit in locum tertiæ administrationem, administrationisve ejus rationem cœpisse, non esse finitam. Cœpisse intelligitur administratio, cujus periculum ad tutorem, qui cessat, qui eam non exercet, redundat, etiamsi nihil attigerit; administrare intelligitur, & qui cessat, quia cessationis periculum ad eum pertinet. Sane ita est: statim periculum cessationis pertinet ad tutorem, ex quo scivit se tutorem esse, *l. 1. de admin. tutor.* Denique hujusmodi periculum pro administratione est: non facere, hac in causa facere est, *l. si quis tutor, sup. de ritu nupt.* Glossa hujus loci sensum assequuta non est. Hæc vero ut proposuimus, ita hactenus Paulus scripsit de eo, qui cum tres tutelas haberet, duobus decretis tutor datus est. Ideo subjicit illo loco, idem evenire, idem servari, si duobus diversis testamentis diversorum hominum tutor datus sit, idem scilicet juris in dativis tutelis, & in testamentariis. Nam si priusquam se excusaret à quarta, qui tres tutelas habebat, una ex his tribus finita sit, quæ prior ex testamento defertur, succedit in locum tertiæ deficientis, & ab ea tantum, quæ post defertur ex alio testamento excusare se poterit. Prior autem intelligitur deferri ex testamento, non ut prius cujusque testamenti tabulæ apertæ fuerint, quia ut legatorum lege Papia dies cedit ex apertis tabulis testamenti (ut diu obtinuit ante constitutionem Justiniani de caducis toll.) etiam ante aditam hereditatem, non ita & tutelarum dies cedit ab apertis tabulis, sed ab adita hereditate demum, vel si sub conditione tutelæ datæ sint, cum conditio exstiterit. Nam & quum tutelæ à tutoribus institutis non transferantur ad heredes, *l. tutelas, sup. de tutel. l. furti, §. pen. de his, qui not. infam.* Frustra quis diceret eas deferri, earumve diem cedere ante aditam hereditatem. Qua ratione, & libertatis, & ususfructus, usus, habitationis legata, quia in heredes non transeunt, non cedunt ante aditam hereditatem, *l. 3. quand. dies leg. ced.* Et ita explicandum est, quod ait, *in tutelis apertarum tabularum tempus inspici*, in legatis scilicet inspici lege Papia. Quod idem Paulus significat in *l. 44. §. 1. de bon. libert.* sed non etiam in tutelis. In tutelis non inspicitur tempus apertarum tabularum, sed tempus aditæ hereditatis, vel conditionis exsistentis, sub qua tutores instituti sunt. Hoc exposito de tutelis testamentariis, Paulus redit ad tutelas dativas, puta ad eas, quæ diversis decretis ei deferuntur, qui tres tutelas habet. Finge, is, qui tres tutelas habet, uno decreto vocatur ad quartam, deinde altero decreto ad quintam, & antequam excusatione utatur, finitur tertia tutela pupilli morte, mox ipse detinetur in quinta, id est, intra constituta tempora non allegata excusatione, jubetur quintam administrare, *l. 15. C. eod. tit. l. pen. sup. de tut. & cur. dat.* deinde detinetur in quarta. Quæritur, utra succedat in locum tertiæ, quæ finita est pupilli morte? Et constat quidem priorem succedere in locum tertiæ. Sed ambigitur, quæ sit prior, quinta, an quarta. Quinta enim prior est detentione, posterior decreto: & retro, quarta prior est decreto, posterior detentione. At verius est, eam esse priorem, & jam tertiam igitur, quæ decreto prior est, quoniam (ut initio dixi) statim eum tenuit prius decretum. Ergo & periculum cessationis ad eum pertinuit statim, ex quo ei innotuit, se tutorem datum esse, quia jam se excusare ab ea tutela non poterat, quæ ex quarta facta est tertia, *l. quidam, §. ult. de adm. tut.* Posteriorem autem, quæ nunc est quarta, eam esse, in qua prius detentus est, cujus periculum sustinet à die, quo detentus est, id est, quo jussus est administrare, *l. qui jussus, & l. qui negotiationem, §. test. de adm. tut.* non à die, quo datus est, quoque decreta ei quinta tutela est, quoniam eo die se excusare potuit, qui jam habebat tres tutelas, quarta subrogata in locum tertiæ decreto priore. Et hæc est differentia inter quartam, & quintam tutelam. Nam quartæ periculum pertinet ad tutorem à die, quo scivit se tutorem datum; quintæ periculum

culum ad eum pertinet; non ex eo die, quia tunc se excusare potuit, sed ex die, quo detentus est in quinta propter negligentiam suam, quia non se excusavit ab ea intra constituta tempora. Et hæc est sententia hujus loci, qui subobscurus erat. Illa quoque erit differentia. Cætera, quæ sunt in hac l. sunt apertissima. In *§. eum, qui*, ostenditur, eum, qui habet tres pupillos, sive tres tutelas diversas trium pupillorum, si unum pupillum abstinuit bonis paternis, ejus tutelam deposuisse videri, aut sane eam non computari in numerum trium tutelarum, ut se excuset à quarta, imo detineri posse in quarta. Quia etsi propterea quod abstinuit unum pupillum, finita tutela non sit, *l. 18. inf. de tut. & rat. dist.* pro finita tamen, & deposita habetur, quia minus negotiosa est, pupillo exuto bonis paternis, forte quia pater non erat solvendo. Levissima enim tutela non cedit in numerum trium tutelarum, *l. 15. §. scire autem, h. t.* tutela *εὐτελὴς* .i. tutela mediocris patrimonii, vel mediocris pupilli, pauperis pupilli, non tutoris, ut Augustinus pessime interpretatur, tutela, quam gerit mediocris, seu pauper tutor. Tutela, inquam, mediocris pupilli, vel mediocris patrimonii pupillaris, non imputatur in numerum trium tutelarum, quam Theophilus in *§. item tria, Inst. h. tit.* vocat *εὐτελεστάτην*, id est, *tenuissimam, levissimam*, non ut interpres Latinus, *opulentam*. Nam *εὐτελὲς* dicitur, quod vile est, non quod pretiosum. Ergo si qui tres tutelas habebat trium pupillorum, unum ex tribus pupillis abstinuerit paternis bonis, exonerasse se ejus tutela dicitur, & ideo eam tutelam, quam ad modicum redegit, non computat in numerum trium tutelarum. Cæterum non finitur tutela abstentione ejusmodi, sed pubertate: eoque tempore etiam examinatur, an optimo consilio tutor pupillum abstinuerit bonis paternis, an perperam, & inconsulto, *d. l. 18. l. 4. C. arb. tut. l. pen. §. ult. de ritu nupt.* Contra subjicit Paulus, quandoque unam tantum tutelam cedere pro tribus, & præbere excusationem ab altera quasi quarta, arbitratu prætoris, tutelaris scilicet, cui id æquum bonum esse videbitur, ut puta, si una illa tutela, quam gerit, valde sit diffusa, & negotiosa, & molesta, si difficilis, & onerosa tractatio rationum ejus: tres plerumque tutelæ non tantum onerant tutorem, quantum hæc facit. Nihil est apertius. Postremo dicit, tres tutelas æstimari non ex numero pupillorum, sed ex patrimoniorum diversitate, atque etiam quantitate, ut dixi: nam modicum patrimonium pupilli, modica tutela non numeratur in tribus tutelis, & non tam tres tutelæ excusationem præbent, quam tria onera tutelarum: ex numero, inquam, pupillorum non æstimantur tres tutelæ, sed ex patrimoniorum diversitate, qualitate, & quantitate. Nam (ut hoc exemplis manifestum fiat) si duo, vel tres sint fratres consortes, ut ait, id est, qui pro indiviso commune patrimonium habeant, una tutela est, quia & unum patrimonium est (fratres consortes dicit, *ut Pindarus in Olymp. ὁμόκλαρον ἀδελφεὸν od. 2. ἀντιστρ. κα.*) Sin autem sint tres fratres dissortes, id est, qui divisa, & separata patrimonia habeant, tres sunt tutelæ: si duo sint fratres, duæ sunt tutelæ: quia & duo patrimonia separata habent. Idemque dici proculdubio potest de aliis quibuscunque extraneis pupillis, non fratribus, qui commune patrimonium habent, vel non. Nam si commune patrimonium habent, horum una est tutela, non plures. Contra, si divisa patrimonia possideant, quot patrimonia, tot tutelæ sunt. In fratribus dubitari poterat, an & dissortes, qui separata patrimonia habent pro uno haberentur, quia fratrum nomine unitas quædam, æqualitas quædam, & quasi communitas significatur, ut est scriptum in Panegyrico Flaviensium; sed placet etiam dissortes fratres pro uno non haberi, sed pro pluribus, pluresque eos tutelas efficere, & unam eos duntaxat, qui consortes sunt.

Ad Leg. LXXXV. de Regul. jur. *In ambiguis pro dotibus respondere melius est.*

Ad §. Non est novum, *ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, à quo initiũ capere nõ potuerunt.*

Ad §. Quotiens *æquitatem desiderii naturalis ratio, aut dubitatio juris moratur: justis decretis res temperanda est.*

Duæ sunt sententiæ Pauli, quæ apponuntur in hac l. Prior hæc est: *Non est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, &c.* His verbis, *non est novum*, non regula significatur, sed exceptio regulæ, ut *l. non est novum, de adquir. rer. dom. Non est novum, ut qui dominium non habet, alii dominium præbeat, dominiive causam præstet*, non est regula, sed exceptio regulæ propositæ in *l. 54. hoc tit.* Nemo potest plus juris in alium transferre, quam ipse habet. Et hic similiter iisdem verbis proponitur exceptio ad regulam, quæ dictat, & plerunque locum obtinet, *vitiari ea, quæ semel recte constituta sunt ab initio, si in eum casum recidant, à quo incipere non poterant.* Quæ quidem regula exstat multis in locis, *l. 2. §. ex his, l. existimo, l. si sub una, §. 1. l. inter stipulantem, §. sacram, l. pen. §. 1. de verbor. oblig. l. pro parte, de servit. l. 20. ad l. Falcid. l. 3. de his, quæ pro non script. hab. §. item contra, Instit. de inut. stipul. §. pen. Inst. de assign. libert.* Et breviter, quæ dictat ea, quæ ab initio valent, superveniente vitio aliquo ex post facto infirmari. Quæ plane opposita est regulæ Catonianæ, quæ ex diverso dictat: ea, *quæ ab initio non valent, ex post facto non confirmari*, vitio scil. sublato, quod officiebat à principio ne valerent. Illam autem regulam: *Ea quæ ab initio valent, ex post facto infirmari*, idem Paulus in d. *l. pen. §. 1.* recte dicit (quod & his verbis, *non est novum*, dicere voluit) non in omnibus esse veram, duobus exemplis propositis, quibus ea vitiatur, & perdit officium suum, ut loquitur *l. 2. hoc t.* Prior casus hic est: Unus ex sociis prædii communis, prædio communi servitutem stipulatur inutiliter, quia nec socio deberi potest, cum non possit socio per socium acquiri obligatio: per liberam enim personam alteri etiam socio non adquiritur obligatio. Non potest igitur ex ea stipulatione deberi socio, non potest etiam ei deberi, qui stipulatus est, quin & socio debeatur, quia servitutis causa individua est. Ex quo efficitur, ut neutri debeatur, utque inutilis ea stipulatio sit. Et tamen si is, qui utiliter stipulatus est servitutem ad fundum, qui suus est in solidum, duos heredes reliquerit, licet duo jam sint socii in eo fundo, ea tamen res, quæ ab initio contracta est, non vitiat stipulationem recte contractam: sed singulis heredibus in solidum competit actio ex stipulatu. Hic est prior casus, qui proponitur in *d. l. pen. §. 1.* Posterior autem hic est: Unus ex sociis pro parte dominii non potest servitutem adquirere: attamen si quis post adquisitam fundo suo servitutem in solidum, partem fundi vendat, ab ipso pro parte dominii, & ab emptore pro altera parte servitus retinetur, & conservatur. Non fit igitur irrita servitutis adquisitio, quæ semel jure constitit, & stipulatio tamen corrumpetur, si stipulatus esset servitutem sibi dari in solidum, videlicet si postea vendat partem fundi, *d. l. pro parte, d. l. si sub una, §. 1.* quia multum distat adquisitio servitutis à stipulatione. Stipulatio servitutis recte contracta vitiatur alienatione partis: constitutio, id est, adquisitio servitutis non vitiatur alienatione partis. Denique ab initio servitus constitui non potest pro parte dominii, at constituta recte ab initio, postea etiam pro parte dominii retineri potest, *d. l. pen. in fine.* His adde tertium casum ex *l. plane, §. unde dicitur, de leg. 1.* à Titio herede instituto fundus legatus est primo, & secundo: legatum ab initio valet. At si postea primus Titio heres fiat, ille casus existit, à quo legatum initium capere non poterat, quia idem cœpit esse heres, & legatarius, creditor, & debitor, quod fieri ab initio non poterat; & tamen pro sua parte retinet legatum, ne subveniens subtilis ratio juris moretur voluntatem defuncti, qui omnino voluit fundi partem ad primum pervenire. Adde & quartum casum ex *l. 5. ad leg. Falcid.* Utile est legatum, si debitor, quod in diem, vel sub conditione debet, creditori pure legaverit, quoniam habet in se commodum repræsentationis, *l. 7. in fi. de leg. 3.* At si postea vivo debitore dies venerit, vel conditio fuerit impleta, atque ita pure debere cœperit, quod olim in diem debuit, res ad eam causam pervenit, à qua incipere non poterat, quia quod pure debuit creditori, legare non poterat. Et tamen ex sententia Papiniani in d. *leg. 5.* valet legatum, quod semel valuit, ne quod semel testator recte decrevit

ex

ex casu, temere fiat irritum. Paulus tamen in hac specie à Papiniano dissentiens existimabat, non valere legatum. Et in hac quoque specie superiorem regulam esse servandam, *l. debitor, in princ. de leg. 2.* Sed Papiniani sententia obtinuit *§. ex contrario, Instit. de legat.* Sequitur alius casus, quo & superior regula cessat ex ejusdem Papiniani sententia in *l. donationes, in princ. de donat.* Si quid concubinæ donaverim, donatio valet. Uxori enim donare non possum: concubinæ donare possum. Donatio concubinæ facta valet ab initio, nec si postea eam duxerim uxorem domum, ad irritum recidit donatio, quæ ante jure valuit, licet in eum casum deducta sit, à quo incipere non potuisset, quia inter virum, & uxorem prohibita donatio est. Sed tamen, ut eleganter ait *l. si id quod, §. si quas, de donat. int. vir. & uxor.* hæc prohibitio non tam amare, aut avare districteve tractanda est, ut ad eam donationem, quæ facta est inter maritos infirmandam stricti juris regulæ adhibeantur, quales sunt omnes regulæ juris, sunt rigores juris summi. Quum tractatur etiam de nuptiis contrahendis, hujus regulæ nulla ratio habetur in favorem nuptiarum, inter eam, quæ uxor mea fuit, & filium meum adoptivum, incestæ nuptiæ sunt, quia ei est novercæ loco: & tamen si eum, cui uxor mea post divortium nupsit, adoptavero, nuptiæ, quæ ab initio justæ fuerunt, non constituuntur irritæ, *l. si qua, in princ. de ritu nupt.* Similiter furor matrimonium contrahi non sinit, & tamen recte ab initio contractum, furor superveniens non rescindit, *l. oratione, in fine, eod. tit.* Item inter puellam, quæ sub curatore est, & filium curatoris justæ nuptiæ non sunt, & tamen si puellæ justæ uxori tuæ, postea pater tuus curator datus sit, rite contractæ nuptiæ ab initio, ex post facto non vitiantur, *l. 3. C. de interd. matrim.* quia non temere hæc conjunctio sacra dissolvi debet. Sequitur in hac lege, non jam exceptio regulæ, sed regula juris, *quoties æquitatem, &c.* Ratio naturalis, & æquitas naturalis idem est in *Instit. tit. de rerum divis.* promiscue dicitur modo æquitas, modo ratio naturalis. Juris autem dubitatio est, ex jure civili, vel ex regulis juris civilis, sumpta dubitatio, quæ justa dubitatio dicitur in *l. Gravius, de fidejuss.* Confligit autem sæpe æquitas desiderii, justitia desiderii nostri, id est, jus, quod per libellum, vel alio modo petimus à principe, vel à magistratu. Confligit, inquam, sæpe æquitas precum nostrarum cum ratione juris civilis, cum æquitate civili, æquitas confligit cum æquitate vel civili, vel naturali, ut *l. si servus communis, §. quod vero, de furt.* ubi initio ait, æquum est, in extremo, sed æquius est. Inde actione rei uxoriæ quæritur, quid sit æquius, quid melius. M. Tullius in Partit. *æquitas,* inquit, *non simpliciter spectatur, sed ex comparatione nonnunquam, in quibus causis quid æquius æquissimumve sit, quæritur.* Nunc finge: Postulat actor procuratorem datum ad litem defendendam compelli judicium accipere, & litem contestari. Postulationis, & desiderii ejus æquitas nititur edicto prætoris de procuratoribus. At procurator recusat litem contestari, quod postea quam datus est exortæ sint capitales inimicitiæ inter se, & dominum, vel quod valetudine, aut necessaria peregrinatione districtus esse cœperit: quæ allegatio etiam sua æquitate nititur, confligit æquitas cum æquitate. Et rursus è contrario admissa ea allegatione procuratoris, forte actor dicit, jus suum lædi, vel imminui, quod actio, quam habet, sit tempore peritura. Quamobrem instat, ut procurator saltem compellatur litem contestari, ut *l. sed etiam, et l. invit. §. pen. de procur.* Quid fiet? Res omnis (ut ait *l. sed hæc neque, eod. tit.*) causa cognita, id est, decreto interposito à prætore temperanda est. Exceptio doli rem temperare dicitur, & redigere sc. ad id, quod æquius est, ut *l. qui quadringenta, ad legem Falc.* Tantundem efficient decreta judicum. Sunt enim judices quasi medii, & sequestres, quasi διχασταί, ut Aristot. ait, qui dividunt rem, atque adeo temperant. Sumi etiam potest exemplum ex *l. 31. de excusat. tut.* Si una tutela, quam quis administrat, tam diffusa, & negotiosa sit, ut merito pro pluribus computari possit, & desideret is, qui vocatur ad secundam se excusari, quod prima eum oneret nimis, æquum desiderat: sed desiderium ejus moratur juris dubitatio: quia jure civili, non nisi tres tutelæ excusationem præbent. At ait *d. l. 31.* recte faciet prætor tutelaris, si hanc rem justo decreto temperaverit permissa excusatione, & una tutela imputata pro tribus. Ex diverso jure trium tutelarum recte faciet prætor, si non semper admittat excusationem à quarta, ut puta, si una ex tribus tutelis sit fini proxima, videlicet si uni pupillo ad pubertatem supersit tantum semestre tempus. Hic æquum est, ne defugiat quartam tutelam, vel etiamsi una ex tribus tutelis sit levissima, veluti abstinente pupillo bonis paternis, *ut in dict. l. 31.* Nam tutela levissima, tutela mediocris pupilli, aut mediocris patrimonii pupillaris, tutela *εὐκαταφρόνητος*, ut Theophilus in *§. item 3.* id est, *vilissima tutela*, non ut Curtius *opulentissima*, non cedit in numerum trium tutelarum. Postremo sumatur etiam aliud exemplum ex *l. 6. de leg. præst.* filius præteritus, qui petiit bonorum possessionem contra tabulas, exceptis personis, puta liberis, aut parentibus debet præstare legata testamento relicta. Et ita est proditum edicto prætoris. Quid ergo, si dodrans patri sit legatus? An ei præstabitur dodrans? Atque ita an plus feret ex bonis pater, quam filius, nimirum dodrantem pater, filius quadrantem tantum? Hoc est iniquum. Ideoque ea lex ait, justo decreto ita temperari debere, patre tantum admisso in virilem portionem, ut tantumdem, non etiam plus ferat, quam filius.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. VII. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLIII. de Administr. & peric. tutor. *Cum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur.*

Ad §. Qui cum esset fratris *sui filiæ* curator, *quadringenta dotis nomine marito ejus se daturum promisit: quæro, an succurrendum sit ei, cum postea ære alieno emergente, supra vires patrimonii ejus dos promissa sit: quoniam in instrumento ita scriptum sit,* ita patruus & curator stipulanti spopondit. *Movet quæstionem, quod non ut de suo dotem daret, sed cum crederet rationem pupillarem sufficere, promisit. Præterea & illud hic potest tractari: ut, si sciens curator non sufficere promiserit, vel donasse videatur, vel, quoniam dolo fecit, non illi succurratur. Respondi: Curator cum officium suum egressus, sponte se obligaverit: non puto ei à prætore subveniri debere, non magis, quam si creditori puellæ pecuniam se daturum spopondisset: Sed is, de quo tractamus, si non donandi animo, sed negotii gerendi causa, dotem promisit: habet mulierem obligatam, & poterit dici, etiam manente matrimonio eam teneri: quia habet dotem. Sicut in collatione bonorum dicitur, vel certe post divortium: sive exacta sit dos, sive maneat nomen: quia potest efficere, ut ei accepto feratur. Quod si mulier suum curatorem adimplere id, quod supra vires patrimonii ejus in dotem dare promisit, non queat: curatorem quidem in hoc, quod superfluum est, per exceptionem relevari: mulier vero cautionem in maritum exponere debet. Quod si quandoque locupletior constante matrimonio facta fuerit, dotis reliquum marito servat.*

BREVIS est sententia, quæ initio hujus l. proponitur, *cum post mortem pupilli, &c.* & ostendit, nominum pupillarium periculum, quæ post finitam tutelam morte pupilli deteriora, & minus idonea facta sunt, deperdita sunt, non pertinere ad tutorem, sicut nec si deteriora facta sint, post finitam tutelam pubertate pupilli, *l. 39. in princip. h. t.* Ratio est evidens, quia finito officio tutelæ, tutor actionem inferre, & ea nomina exigere non potuit, & consequenter ea in re cessatio ei, vel negligentia imputari nulla potest: manente officio tutelæ, si deteriora facta sint, redactis debitoribus ad inopiam, culpæ, seu negligentiæ suæ periculo subjicitur, quod ea maturius non exegerit, *l. 2. C. arb. tut.* Nomina vocat, nomina debitorum, seu obligationes. Et loquitur de nominibus con-

contractis à patre pupilli; vel contractis a tutore ipso nomine pupilli, quia finita tutela eorum exactionem non habet. Non loquitur, non sentit de nominibus contractis à tutore ipso suo nomine ex pecunia pupilli, quia eorum periculum etiam post finitam tutelam, ad tutorem redundat, cum eorum exactionem habeat etiam post finitam tutelam, quandoquidem suo nomine nomina fecit, vel stipulatus est. Et quod dicitur in *l.16.hoc tit.* nihil referre, suo an pupilli nomine tutor ex pecunia pupilli nomina fecerit, quia utroque casu, ut ait, electio est adolescentis, ut vel omnia nomina agnoscat indistincte, non separatis iis, quæ integra sunt, ab iis, quæ deperdita sunt, aut omnia reprobet: id inquam, nihil pertinet ad speciem propositam initio hujus legis, quæ est de nominibus deperditis post finitam tutelam. Illa autem lex 16. est de nominibus deperditis manente tutela. Sequitur alia quæstio in §. 1. Quidam cum esset patruus & curator filiæ fratris sui, marito stipulanti dotis nomine promisit 400. Et instrumento dotali conscripta stipulatio est his verbis: *Ille patruus & curator stipulanti spopondit*, quæ verba demonstrant, eum promisisse dotem suo nomine. Post aliquantum temporis emergente ære alieno, quod ante latuerat, defuncti fratris, cui filia heres exstiterat, apparuit eum dotem promisisse supra vires patrimonii ipsius mulieris. Quæritur, *an & quatenus curatori à prætore subveniendum sit, data forte exceptione doli, vel in factum, si à marito conveniatur in solidum actione ex stipulatu?* Nam si noluit dotem de suo dare, sed de bonis filiæ fratris sui, quæ solvendis 400. sufficere credebat, & ita si errore lapsus 400. promiserit, videtur ei subveniendum esse. Contra, si non erravit, sed sciens puellæ bona non sufficere, neque largiri tantam pecuniæ quantitatem dotis nomine 400. promiserit, aut de suo donasse videtur sciens prudensque: aut si non habuit animum donandi, quia decepit maritum dolo malo, non est ei subveniendum convento actione ex stipulatu. Deceptis enim subveniendum est, non decipientibus, ut de mulieribus dicitur in *l. 2. ad Vell.* & de minoribus in *l. 1. C. Gregor. si major fuerit probatus*. Quid ergo dicemus? Et respondit Paulus, non esse curatori subveniendum adversus maritum, cui promisit 400. in dotem: quia officium suum egressus, inquit, sponte se obligavit suo nomine, officium suum egressus est, quia debuit tantum auctor pupillæ fieri ad dotem legitimam constituendam, vel promittendam pro modo facultatum ejus; ut *l. quæro, de jur. dot.* non etiam debuit ipse suo nomine, ut fecit, dotem promittere. Et sicut, si creditori puellæ pecuniam se daturum suo nomine promiserit, obligatur omnimodo, nec prætoris auxilio obligationis onere relevari potest, ita nec si ultro marito puellæ dotem se daturum spoponderit, quia & creditor & maritus suum negotium gessit bona fide, & frustrandus non est decipiendus non est, *l. 9. §. ult. de cond.caus.dat.l.pure, §. si cum, de doli except.* Itaque adversus maritum si agat ex promissione dotis, non potest curator se tueri opposita exceptione doli: vel in factum, quia maritus nihil dolo facit, qui dotem recte promissam petit. Et hæc ita se habent, sive donandi animo promiserit, sive negotii gerendi causa, quoniam utroque casu marito in eum est efficax actio ex stipulatu, cujus onus curator frustra recusat. Sed hoc posteriore casu (quod notandum) eum scilicet mulieris negotii gerendi animum habuit, dote suo nomine promissa, quia mulierem sibi obligare voluit, non ei donare, ut in *l. si quis cum, sup. comm. divid.* In mulierem puellam habet actionem negotiorum gestorum, sive nondum marito dotem solverit, id est, ut ait, si nomen adhuc maneat, id est, cautio dotis, ut scilicet acceptilatione liberetur, quia hoc potest efficere mulier, ut maritus eum accepto liberet. Itaque dote nondum marito soluta, mulier curatori tenetur actione negotiorum gestorum, uti det operam, ut curatorem maritus liberet per acceptilationem: sive jam dotem marito curator solverit, mulier puella curatori tenetur actione negotiorum gestorum, ut ei reddat dotem, quam ei dedit, pecuniam dotalem, quam marito numeravit: quæ actio (ut docet) intendi adversus puellam potest, non tantum divortio facto, sed etiam manente ma-

A trimonio, quia adhuc habet dotem, id est, quia dotem habere intelligitur, quam maritus habet: est enim res uxoria, *l. quamvis, de jur.dot.* Qua ratione, etiam constante matrimonio, dotem, quam maritus habet, ipsa fratribus conferre debet, si agatur de successione patris inter eos, vid. tanto minus accipiendo ex bonis patris, *l. dotis, C.de collat.* Breviter, si puellæ negotii gerendi causa curator in dotem quadringenta promiserit & solverit, ea repetet a puella actione negotiorum gestorum: vel si nondum 400. marito solverit, eadem actione utetur adversus puellam, ut accepto liberetur curante puella. Superest adhuc hæc quæstio, quid sit dicendum, si forte manis sit actio negotiorum gestorum, quam eo nomine curator habet adversus puellam, id est, si puella non sit solvendo, si puella non possit curatori reddere, quod ipse negotii gerendi causa supra vires patrimonii, quod puella habet, marito in dotem dare pro-

B misit, si forte conventus à marito, ei in solidum solvere cogatur. Quid hic faciat curator, qui dotem solverit, frustra repetat à muliere propter inopiam ejus, si curatorem, inquit, adimplere id, quod supra vires patrimonii ejus in dotem dare promisit, non queat (adimplere curatorem est solvere curatorem, ut adimplere creditorem, id est, solvere, dimittere creditorem, *l. ult. §.sin vero non omnes, C. de testam. manum. Si res*, inquit, *hereditariæ sufficiunt ad implendos creditores: Basilica*: ἐκπληρωσαι σε, *adimplens te*, id est, tibi soluta pecunia: Æschylus, τὰ γὰρ φῶτα πληρῶν, &c. id est, *moriens nutritia adimplevit terræ*, id est, persolvit. Et hoc vero casu dicitur, quum puella adimplere curatorem non potest id quod promisit, ultra vires patrimonii ejus: curatori, si in solidum convenia-

C tur à marito ex stipulatu, ne in damno versetur, in id quod superfluum est. i. in id quod superat vires patrimonii mulieris, quod à muliere recipere nequit, æquum est à prætore subveniri, data exceptione in factum & concepta fere in hunc modum: *si non plus promisi negotia puellæ bona fide gerens, quam facultates ejus ferant, quamque ipsa mihi reddere queat*. Sed & ne maritus in damno versetur, qui sustinet onera matrimonii, eo casu debet cavere marito mulier, se reliquum dotis marito soluturam, quoniam in fine legis scribendum est, *solvat*, non, *servat*: se, inquam, residuum dotis, quod nunc superat vires suas, marito soluturam, si quandoque constante matrimonio locupletior facta fuerit, & ita qualicunque cautione marito satisfiat, ne omnino dote, vel dotis spe defraudetur, quæ est sententia hujus legis elegantissima. Posset quis tentare, hoc

D posteriore casu non esse curatori necessariam exceptionem, sed ipso jure promissionem nullam esse, ex *l. sive generalis, de jure dot.* quæ ait, promissionem dotis factam ultra vires patrimonii mulieris ipso jure nullam esse. At ejus legis species longe diversa est à specie proposita: neque enim loquitur de dote, quam curator sua sponte, & suo nomine marito puellæ promisit supra facultates puellæ, ut hic proponitur, quæ promissio omnimodo valet: sed loquitur ea lex de dote, quam puella ipsa curatore auctore, & sciente prudente, dolo malo promisit supra facultates suas. Debet enim ea lex conjungi cum *l. quæro*, quæ præcedit, in qua quæritur, quantæ pecuniæ dotem promittenti puellæ curator auctoritatem, vel consensum accommodare debeat. Et ait, modum dotis esse constituendum *ex facultatibus & dignitate natalium mulieris, atque mariti, quousque ratio*

E *patitur*, id est, (ut inferius dicam) quousque modus dotium lege finitus patitur. Quod etiam ostenditur in *l. cum post, §. gener, & §. seq. cod. tit.* Plin.6.epistol. *Nuptura honestissimo viro, cui ratio civilium officiorum necessitatem quandam nitoris imponit, debet secundum conditionem & dignitatem mariti veste & comitatu augeri.* Idem de dote dicendum est, quæ constituenda est non tantum pro modo facultatum mulieris, & pro dignitate natalium solo, sed etiam pro dignitate mariti. Et hoc cum dixisset in *l.quæro*, subjicit in *l. sive generalis*, si amplius promissum sit, non si amplius curator promiserit, sed si amplius promissum sit, quam facultates mulieris valeant, à muliere scilicet interveniente auctoritate curatoris generaliter, vel specialiter dati ad dotem constituendam, ipso jure nullam esse promissionem

Vuu dotis,

Digitized by Google

dotis, quia (inquit) lege tata non habetur auctoritas dolo malo facta: & dolo malo, vel lata culpa, quæ dolo proxima est, sane non caret curator, quia auctoritatem accommodat puellæ promittenti dotem supra vires patrimonii sui: & lege (inquit) quod ante ipso jure, id est, lege Papia. Hæc enim est lex, quæ dotibus modum imposuit, *l.2.C. Theodos. de inoffic. dotib.* Ex ea lege neque dos potest excedere vires patrimonii, neque etiam, si suppetat patrimonium decies centena millia sestertiorum, quæ est ratio, ad quam usque dicitur dotem esse constituendam in *l. quæro*, illo loco, *quousque ratio patitur*. Nam non omne patrimonium licet in dotem dare, si excedat decies centena millia sestertiorum nummorum. Quod significat *l.6. de usur.* quum ponit decies centena millia in dotem data. Unde Martialis: *Centena decies, quæ tibi dedi doti.* Et Juvenalis:

------ Et ritu decies centena dabuntur

Antiquo. ----

Græci ad *d. l. quæro, & l. 4.* notant legitimam dotem esse quadringentarum librarum auri. Quod sane hodie verum est ex Novell.22. Et nihil est præterea in hac lege.

Ad L. XXXII. de Excusat. tutor. *Nesennius Apollinaris Julio Paulo. Mater filium suum pupillum, vel quivis alius extraneus extraneum æque pupillum scripsit heredem, & Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo tutorem adscripsit. Titius confirmatus excusavit se à tutela. Quæro, an legatum amittat? Et quid si testamento quidem tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit, datusque à prætore tutor excuset se, an æque repellendus sit à legato, & an aliquid intersit, si à patre, vel emancipato pupillo tutor datus sit, vel puberi curator? Respondi. Qui non jure datus (sit) vel tutor, vel curator à patre, confirmatus à prætore, excusationis beneficio uti maluit: repellendus est à legato. Idque, & Scævolæ nostro placuit. Nam & prætor, qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur judicium. Idem in matris testamento dicendum est. Similis est matri quivis extraneus, qui pupillum heredem instituit, eique, & in tutore dando prospicere voluit, quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit, eum, qui recusat id, quod testator relinquit, ab eo quod petit, quod idem dedit, repelli debere. Non semper tamen existimo eum, qui onus tutelæ recusavit, repellendum à legata, sed ita demum si legatum ei idea adscriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum injunxit: non quod alioquin daturus esset, etiam sine tutela. Id apparere potuit, si posueris testamento legatum adscriptum, codicillis vero postea factis tutorem datum. In hoc enim legato potest dici, non ideo ei relictum, quia & tutorem esse voluerit testator.*

Ad L. XXXIV. eod. *Ex his apparet, non esse his similem eum, quem Prætor tutorem dedit, cum posset uti immunitate: hic enim nihil contra judicium fecit testatoris: nam quem ille non dedit tutorem, cum voluisse tutelam administrare filii dicere non possumus.*

HÆc quidem initio nobis constituenda sunt principia juris: Curatorem testamento dari non posse, *l. 1. in fi. de confirm. tut.* ne à patre quidem, vel alio parente, qui adolescentem habet in potestate, quod hac lege ostenditur: & generaliter à nemine cujuscunque sit sexus, vel juris, aut conditionis, curatorem testamento dari posse, tutorem autem à parente, qui impuberem habet in potestate testamento dari posse: & impuberi, quem habet in potestate tam heredi instituto, quam exheredato, non impuberi emancipato, nec filio naturali, si nihil ei relinquat, *l. naturalis, de confirm. tut.* Sed datum tamen à patre filio emancipato confirmari posse à prætore, vel præside sine inquisitione. Cur non possit curator testamento dari? Ratio hæc est, quia tutoris, vel curatoris datio ei tantum competit, cui lege specialiter data est, & quatenus data est, *l. muto, §. tutoris, de tutel.* Et lex 12. tab. quæ patri permisit tutoris dationem, non permisit etiam curatoris dationem, quia ita lex scripta est, *paterfam. uti super pecuniæ tutelæve suæ legassit, ita jus esto.* Lex de tutela loquitur, non de curatione: non plus sibi adrogare potest, qui liberos habet in potestate, quam ei lex nominatim dederit. Et ita vice mutata ventri dicitur curator dari, *l. ventri, de tut. & cur. dat.* quia, inquit, edictum prætoris loquitur de curatore dando, non de tutore. Et pari ratione, quia lex 12. tab. ait, *paterf.* non permittitur matrifam. filiis suis impuberib. test. tutorem dare, quia lex ait, *paterf.* Item, quia ait, *tutela sua*, quod ita prudentes semper acceperunt de tutela liberorum suorum, quos in sua familia, & potestate habet, non permittitur patrifa. extraneo, id est, qui non est parens virilis sexus, & per virilem sexum descendens, de tutela non sua, id est, de tutela extraneorum pupillorum quidquam testamento decernere. Ex his igitur concludamus, nullum esse curatorem testamentarium: & curatorum duo tantum esse genera: alii sunt legitimi, sicut curatores furiosorum, & prodigorum, alii dativi, vel honorarii, nulli testamentarii. Et quamvis testamento patris, vel matris, vel extranei non jure datus curator confirmari possit à prætore, vel præside, vel proconsule, post confirmationem tamen dativus est, non testamentarius: confirmatus tutor dativus est, quia qui confirmat, dat tutorem atque constituit, *l.39. curatores, de admin. tut. l. jure, §. ult. & l. seq. de testam. tut. l. pen. §. sed cum veteres, C. de necess. heredib. instit.* At tutorum tria sunt genera, alii testamentarii, alii legitimi, alii dativi. Et testamentarii ii tantum, qui testamento parentis dantur liberis impuberibus, qui in ejus potestate sunt: qui autem tutores dantur testamento matris, vel extranei, non jure dantur tutores. Sed tamen, & ii decreto prætoris, vel præsidis ex inquisitione, si ita magistratui videtur, confirmari possunt, si modo dati sint heredibus institutis, non si dati sint præteritis: quia, qui ab iis dantur tutores, non aliter confirmantur, quam si in rem magis dentur, quam in personam, puta heredibus institutis. Nam quem heredem non instituit mater, vel extraneus, ei frustra tutorem instituit, vel adscribit, nec enim confirmari potest, & hæc omnia ostenduntur in *l.4. sup. de test. tut. l.4. C. eod. tit.* Ubi (ut jampridem comprobavi) sublata negatione legendum est, *quando autem eos heredes instituerit*, hoc sensu, ut mater liberis institutis si tutores dederit, ii confirmati possint, non etiam si liberis heredibus non institutis: idem ostenditur *d. l.1.2. & 4. & tota tit. de confir. tut. l.1. C. eod. tit.* His cognitis, finge: mater filium suum pupillum, vel extraneus extraneum pupillum, puta alumnum suum, aut libertum heredem instituit: Titio legatum dedit, eundemque Titium pupillo heredi instituto tutorem adscripsit. Denique Titio adscripsit legatum, & tutelam heredis sui: tutelam adscribere dicit, *l. peto, §. mater, de leg. 2. & inf. in hac ipsa l.* satis nove. Id quod testator relinquit, id est, tutelam, quam injungit Titio legatario. Postea Titius decreto prætoris tutor confirmatus est habita inquisitione, ut oportet, & post confirmationem se excusavit à tutela, jure suo, forte jure trium, aut quatuor liberorum. Hinc oriuntur quæstiones quatuor. Primum, an ideo Titius amittat legatum, quod se excuset à tutela? Deinde, an si idem Titius legatarius non eodem testamento tutor adscriptus sit, sed datus à prætore pupillo heredi instituto, & se excusaverit à tutela dativa, de qua nihil erat comprehensum testamento, an idem legatum amittat? Male glossa, *confirmatus, & datus*, interpretatur, *confirmandus, & dandus*: neque enim hoc fingit sententia Pauli. Et exploratissimum est, post confirmationem, & dationem, demum proponi, & exsequi excusationem. Confirmationem, & dationem sequitur excusatio semper, quia tutela non tenet tutorem, antequam datus, vel confirmatus sit: allegari quidem potest excusatio ante confirmationem, vel dationem, quum petitur dari, vel confirmari, ut in *l. jurisperitus, §. ult. hoc tit.* sed exsequi, & disceptari excusatio sane non potest ante confirmationem, vel dationem, *l. Cajus, hoc tit.* Tertia quæstio hæc est, an idem Titius amittat legatum si ei relictum sit testamento patris, eodemque testamento à patre curator filio puberi datus sit, vel tutor filio impuberi emancipato, & confirmatus se excuset? Hæ tres quæstiones nobis definiendæ sunt priusquam 4. proponatur. Et in iis definiendis sequendus est nobis ordo Pauli. Primum enim Paulus respondet ad tertiam quæstionem, videlicet, Titium, qui detractat onus tutelæ, vel curæ, quam ei injunxit pater in testamento, quasi

uti-

indignum repelli à legato, quod eodem testamento pater pupilli, vel puberis ei reliquit, quia id intelligitur reliquisse fidei remunerandæ gratia, sive oneris tutelæ repensandi gratia, ut *l.28. §.1. & 36. hoc tit. l. qui tutelam, sup. de testam. tut. l.5. §. amittere, de his, quæ ut indig. auf.* (ut eleganter Paulus ait) in eo tutore, vel curatore confirmando, prætor, vel præses sequitur judicium patris, contra quod facit qui recusat onus tutelæ. Hæc enim fuit voluntas patris, ut aut sustineret onus tutelæ, aut repelleretur ab onere legati. Hanc voluntatem prætor, qui datum confirmat, subsequitur. Denique hac ratione significat, non aliam esse voluntatem prætoris, quam patris. Itaque ait ex mente prætoris, aut recedere eum debere à legato, aut subire onus tutelæ. Mox subjicit Paulus eodem modo, ad primam quæstionem esse respondendum, puta testamento matris, vel extranei pupillo heredi instituto, datum tutorem, & confirmatum repelli à legato, si excusationis beneficio, quod ei competit, uti malit, non sua sponte obire tutelam. Utroque ergo casu, qui recusat tutelam sibi à testatore mandatam, à legato, quod idem testator ei dedit, repellitur, nisi (ut subjicit Paulus, hanc enim addit exceptionem) legatum ei dederit, non ut tutelam susciperet fidei remunerandæ gratia, sed & sine onere tutelæ, puta si daturus erat legatum etiam sine tutela, ut puta si testamento ei primum adscripserit legatum, deinde tutelam codicillis testamento confirmatis: alioqui jure non confirmatur tutor, qui ab iis datus est, codicillis non confirmatis, *l. 1. de confirm. tut.* Hoc vero casu, quum testamento legatum dedit, deinde codicillis tutelam injunxit, tentat Paulus *in fine h. l.* eum videri tutelam separasse à legato, & posse capi legatum etiam ab eo, qui se excusat à tutela, quia non eadem scriptura legatum, & tutelam dedit, sed diversis, & tutelam post legatum dedit: si eodem testamento, vel iisdem codicillis utrumque dedisset, hac conjectura non uteremur, sed quum diversis scripturis dederit, hac conjectura utitur, ut scilicet voluerit eum pervenire ad legatum testamento relictum, etiamsi non administraret tutelam injunctam codicillis. Et hoc quidem tentavit, ut dixi, Paulus in hoc *lib.* 7. qui tamen postea variasse videtur *lib.* 23. ex quo est lex, quæ sequitur, quæ non admittit superiorem conjecturam, si posteriore loco in codicillis sit adscripta tutela, priore loco legatum in testamento. Et verius esse docet hujus ordinis, sive diversæ scripturæ rationem nihil mutare, nihil efficere, & breviter non aliter legati commodum separari ab onere tutelæ, quam si evidenter testator expresserit, velle se dare legatum, etiam si tutelam non susceperit. Hoc non expresso semper videtur onus tutelæ junxisse emolumento legati. Conjecturæ illæ (inquit) sunt nimium scrupulosæ, nec sunt admittendæ. Opus est expressa voluntate defuncti. Ad quæstionem secundam respondet in l.34. eum scilicet, cui testamento legatum adscriptum est, non tutela, non repelli à legato, si postea tutor datus à prætore pupillo, heredi instituto testamento matris, vel extranei, excusationis beneficio utatur, optima ratione, quia nihil facit contra judicium testatoris, qui simpliciter ei legavit, nec de tutela heredis sui quidquam cavit, & quem non dedit tutorem (inquit) eum voluisse tutelam gerere heredis sui dicere non possumus. Expressa etiam datione, & voluntate testatoris, hic opus est. Sequitur 4. & ultima quæstio in l.35. an si mater, vel extraneus pupillo heredi instituto, non tantum Titium, cui legatum dedit, tutorem dederit, sed & alios idoneos tutores, & Titius se non excusaverit quidem, sed administrare noluerit, contentus, quod cæteri contutores sui, qui idonei erant, administrarent. Vulgo male, *contendens*. Recte Florentiæ, *contentus*, & Basilica: *ἀρκούμενος τῷ ἔχειν συνεπιτρόπους εὐπόρους*: *Contentus*, inquit, *quod cæteri idonei essent*. Hic videtur non esse repellendus à legato, quia etsi nihil administraverit, periculum sustinet cessationis, quod plerunque pro administratione est, *l.21. & 31. sup. hoc tit.* Et ideo etiamsi nihil attigerit, nihil administraverit, finita tutela potest conveniri tutelæ judicio, si res pupilli à cæteris, qui administrarunt servari non possit, *l. 1. & 2. C. si tutor non gesserit, l. 6. arbit. tut. l. & si fecisses, C. de administ. tut.* At rectius Paulus definit, & hoc casu Titium, licet non excusaverit se, sed permiserit collegis totam administrationem, à legato repellendum esse, quia quodammodo se excusat, qui nihil administrat, & quæcunque contumacia ejus, sive *καταφρόνησις* punienda est. Punitur ademptione legati, quod pupilli, vel heredis lucro cedit, ut *d. §. amittere, l. pen. C. de leg.* non etiam cadit in fiscum, quamvis ut indigno eripiatur: non enim omnia, quæ indignis eripiuntur, cadunt in fiscum. Contumacia hoc loco est non parere voluntati testatoris, non administrare tutelam ex sententia testatoris, quæ & indevotio dicitur sæpe, contumacia enim dicitur à contemnendo, ut *παρατυμολογῶ, lex contumaciæ, §. 1. de re jud.* Contumax, inquit, est, qui contemnit venire tribus edictis evocatus, vel uno pro trib. Velius Longus de orthographia: *In contumace*, inquit, *melius est servari. Venit enim à contemnendo.* Et inde in glossis veterum, *καταφρονητής*, *contemptor, spernulus, contumax*. Et in extremo legis 35. ait: *multo magis indignum eum esse legato, qui nec se excusavit quodammodo, sed suscepit administrationem secundum voluntatem testatoris, verum mox ut suspectus remotus est.* Nam hic etiam est repellendus à legato, qui non est inventus tutor idoneus, sed non etiam is, qui non confirmatus est, si per eum non fiet, quo minus tutelam gerat, sed per prætorem, qui initio eum non probat, nec confirmat. Sane tunc non repellitur à legato, qui à tutela vitio suo non repellitur, sed providentia prætoris, aut præsidis. Hoc ostenditur in *l. cum filius. §. non jure, de leg. 2.*

Ad L. XXX. de Test. milit. *Nam in bona castrensia non esse dandam contra tabulas filii militis bonorum possessionem, Divus Pius Antoninus rescripsit.*

Ad L. V. de Leg. II.

Huic legi conjungendæ sunt, & una explicandæ *l. 37. eod. tit. & l.5. de leg. 2.* Certum est, patrono, cui testamento liberti relicta non est debita portio, vel etiam patri, qui in emancipatione filii manumissor extitit, id est, qui in vendendo, sive venundando filio, ut olim fiebat, contraxit fiduciam, id est, qui ea lege eum vendidit, ut sibi revenderetur, hoc est remanciparetur, atque ita à se manumitteretur. Patri, inquam, qui in emancipatione, id est, venditione filii manumissor exstitit contracta fiducia, quæ hodie ex constit. Justin. de jure patronatus semper contracta esse fingitur: huic, inquam, patri manumissori, qui patrono comparatur, licet manumissio ejus libertum non fecerit, *l.2. si à par. quis manum. sit*: manumissio domini libertum facit, non manumissio patris: manumissio patris non præjudicat ingenuitati: si etiam huic patri testamento filii non sit relicta debita portio, utrique, id est, patrono, & patri manumissori competit bonorum possessio contra tabulas, non in assem: sed in debitam portionem tantum, id est, semissem ex l. Papia: in trientem ex constitutione Justiniani. Et hoc ostenditur in *l. prox. §. ult. sup. l. filio, §.5. de inoffic. test.* Et utique ita procedit in bonis paganis liberti, vel filii, non in bonis castrensibus, quia libertus, vel filius manumissus, vivo manumissore in bonis paganis liberam testamenti factionem non habet, in castrensibus habet liberam testamenti factionem, adeo ut etsi nihil ex eis bonis patrono, vel patri reliquerit, non possit patrono, vel patri contra ea bona dari bonorum possessio contra tabulas. Et ita Divum Pium rescripsisse, tum Paulus scripsit in hac *l. 30.* tum etiam Ulp. *l. 1. §. est & aliud, si à par. quis man.* Et similis modo patri manumissori, vel non manumissori præterito, cuive non relicta est debita portio, quasi patrono, datur etiam non jam ut patrono, aut quasi patrono, sed ut patri jus patrium. Duplex enim ei jus competit, jus patrium, & jus quasi patronatus, si in emancipatione manumissor extiterit. Cæterum, sive manumissor extiterit, sive non, semper ei ut patri datur in bona pagana querela inofficiosi testamenti, quæ jus antiquum dicitur, *l.1. §. ult. si à par. quis manum. sit, l. 14. de inoffic. test.* Et hæc actio seu querela inoffic. testamenti datur in assem: vel si jam abstulerit semissem, aut trientem, ut manumissor

missor per bon. possessio. contra tabulas, querela inoffic. testamenti ei datur in alterum semissem, vel in bessem residuum. In bona autem castrensia non datur, quia ad testamenta militum querela inofficiosi non pertinet, *l. si institutus, §. de inoffic. sup. de inoffi. test. l. ult. C. eod. tit.*

Ad L. XXXVII. de Mil. test. *Si duobus à milite liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem: pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse: quia miles & pro parte testari potest, & competit patrono ab intestato bonorum possessio: nisi si hæc voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero, ad alterum vellet totam redire hereditatem.*

LEx 37. suggerit aliam differentiam inter testamenta militum, & testamenta paganorum. Inter coheredes scriptos testamento pagani, etiamsi disjuncti sint, versatur jus adcrescendi, id est, portio omittentis, vel repudiantis hereditatem, portio vacans tacito jure adcrescit alteri etiam invito, qui jam pro parte sua heres exstitit, non etiam ad legitimum heredem transit, quia paganus non potest pro parte testatus, pro parte intestatus vita decedere, *l. 7. de regul. jur.* Paganus non potest ab initio pro parte testamentarium, pro parte legitimum heredem habere. M. Tullius de invent. *Unius*, inquit, *pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt: nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege heres esset*. Quod de paganis tantum intelligitur. Et hanc constat esse verissimam rationem inter coheredes introducendi juris adcrescendi ex testamentis paganorum. Hæc lex 37. è contrario nobis evidentissimum argumentum præstat, quum ait, ex testamentis militum inter coheredes non esse jus adcrescendi, id est, portionem deficientem, & vacantem non adcrescere enheredi, qui se pro herede gessit, sed ad legitimum militis heredem pervenire, quod etiam ostendit *l. si filius, §. castrensium, de bon. libert.* Idque ideo constitutum est, quia miles pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, *l. de hereditate, §. 2. D. de castr. pec.* Itaque si miles Titium heredem fecit ex semisse, Cajum ex altero semisse, Titio repudiante, portio ejus non adcrescit Cajo, sed ad legitimum militis heredem transfertur jure intestati, veluti ad proximum agnatum; vel, ut ponit hoc loco, *ad patronum*, si miles libertinæ conditionis fuerit. Nam & libertini militiæ nomen dare possunt, *l. operis, de op. libert. l. 6. de castr. pec. l. ult. C. de lib. & eorum lib.* Conclusio igitur hæc est: Jus adcrescendi ad testamenta militum non pertinere. Cujus tamen duæ sunt exceptiones. Una, quæ proponitur hoc loco, si probetur, hanc fuisse voluntatem militis, ut inter heredes suos servaretur jus adcrescendi, & ut in totum testatus remaneret, id est, ut omittente altero, tota hereditas ad alterum rediret. Redire dicitur non legitima tantum hereditas, sed etiam testamentaria jure adcrescendi, ut in *l. cum pater, §. cum pater, de leg. 2.* Altera exceptio proponitur in *l. si certarum, §. quod si alterutra, hoc tit.* quæ lex, testamento militis uno herede instituto ex bonis castrensibus, altero ex paganis, ait suorum quemque bonorum separatim, & in solidum æs alienum agnoscere. Quod scilicet ex ea causa pendet, ex qua heres institutus est, quia quodammodo duo sunt patrimonia, duæ hereditates, pagana, & castrensis. Et si forte is, qui ex castrensibus heres institutus est, ideo omittat hereditatem, quod bona castrensia æri alieno contracto in castris non sufficiant, & si nec legitimus heres, eo repudiante, ea bona amplecti velit, quia solvendo non sunt, hoc casu alterum coheredem institutum ex paganis, aut debere agnoscere omnia bona, tam castrensia, quam pagana, aut omnia dimittere omnibus creditoribus vendenda. Si igitur nemo existat, neque ex testamento, neque ab intestato, qui bona castrensia amplecti velit, quæ solvendo non sunt, tum electio defertur heredi instituto ex bonis paganis, ut, vel omnia bona creditoribus dimittat, vel omnia suscipiat cum onere æris alieni. Neque enim hoc casu bona pagana amplecti potest, quin etiam eis accrescant continuo castrensia, cum nemo alius existit, qui ea complectatur. Nam etsi in testamentis militum non servetur superior regula, ne partim testati, partim intestati decedant, servatur hæc tamen, quæ dictat, non posse hereditatem uni delatam partim adiri, partim repudiari, *l. 1. de adquir. hered. l. un. §. in his, de cad. toll.* His igitur duobus casibus, puta ex voluntate militis, & ex necessitate juris, jus adcrescendi pertinet etiam ad testamenta militum: alioqui non pertinet nisi ad testamenta paganorum. Huic vero tractationi non inconcinne aptabitur *l. 5. de leg. 2. ex eodem libro:* Nam in regula illa, quæ vetat partim hereditatem adiri, partim repudiari, quam dicimus in testamentis etiam militum locum habere, ab hereditate ad legatum pervenit exemplum, à regula illa, id est, ab hereditate, de qua regula concepta est, ut non possit partim hereditas adiri, partim repudiari, exemplum pervenit etiam ad legatum. Paulus 3. *Sentent. tit. de legat. ejus rei, quæ legata est, exemplo heredis, partem agnoscere, partem repudiare legatarius non potest*. Quam sententiam idem repetit lib. 8. ad Plautium, videlicet in l. 4. quæ præcedit, & ait, *neminem ejusdem rei legatæ partem velle posse, partem nolle*. Ad quam legem quartam & quinta adaptatur: unum legatum scindi non potest, *l. 23. de condit. & demonst.* id est, neque res legata scindi potest, neque actio legati, *l. cum filius, §. variis, de leg. 2.* Judicium defuncti, aut omnino amplecti, aut omnino respuere oportet, & legati, vel hereditatis delatum honorem non fastidire superbe, & inconstanter. Notum est verbum Senecæ, *Beneficium improbat, qui accipit fastidiose, 2. de beneficiis*. At vero subjicitur ex eodem Paulo in hac l. 5. si duo sint legata uni relicta, veluti fundus, & pecunia, posse legatarium unum repudiare, alterum amplecti: unum nolle, alterum velle, quia non discindit, non contaminat, non deintegrat ullum legatum, partem fundi, & partem pecuniæ velle non potest, quia hoc genere discindit utrumque legatum, *l. 8. §. ult. sup. tit. prox.* repudiando fundum, & amplectendo pecuniam nihil scindit. Item si duo sunt legata: puta decem, & Stichus, & Stichi legato adjunctum sit onus præstandæ Sticho fideicommissariæ libertatis, recte docet Paulus hoc loco, non posse repudiato legato Stichi, cui injunctum est onus fideicommissi, legatarium pervenire ad pecuniæ legatum, quod est sine onere, sicut nec rejecta tutela, quæ etiam legari, & relinqui dicitur in 12. tab. & *l. 32. de excus. tut.* non potest, inquam, legatarius rejecta tutela pervenire ad emolumentum legati, de quo ante tractatum est. Finge, mihi decem, & Stichus legatus est: Duo sunt legata. At rogatus sum Stichum manumittere: lege Falcidia interveniente, non deducet heres Falcidiam ex legato Stichi, ne impediatur fideicommissaria libertas: nam Falcidia detracta, communis fieret Stichus inter me, & heredem pro quadrante, & dodrante, *l. Plautius, ad l. Falcidiam.* Communi autem servo ante constitutionem Justiniani *de comm. serv. manum.* unus ex dominis libertatem dare non potuit. Igitur ne impediatur fideicommissaria libertas, heres ex legato pecuniæ utriusque legati quartam detrahet, ut definitur in hac *l. 5. & l. sed si non servus, §. si solus, ad leg. Falcid.* Ex legato pecuniæ heres deducet, & pecuniæ, & Stichi Falcidiam. Idque facile fiet, si ego utrumque legatum agnovero, immo & si Stichi legatum repudiavero, quia repudiatio non valet. male Bartolus valere ait, cum lex dicat, non idem esse dicendum, ut possit unum legatum repudiari, alterum agnosci, si unum sit onerosum, alterum lucrosum: si non est idem dicendum, ergo onerosum repudiari non potest: si non potest repudiari, nec repudiatio valet. Quia igitur repudiatio Stichi non valet, ex legato pecuniæ duas quartas heres detrahet, & ego nihilominus Sticho præstabo libertatem quasi servo meo: vel si morer in ea præstanda, ipso jure liber fiet ex Senatusconsulto Rubriano, de quo in tit. de *fideicomm. libert.* Eadem ratio est *l. si legatario, de fideicom. libert*. Qui mihi legavit fundum, legavit quoque mihi decem pro pretio servi mei, ut eum manumitterem: duo sunt legata: fundi legatum agnovi, pecuniæ repudiavi, quia in se habebat onus servi mei manumittendi, repudiatio non valet, & pro eo habetur, ac si & pecuniæ legatum agnovissem, quamvis interveniente Falcidia, ut ait, quæ

mi-

minuit utrumque legatum; atque ita Falcidia detracta, dodrans pecuniæ non sufficiat pretio servi mei, & nihilominus debeo servo meo præstare libertatem.

Ad L. X. de Vent. in poss. mitt. *Postumus natus, quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus jam erit, potest agnoscere bonorum possessionem: Nam & ventrem prætor ex omnibus edicti partibus mittit in possessionem bonorum: non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.*

CErtum est, ex nulla parte edicti successorii, bonorum possessionem deferri ei, qui in utero est tempore mortis ejus, de cujus successione agitur, quia nondum est in rebus humanis, & certum non est, *an partitudo* sit recte perventura, & ideo interim etiam ei non confertur, *l. ult. de collat. bon.* At mulier prægnans, ventris nomine, id est, ejus nomine, quem in utero gestat, ut interim is sustineatur & producatur ad partum, interim mittitur in possessionem bonorum ex omnibus partibus edicti, ut ait in *h. l. ult.* veluti ex prima parte, qua prætor liberis præteritis pollicetur bonorum possessionem contra tabulas, si venter testamento patris præteritus sit, id est, neque heres institutus, neque exheredatus, interim mulier mittitur in bonorum possessionem vice bonorum possessionis contra tabulas. Vel si venter institutus sit testam. patris, vel etiam extranei (nihil refert) interim mulier mittitur in bonorum possess. vice bonorum poss. sec. tab. *l. 1. §. si filius, hoc tit. l. postumus, de inoff. test.* vel ab intestato vice bonor. possess. unde liberi, id est, ex parte edicti, unde liberi vocantur: aut ex parte unde legitimi: aut ex parte unde cognati vocantur, *l. 7. hoc tit. l. cum quidam, §. quod dicitur, sup. de adq. hered.* videlicet si modo jam conceptus fuerit (ut ait hoc loco) tempore mortis sui parentis, vel agnati, vel cognati, de cujus bonis agitur. Et ita in *l. 5. §. nec mirum, inf. de Carb. edic.* ait, omnium edictis, id est, omnibus partibus edicti ventrem mitti posse in possess. Et in *l. 1. §. sed etsi matris, ad SC. Tertull.* ex omni parte edicti ventrem mitti in poss. Quum ergo venter, aut mulier ventris nomine ex omnibus edicti partibus interim quoad pariat, mittitur in possessionem, consequens est, nato postumo dari debere eam bonorum possess. cujus vice mulier interim missa est in possessionem. Frustra enim mitteretur ventris nomine, si natus non posset agnoscere bonorum possessionem. Et hæc est sententia hujus legis. Aliud enim est missio in bonorum possessionem, aliud bonorum possessio: ac minus proprie, imo improprie missio etiam dicitur bonorum possess. *l. 1. §. 1. hoc tit. & l. 2. §. 1. inf. si mulier in poss. calum. cau. esse dicatur.* Nihil est amplius in hac l.

Ad L. XII. de Bon. possess. secund. tab. *Ut scriptus heres agnoscere possit bonorum possessionem, exigendum puto, ut & demonstratus sit propria demonstratione, & portio adscripta ei inveniri possit: licet sine parte institutus sit. Nam qui sine parte heres institutus est, vacantem portionem, vel alium assem occupat. Quod si ita heres scriptus sit, ut interdum excludatur a testamento, eo quod non invenitur portio, ex qua institutus est: nec bonorum possessionem petere potest: idem evenit, si quis ita heredem instituat:* Titius quanta ex parte priore testamento eum heredem scriptum habeo, heres esto: *vel*, quanta ex parte codicillis scriptum eum habeo, heres esto: *si scriptus non inveniatur. Quod si ita scripsero:* Titius si eum priore testamento ex semisse scriptum heredem habeo: *vel*, si eum codicillis ex semisse heredem scripsero, ex semisse heres esto, *tunc accipiet bonorum possessionem, quasi sub conditione heres scriptus:*

SEquitur *l. ult. de bon. poss. sec. tab.* Bonorum possessio sec. tab. datur heredi scripto. Verum, ut ei detur, quædam requiruntur & exiguntur, & hoc inter cætera, quod proponitur in hac *l. ult.* ut certus heres testamento demonstratus sit, non quidem nomine proprio, sed propria demonstratione, id est, proprio & indubitabili signo: propria nota demonstrationis, quæ vice nominis fungatur, alioqui institutio non valet, *l. quoties, §. si quis nomen, & §. seq. de hered. instit.* Item exigitur, ut certa sit portio, ex qua heres scriptus est, non quidem, ut sit expressa, sed ut facile intelligi & inveniri possit. Idem plerunque est in testamentis expressisse & intellexisse, *l. 88. de leg. 1. l. 6. de assign. libert.* Nam & sine parte heredi scripto dari potest bonorum possessio secundum tabulas, si non sit incertum, quæ pars ei sit adscripta, aut quam partem ei testator voluerit adscriptam. Denique si pars intelligatur, ut si duobus scriptis ex quadrantibus, aut ex semissibus, tertius sit scriptus sine parte simpliciter hoc modo, *Titius heres esto*, quia utroque casu intelligitur scriptus ex semisse, posteriore scil. expleto asse duobus heredibus scriptis ex semissibus, tertius, qui scriptus est sine parte, intelligitur scriptus ex alio asse, qui ratione revocata ad unum assem, semissem efficit, & ideo semissis ei dabitur secundum tabulas bonorum possessio, licet sine parte sit scriptus, quia quæ pars ei sit relicta satis intelligitur. At si ejus portio inveniri possit, lane excluditur à bonorum possessione secundum tabulas, & à testamento. Cujus rei hoc loco tale proponit exemplum: Titius quanta ex parte priori testamento, vel codicillis eum scriptum habeo, collato sermone in præsens tempus, vel etiam, si mavis, collato sermone in præteritum tempus hoc modo: Titius quanta ex parte priore testamento, vel codicillis eum heredem scripsi, heres mihi esto: si non inveniatur scriptus priore testamento, vel codicillis, non potest petere bonorum possess. secundum tabul. quia quota ex parte heres sit, non liquet. Diversum erit, si ita dixerit, collato sermone in futurum tempus: Titius quanta ex parte codicillis eum heredem scripsero, heres mihi esto, quia nulla codicillis adscripta parte, hic videtur sine parte heres institutus. Et ideo si solus fuerit scriptus in assem, bon. possess. ei datur, vel si adjectis coheredibus, in assis residuum, in portionem vacantem, vel in alium assem, *l. 36. de hered. instit.* Et ita lex 2. *§. ult. eod. tit. de hered. instit.* interesse ait, utrum quis ita scribat vel dictet, ex his partibus, quas adscripsi, an ex his partibus, quas adscripsero. Nam priore modo nullis scriptis partibus nulla institutio est, posteriori modo institutio valet. Priore modo conditio institutionis, in præsens, vel in præteritum tempus confertur. Et ideo non suspendit institutionem, quia statim conditio vera est, aut falsa. Si vera, statim tenet institutio: si falsa, statim institutio non tenet, *l. cum in secundo, de inj. rup. test.* Posteriore autem modo institutionis conditio confertur in futurum tempus, & propriæ conditionis potestatem habet, id est, institutionem suspendit. Ita quod ad partem adscriptam attinet, ita scilicet, ut si postea partem adscripserit certam, pro parte adscripta bonorum possessionem accipiat, si non adscripserit pro parte vacante quasi sine parte heres institutus. At ut subjicit in fine hujus leg. quum testator partem certam exprimit, veluti, *ex semisse heres esto*, nihil interest, utrum scribat hoc modo, *Titius si eum priore testamento ex semisse scripsi, vel si eum priore testamento ex semisse scriptum heredem habeo, ex semisse heres esto*, an hoc modo: *Titius, si eum codicillis, quos postea fecero, ex semisse heredem scripsero, ex semisse heres esto:* quum certam partem exprimit, nihil interest conditionem contulerit in præsens, vel præteritum, an in futurum, quia de parte constat, ex qua vult eum sibi heredem esse. Et utroque casu, quasi, inquit, sub conditione heres scriptus bonor. possess. accipiet. Malim *quasi sine conditione heres scriptus*, quia aperte vocatus est in semissem: Nam etsi heredi instituto sub conditione, pendente conditione recte detur bonorum possessio sec. tab. *l. 5. & 6. hoc tit. l. inter omnes, qui satisd. cog.* tamen defecta conditione bonorum possessio, quam occupavit agnoscere, sine re constituitur, sine effectu, exceptis certis casibus, ut ostenditur *d. l. 5.* Et forte etiam hoc casu, si pro sub conditione scripto habeatur, tuendus est, defecta conditione, in semissem, etiamsi ante, vel postea scriptus non inveniatur, quia supervacua conditio pro non scripta habetur: *si scripsero; vel si scripsi, vel si scriptum habeo, ex semisse heres esto*, nam institutionem ex semisse superflue confero in id, quod facturus sum, vel feci, vel factum habeo. Itaque potius habendus est pro instituto sine conditione, ea enim conditio supervacua est, *l. 1. §. si quis uxori, de dote præleg.* Quod rei satis demon-

Digitized by Google

monstratæ adjicitur frustra, *l.quæsitum*, *§.ult. de fun. inst. & instrum. leg. l.si servo, de adim.leg.* Et ita est explicandus finis hujus legis. Et hoc scripsisse Paulum hoc ipso libro argumentum præbet *l.92.de verbor.signif. ex eod. lib.* Non dubito quin etiam hoc libro Paulus scripserit id quoque exigi in petenda bon. possess. secundum tabulas, ut supremæ sint tabulæ, ex quibus petitur bonorum possessio. Nam suprema voluntas potior est.

Ad L.LXXXXII. de Verb. sign. *Proximus est, quem nemo antecedit. Supremus est, quem nemo sequitur.*

IN h. l. proximum eum esse ait, quem nemo antecedit, id est, qui solus est, ita ut non sit nomen illud in comparando. Et similiter supremum eum esse, quem nemo sequitur, id est, qui solus est, qui unicus est. Nam cum in hoc edicto, quo prætor pollicetur, se daturum bonorum possess. sec. supremas tab. testamenti (sic enim erat expressum in edicto prætoris) Cum, inquam, interpretatur supremas tabulas esse etiam solas, quas nullæ aliæ sequuntur, *l.1. §.1. de bon. poss. sec. tab. l.163. hoc tit. de verbor. signif.* eodem exemplo docuit, quod proponitur in hac *l.92.* substitutionem, quæ fit ei, qui supremus morietur, factam videri etiam ei, qui solus est. Et in 12. tab. illo loco: *Proximus agnatus familiam habeto*, proximum agnatum dicit citra comparationem ullam etiam eum, qui solus est, ut *l.162. hoc tit.*

Ad L.LXXXVI. de Divers. reg. jur. *Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non: sed plerunque melior.*

ULtimo loco ex hoc libro datur hæc regula juris in *l.86. de reg. jur. non solet ejus, qui litem contestatus est, deterior conditio fieri, imo plerunque melior, quam si litem contestatus non esset.* Hæc verba, *non solet*, *& plerunque* propriæ regulæ conveniunt. Nam regula in jure constituitur ex his, quæ plerumque, *ἐπὶ τὸ πλεῖστον*, fieri solent. Nec ulla est in jure regula perpetua, nulla conclusio necessaria, quia omnes regulæ constituuntur ex his, quæ plerumque eveniunt. *Plerumque*, inquit, *per litis contestationem non fit deterior, sed melior conditio actoris*; Non fit deterior: neque enim actori, si vice mutua à reo conveniatur, denegatur compensatio ejus, quod petit, *l.8. de compens.* ne diligentior quisquis deterioris conditionis habeatur. Ergo quod petiit semel, aut in quo petendo diligentior fuit, si post reconveniatur à reo omissa petitione, id compensare recte poterit lite etiam contestata: non perit etiam actori privilegium, quod habuit, nec perit usura: lite contestata etiam usuræ currunt, *l.lite, de usur. l.aliam, de novat.* non perit ei beneficium separationis, *l.ult. de separat.* non perit pignus, *l.un. C.etiam ob chirog. pec.* Non perit ei pœna, quam forte sibi cavit, si ad diem pecunia sibi non solveretur, *l.90. de verb. oblig.* non perit ei accessio fidejussoris, vel mandatoris, *l.23. & 28. C. de fidejuss.* Melior autem fit litis contestatione conditio ejus, & ut DD. dicunt, litigando jus crescit, quia litis contestatione perpetuatur actio, quæ tempore, aut morte erat peritura, forte quia erat actio temporalis, vel talis, quæ non poterat transmitti in heredem, *d.l.aliam, l.1. & 3. sup. de feriis, l.nam postea, §.si is, qui, de jurejur. l.ult. de fidejuss.tut. l.ordinata, de liber. caus.* quæ eleganter ait, actiones per litis contestationem in tutum redigi, *l.1. §.sed interdum, & l.2. §.1. de stat. defunct.* Atque ita post litis contestationem heredibus prospicitur, & heredes tenentur ex omnibus causis etiam pœnalibus, ut lib. 13. fusius explicabitur ad l.seq. quæ pertinet ad eandem regulam. Item post litis contestationem fructus veniunt, & omnis causa etiam in judiciis strictis, *l.videamus, §.si actionem, de usur. l.8. de re judic.* Neque huic regulæ quidquam obstat *lex heres, §.ult. de petit. hered.* quia fieret quidem conditio actoris deterior, si usuræ, quæ cœperunt currere, post litis contestationem desinerent currere, quod sane non fit, *d.l.lite, de usur.* Sed non, ut proponitur in *d.l.heres, §.ult.* si non incipiant currere, non ideo fit deterior conditio, sed neque fit melior, neque deterior, arg. *l.bona fide, §.1. ad Senatusc. Vellejan.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. VIII. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XXVIII. de Testam. milit. *Cum filiusfam. miles decessisset, filio impubere herede instituto, eique substituisset in avi potestate manenti, tutoresque dedisset, Divi fratres rescripserunt, substitutionem quidem valere, tutoris autem dationem non valere: quia hereditati quidem suæ miles, qualem vellet substitutionem, facere potest: Verumtamen alienum jus minuere non potest.*

Ad L.XXIX. eod. *Si à milite scriptus heres sua sponte adierit hereditatem, & rogatus totam hereditatem restituerit, ex Trebelliano transeunt actiones.*

Ad §. Miles *testamento suo manumittendo, nihil efficit in eo, cujus libertas lege Ælia Sentia, vel aliqua impeditur.*

Ad §. Edictum *prætoris, quo jusjurandum heredibus institutis, legatariisque remittitur, locum habet etiam in militum testamentis: sicut etiam in fideicommissis. Idemque si turpis esset conditio.*

Ad §. Patri ejus, *qui in emancipatione ipse manumissor extitisset. contra tabulas testamenti dandam bonorum possessionem partis debitæ placet: exceptis his rebus, quæ in castris adquisivisset, quarum liberam testamenti factionem habet.*

HUJUS legis initium pertinet ad id, quod constitutum est, quodque vulgo jactatur, testamentum, quod miles fecit in castris, in fossato, jure militari, prætermisso ritu, ordine, solemnitate, quæ in testamento pagani requiritur, post missionem, id est, posteaquam desiit esse in numeris, & paganæ conditioni redditus est, eodem jure valere intra annum duntaxat, id est, si vita decedat intra annum missionis suæ. Huic enim constitutioni locum esse docet, etiamsi testamento jure militari facto, & herede instituto sub conditione, ipse quidem post missionem intra annum vita decesserit, sed conditio institutionis extiterit post annum, quia etsi non soleat retrotrahi conditio adscripta in testamento, *l.1. §.servi, ad SC. Syllan. l.4. de an. leg. l.2. §.id quoque, de collat. bon.* Placet tamen hoc casu eam retrotrahi favore militiæ, conjuncto tempore conditionis existentis cum tempore mortis, quæ contigit intra annum missionis, *§. sed hactenus, Instit. h. t.* Et ideo, inquit Paulus, si heredi filio substituerit, in casum scilicet mortis filii, id est, si filio testamentum fecerit, id quoque testamentum valet, quod pater ei fecit jure singulari, patre mortuo intra annum missionis, etsi post annum conditio substitutionis exsistat, puta filio post annum moriente, & locum faciente substituto. At quæso, cur ait heredi filio? An non idem est, si filio exheredato substituerit? si exheredato testamentum fecerit? Sane idem esse in exheredato docet *lex in fraudem, §.pen. h.t.* videlicet si filio impuberi, quem in potestate haber, in hunc casum substituerit, si impubes moriatur, quod testamentum pupillare valet, quia factum est à milite, & si sibi miles testamentum non fecerit, patre mortuo in militia, vel intra annum missionis, quamvis filius impubes moriatur post annum, & inducat substitutionem, *d.§.pen. & l.miles ita, §.si miles, & §.ult. hoc tit.* Si idem est in exheredato, cur ait, heredi filio? non est levis quæstio. Idem quidem est in exheredato, in eo, quod diximus, sed hoc interest, quod herede instituto substitutus capit tantum bona, quæ à patre ex testam. ad filium impuberem pervenerunt, legitimus autem heres filii capit bona, quæ filius postea adquisivit, *d.l.miles ita, §.pen. l.sed si plures, §.ad substitutos, de vulg. subst.* Ratio est, quia ut de suis bonis miles partim testari, partim non testari potest, partim habere testamentarium, partim legitimum heredem, *l.6. & l.prox. sup. hoc tit.* ita & de bonis filii partim testari potest, partim non testari: atque adeo si eum heredem fecerit, eique substituerit in secundum casum, bonis

suis

suis substitutionem fecisse videtur, bonis suis tantum. Ita- A que bona, quæ postea obveniunt filio aliunde, tedeunt ad legitimum ejus heredem, non ad substitutum. Substitutus autem filio impuberi exheredato, quem in potestate habuit, in hunc casum, *si impubes moreretur*; existente casu, & conditione substitutionis pupillaris, capit bona, quæ tunc filius habuit, veluti bona materna hodie, vel quæ postea habere cœpit, jure substitutionis, quæ recte fit exheredato filiofamilias impuberi, tum à pagano, tum à milite, *d. §. ad substitutos*. Quod si filio impuberi, quem non habuit in potestate, puta emancipato, vel manenti in potestate avi, in eundem casum substituerit, si moreretur intra pubertatem, multum interest, utrum heredi substituerit, an exheredi: Nam si heredi, substitutio valet, non quidem jure directo, quo jure non fit nisi filiofamilias, sed valet tantum jure fideicommissi, id est, in bonis patris duntaxat, B quæ ex testamento patris consecutus est, *l. cum filiusfam. l. miles ita, §. pen. hoc tit.* Si exheredi facta sit substitutio, nullo jure valet, quia non possumus onerare fideicommisso eum, quem heredem non instituimus, nec si ampla legata ei relinquamus, fideicommisso scilic. hereditatis, sive substitutione precaria, *l. coheredi, §. quod si heredem, de vulg. subst.* Rursus ut omnes casus attingamus: si filio puberi substituerit æque in secundum casum hoc modo, *si intra 25. ætatis annum vita decesserit, Titius ei heres esto*, vel compendio orationis non usque ad certam ætatem hoc modo, *quandocunque vita decesserit, Titius ei heres esto*, vel etiam si impuberi substituerit *ultra pubertatem*: hoc casu etiam separandus est heres institutus ab exheredato: nam heredi instituto puberi, vel impuberi ultra pubertatem facta substitutio valet jure fideicommissi, id est, in iis tan- C tum, quæ à patre ad eum jure hereditario pervenerunt, *l. centurio, de vulg. subst. l. precibus, C. de impub. & aliis subst.* Sicut si non filio, sed extraneo heredi substituisset in eundem casum, quod potest, ut valeat jure fideicommissi in bonis tantum, quæ ex testamento consecutus est, *l. 5. hoc tit. l. 6. in fi. C. eod.* Exheredato autem filio puberi, vel impuberi, ultra pubertatem facta substitutio nullo jure valet, *d. §. quod si heredem*. Idemque hac in re jus est militis, & pagani, nempe, ut uterque ab exheredato frustra relinquat fideicommissum hereditatis. Quare recte in *§. ult. Inst. de pup. subst.* extraneo, & filio puberi heredi instituto directo, substitui non potest in secundum casum: sed per fideicommiss. potest. Recte, inquam, heredi instituto, quia exheredato filio puberi, nec fideicommissi verbis substitui potest. Et ita hic locus satis difficilis explicandus est.

AD §. *Miles*. Quod constitutum esse diximus, ut testamentum à milite factum in castris jure militari, non autem jure communi civium Romanorum, eodem jure militari valeat post missionem, intra annum militiæ, id in primis sciendum est de missione tantum honesta intelligendum esse, vel de causaria, quæ & ipsa honesta est, *l. 8. de excus. tut. l. 8. C. de re mil. lib. 12. C.* Cæterum honesta proprie est, quæ emeritis, & impletis stipendiis indulgetur, id est, impleto justo tempore militiæ. Causaria missio est, quæ verbi gratia ob causam, id est, morbum, aliudve corporis, vel animi vitium indulgetur. Utraque exprimitur in SC. quod refertur in epist. Cœlii ad Cic. his verbis, *senatui placere auctoritatem præscribi, &c.* Si missio fuerit ignominiosa, quæ dimissum militem infamem facit, testamentum E ejus statim jure militari valere definit, *l. testam. hoc tit. l. 5. C. eod. tit.* Qua de causa exigitur in hoc §. ut testator non ignominiæ causa mittatur, ut testamentum ejus valeat jure militari post missionem, vel post militiam intra annum, sive intra annum militiæ, ut loquuntur: nam promiscue dicitur intra annum missionis, & intra annum militiæ: id est, post missionem, vel post militiam intra annum, *l. in fraudem, §. 1. hoc tit.* & post annum militiæ, post annum missionis, *l. milites, §. ult. h. tit.* Species autem hujus §. hæc est: Miles testamentum fecit in militia: deinde sacramento solutus est, & honeste dimissus: mox cinctus est in alia militia. *Cincti*, vel ut veteres loquebantur *cinctuti* proprie milites dicuntur, quia quum teseruntur in numeros, cingi jubentur armis, & baltheis, *l. Titius, l. pen. hoc tit.* Unde Virgil.

Cincti fulgentibus armis. & alio loco,
Impulit hos cingi telis.

Et apud Paulum corrupte in *l. 3. si pars hered. pet. & tergeminos Senatores cinctos vidimus Horatios*: corrige, *Cincios*, quia milites, non senatores usquam cincti dicuntur, nisi & milites sint: nec potuit Paulus vidisse tergeminos Horatios, sed vidit forte sua ætate tergeminos Senatores Cincios, à quibus Cincia, locus Romæ auctore Festo, ubi monumentum Cinciorum fuit, & tolle illud quasi emplastrum, *Horatios*: *quia vidimus*, inquit, & non potuit Paulus vidisse tergeminos Horatios Senatores. Quæritur autem hoc loco, *an testamentum ejus, quod in castris fecit, in militia, valeat, si aliquandiu intervallata fuerit militia*, id est, *si priore honeste dimissus sit, deinde cinctus in alia?* Et B distinguit. Aut jure militari id fecit, aut jure communi. Si jure communi, testamentum valet. Si militari, distinguit iterum: aut intra annum missionis denuo cinctus, & in numeros relatus est, aut post annum: si post annum, certe testamentum jure militari valere non potest: si intra annum missionis recinctus sit, quo tempore adhuc valebat testamentum jure militari, poteratque idem rursus eodem jure testamentum facere: si denique intra annum missionis assumptus sit in aliam militiam, & post annum missionis primæ, vita decesserit, licet alia sit militia à priore ea, in quam assumptus est, & in qua decessit post annum solutæ prioris militiæ. Ait tamen humanius esse dicere, quasi conjuncto militiæ munere, id est, quasi conjuncta utraque militia, testamentum jure militari valere, quod in priore militia fecit, etiamsi assumptus in posteriorem militiam id nullo signo ostenderit, se ratum esse velle. Nam si hoc C ostenderit, nullus est labor, nulla dubitatio, quia videtur factum testamentum in militia posteriore, quod lecit in priore, quia scilicet id ratum fecit in posteriore: ut & quod paganus fecit, antequam militaret, si in militia ratum fecerit, videtur factum in militia, & jure militari valet, *l. 9. l. in fraudem, §. testam. l. 20. l. Titius, §. 1. hoc tit.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. IX. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

D Ad L. XXIV. de Lib. & post. *Postuma sub conditione heres instituta, si pendente conditione vivo patre nascatur, rumpit testamentum*.

SCIENDUM est, postumos liberos cujuscunque sexus silentio præteritos, id est, neque heredes institutos, neque exheredatos, quod valuit ab initio testamentum agnascendo rumpere: sive post mortem testatoris agnascantur, sive post testamentum vivo testatore. Hoc est certissimum. At quid dicemus, si instituti sunt sub qualibet conditione? Et siquidem extiterit conditio priusquam nascerentur, nascendo non rumpunt testamentum, *l. cum post, hoc tit.* quia eo tempore, quo nascuntur, pura institutio est. At si pendente conditione nascantur, mortuo, vel etiam vivo patre, ut hoc E loco proponitur, testamentum rumpunt: quia institutio, quæ pendet, pro eo est, ac si non esset, *l. filius à patre, hoc tit.* Quid si defecta conditione nascantur? Et hoc casu jure civili, quod obtinuit ante Justin. differentia quædam est inter postumum, & postumam: nam si postumus sub conditione heres institutus sit, & deficiat conditio, antequam uti oportuit nasceretur, agnascendo testam. rumpit, quia in defectum conditionis uti oportuit, ne testamentum rueret, nominatim exheredatus non est. Postuma autem, quæ agnascitur post defectam conditionem institutionis, non rumpit testamentum, quia inter cæteros videtur exheredata: ergo non præterita, & soli præteriti rumpunt. Quamobrem, ut opinor, cum hoc de postumo subditurus Paulus esset, hoc loco sermonem instituit de postuma,

ma, non de postumo, postumam scilicet natam pendente conditione, sub qua heres instituta erat, etiam vivo patre, testamentum rumpere. Subjecerat enim natam eam, tamen jam defecta conditione non rumpere testamentum. Et hac in re distare à postumo: alioqui frustra dicit postuma, si idem est in postumo. Et sane in casu proposito idem est in postumo, & in postuma, ut natus, natave pendente conditione rumpat testamentum. Sed quia non erat idem in utroque, in casu subdito ab ipso Paulo, ideo dixit postuma, non postumus, nam si pendente conditione natus postumus testamentum rumpit: & multo magis natus conditione defecta; non si sit postuma; quia in defectum conditionis exheredata videtur inter cæteros. Postumus erat exheredandus nominatim, nempe hoc modo, *si quis mihi filius gignitur, exheres esto.* Postuma exheredabatur recte etiam inter cæteros, dummodo ei aliquid legaretur, *§. postum. Instit. de exhered. lib. & Ulp. lib sing. reg. tit. qui heredes institui possint.* Inter cæteros, id est non nominatim, sed *ἀορίστως* hac generali clausula, quæ post institutionem heredum testamento inseri solebat, *cæteri exheredes sunto*, id est, cæteri liberi, parentes, agnati, cognati, exheredes sunto. Ideo autem prætermisit Tribonianus, quod Paulus subjecerat, postumam scilicet non rumpere testamentum, in quo heres instituta esset, sub conditione, *si nasceretur post defectam conditionem*: id, inquam, prætermisit, quia hodie ex constit: Justin. idem juris est in postuma, quod in postumo, id est, utrique nominatim exheredatur, *l. ult. C. de lib. præt.* Et ita hæc lex explicanda est.

Ad L.LXXXI.de Hered. instituend.

SEquitur *l.81.de hered. inst. Clemens*, inquit, *Patronus testamento caverat, &c.* Ubi patronus neque officii, neque honoris nomen est, sed proprium nomen, ut Patrona in inscriptione *legis precibus, C. de impub. & aliis subst.* Aliter Patronius, *in l. ult. de jure fisci*, vel ut sæpe in epist. Symmachi, Patruvius. Species autem est apertissima. Clemens Patronus moriens testamento postumos heredes instituit, ita scilicet ut si sibi filius natus fuisset, heres esset ex asse: si filia similiter: si duo filii, heredes essent ex æquis partibus, si duæ filiæ similiter: si filius & filia, filius heres esset ex besse, filia ex triente, neque quidquam amplius adjecit. Nati sunt duo filii, & una filia, in quem casum Clemens nihil cavit testamento. Quæritur, quemadmodum inter eos faciendæ sint partes hereditatis? Et prudenter docet, quam rationem voluit testator servari inter duos filios, & inter filium, & filiam, eandem esse servandam inter duos filios, & filiam, cum duo filii, & filia nati sunt, ut scilicet duo filii æquas partes habeant, & singuli altero tanto amplius, quam soror, ut inter fratres sit æqua proportio, inter fratrem quemque, & sororem dupla. Itaque as dividendus est, ut ait, in quinque partes, ut ex iis binas singuli filii habeant, filia unam, vel quantum potest ratione revocata ad solemnem distributionem assis, ut singuli filii habeant trientem, & semunciam, filia sextantem, & sicilicum, & tres sicilici, qui excurrunt, similiter inter eos dividantur servata proportione Geometrica, *l. ita scriptum, §. 1. hoc tit.* At quæso, quid dicimus si natus sit unus filius & duæ filiæ? Et consequenter superioribus: hoc casu filio dandus est semis, singulis filiabus quadrans, ut duplo plus habeat filius, quam filiæ singulæ, aut (quod idem est) tantum quantum duæ filiæ. Et ita Accursius recte. Sequitur alia quæstio in *§. si ita scripserit*, in qua agitur aliquid de captatoria institutione. Captatoriæ institutiones SC. improbantur. Et captatoriæ institutiones sunt institutiones factæ sub conditione collata ad testam. quod is faciet, non quod fecit, qui heres instituitur, *l. captatorias, sup. hoc tit.* hoc modo, quanta ex parte me Titius heredem fecerit, & ex ea mihi heres esto, *l. 1. in fi. de his, quæ pro non script. hab.* quomodo sane perquam evidenter avide testator captat hereditatem Titii, quasi missa linea, & jactato hamo. Captatoria institutio est hamata, viscata institutio. Et similiter captatorium legatum, quod etiam est inutile, qualia sunt plerunque munera Monachorum, & stellionum, sunt munera in hamo. Idque vitium captationis testamento inest, si testator eo modo non Titium heredem instituat, sed alium forte Titio carissimum, puta filium, aut summum amicum. At qui heredem instituit hoc modo, *quanta ex parte me Titius heredem fecit, vel factum habet, ex ea mihi heres esto ipse, vel filius ipsius*, collato sermone non in futurum, ut in exemplo captatoriæ institutionis, sed in præteritum, aut præsens tempus, *quanta ex parte fecit, vel factum habet*, sane non captat, nec captare potest hereditatem, quam jam habet sibi datam testam. Titii, non reposcit gratiam parem, ut in captatoria institutione, sed rofert, & hæc institutio valet, *l. 2. l. ille autem, hoc tit.* Et ita recte ait hoc loco, *captatoriam institutionem non esse, si quis ita scripserit, quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*, quia institutio Sempronii confertur in præteritum tempus, sicut melius esse arbitror accipere illa verba: Institutio, inquam, Sempronii confertur in præteritum tempus, id est, in testamentum, quod jam ante Titius fecit, & in recitationem futuram ejus testam. Ut hic sit sensus, *quanta ex parte me à Titio jam heredem institutum* post *recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto*, ut sit duplex conditio institutionis: una, si me fecit Titius heredem: altera, si me recitavero heredem, vel si me recitassem heredem. Duplex est conditio, & utramque impleri oportet igitur. Itaque tametsi prior conditio jam sit impleta, atque ideo captatoria institutio non sit, tamen non aliter valebit institutio, quam si testator recitaverit testamentum Titii, & nuncupaverit publice, in foro, vel basilica, ut fieri solebat: denique non recitato testamento Titii, inanis est institutio: non quia est captatoria, neque enim hoc vitio laborat, & longe ab eo remota est, ut ait, suspicio captationis, sed quia defecit altera conditio non recitato testamento Titii. Aliud esset dicendum, si dixisset hoc modo: *Ex qua parte Sempronium heredem scripsero, ex ea heres esto*, quia valet institutio etiam nulla parte adscripta postea, quasi facta sine parte, ut in *l. 36. hoc tit.* sed hoc casu ita jus est, in casu *l. 36. hoc tit.* quia idem est in conditione, & in institutione. In specie proposita alius est in conditione, alius in institutione. Et nihil est amplius in hac l.

Ad *l. 24. de lib. & post*, quam ante exposui, habeo quod addam aliquid. Postuma, inquit, sub conditione heres instituta, si pendente conditione vivo patre nascatur, testamentum rumpit. Cur ait vivo patre? nam si patre mortuo pendente conditione nascatur, interim videtur exheredata inter cæteros, & ideo non rumpit testamentum. Sane ita est. At postumus rumperet testamentum, sive vivo patre, sive mortuo nasceretur. Non frustra igitur dixit de postuma vivo patre.

Ad L.XLIII. de Vulg. & pupil. substitut.

Ex facto quæritur: Qui filium habebat mutum puberem, impetravit à principe, ut muto substituere ei liceret, & substituit Titium: mutus duxit uxorem post mortem patris: & nascitur ei filius: quæro, an rumpatur testamentum? Respondi: Beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari. Verum voluntatem principis inspicientibus, potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius ejus in eadem valetudine perseverat, & ut quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita princeps imitatus sit jus in eo, qui propter infirmitatem non potest testari: Nam etsi furioso filio substituisset, diceremus desinere valere testamentum, cum resipuisset: quia jam posset sibi testamentum facere: etenim iniquum incipit fieri beneficium principis si adhuc id valere dicamus, auferret enim testamenti factionem homini sanæ mentis. Igitur etiam adgnatione sui heredis dicendum est rumpi substitutionem: quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea, an jure habere cœpit suum heredem: nec enim aut patrem, aut principem de hoc casu cogitasse, verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamenti factionem: utrum in personam unius, an complurium.

Ad §. Item quæro: *si ita facta proponatur substitutio*: filius meus si intra decem annos decesserit, Titius heres esto, si intra

Digitized by Google

intra quatuordecim, Mævius: *filiusque octo annorum decesserit, utrum Titius solus ex substitutione ei heres erit, an & Mævius: quia certum est, & intra decem, & intra quatuordecim annos filium decessisse? respondi, omne quidem spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, sed finis hujus pubertas est: magis autem est in utroque eorum tempus suum separatim servari, nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur.*

Ad §. Lucius Titius, *cum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, & ei substituit filios: quæsitum est, an institutio uxoris nullius momenti sit, eo quod ab eo gradu filii non essent exheredati? respondi: eum gradum, à quo filii præteriti sint, nullius esse momenti: & ideo, cum iidem substituti proponantur, ex testamento ejus heredes extitisse videri: scilicet quia non totum testamentum infirmant filii: sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit: sicut responsum est, si à primo sit filius præteritus, à secundo exheredatus: nihil autem interest, qua ratione, secundi heredis institutio valeat: utrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est.*

Ad §. Julius Longinus pater, *eos, quos sibi heredes instituerat, filio ita substituit, quisquis sibi heres esset. Unus ex heredibus institutis, qui tacitam fidem accommodaverat, ut non capienti partem ex eo, quod acceperat daret, ad substitutionem, impuberis admissus, utrum pro ea parte, pro qua scriptus fuit veniat: an vero pro ea, quam cepit, ita ut augeatur ejus pars in substitutione? respondi. Qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur, nec desinet heres esse, licet res, quæ ita relictæ sunt, auferantur, unde & ex secundis tabulis in tantum heres esse potest, in quantum scriptus esset: satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges. Quinimo, etsi desineret heres esse, idem dicerem: quemadmodum intelligendum est in eo, qui cum scriptus esset heres, postquam adiisset hereditatem, in servitutem redactus est, & postea libertate donatus: cui permissum est ad substitutionem venire, quæ ei in testamento fuerat relicta: licet enim hereditatem ex institutione amisit, tamen ex substitutione istam portionem, quantum amisit percepturum.*

NUnc venio ad *leg. ex facto 43. de vulg. & pupill. subst.* Ante omnia meminisse debemus, moribus comparatum esse, ut parentes liberis impuberibus, quos in potestate habent heredibus institutis, vel exheredatis, non etiam præteritis, substituere possint in hunc casum: *Si intra pubertatem vita decesserint*, qui secundus casus dicitur, *l. Lucius, hoc tit. l. precibus, C. eod. tit.* Primus casus ille est, in quem concipitur substitutio vulgaris, puta, *si heres non erit*: substituere autem liberis impuberibus in secundum casum plane est testamentum eis facere, qui per ætatem sibi ipsi testamentum facere nequeant. Sed est temporale testamentum, quia finitur pubertate, ut in hac l. Paulus ait duobus locis, *l. 14. sup. hoc tit. l. si frater, C. de fideicom.* Finitur pubertate, quia jam pubes potest sibi testamentum facere, & incivile atque iniquum est, ei auferre testamenti factionem, aut ei facere testamentum, qui ipse sibi facere potest. Moribus hanc esse parentibus datam potestatem Ulpianus ait in *l. 2. hoc tit.* & jure civili Paulus hoc loco, ut quæ dicitur moribus esse interdicta donatio inter maritos, *l. 1. de donat. inter vir. & uxor, l. 27. de pact. dotal.* jure etiam civili interdicta dicitur, *l. 5. si quis certam, de jur. dot. l. 4. de donat. inter vir. & uxor.* quia juris civilis summæ partes duæ sunt, leges & mores. Pars vero hæc est patriæ potestatis, ut possit pater facere testamentum, & heredem dare quem velit filio impuberi, quem habet in potestate, qui ipse sibi per ætatem testamentum facere non potest, usque ad pubertatem duntaxat: nam huic substitutioni finem affert pubertas, ut dixi. Qua de causa, & substitutio pupillaris dicitur, & testamentum pupillare, quod consistit tantum intra pupillarem ætatem, nec porrigitur ultra eam ætatem. Et sic pars alia patriæ potestatis est, ut possit pater tutorem dare filio impuberi, quem habet in potestate: quod & patri jure civili permissum est, id est, 12. tabulis, *l. 1. de testam. tut. l. impuberi, de adm. tut.* sed ut substitutio pupillaris, ita tutela finitur pubertate: puberi pater tutorem date non potest, *l. 6. de confirm. tut.* Puberi quoque pater heredem dare non potest verbis directis facta substitutione in secundum casum. Quid tamen si filius pubes ejus conditionis sit, ut sibi testamentum facere non possit? fac esse furiosum, aut mentecaptum, fac esse mutum, & elinguem: an poterit pater, qui eum habet in potestate, & in eo imitari, & exercere jus, quod mores ei dederunt in filio impubere: ut quemadmodum filio impuberi testamentum facere potest, qui sibi per ætatem nequit facere testamentum, eodem exemplo faciat etiam puberi furioso, vel muto, qui propter adversam valetudinem testari non potest, ita scilicet ut sicut factum impuberi finitur pubertate, sic factum puberi furioso finiatur resipiscentia, & factum muto loquentia, id est, sanâ facultate recepta? Respondeo jure civili idem non licuisse patri in filio pubere furioso, vel muto, nec licere etiam hodie in muto, nisi ex permissu, & beneficio principis, quo permittente etiam mutus ipse sibi testamentum facere potest, *l. 7. sup. qui testam. fac. poss.* non licuisse, inquam, furioso substituere in secundum casum, sine speciali beneficio, & venia principis: hodie furioso licere ex constit. Just. etiam non petita venia à principe, *l. humanitatis, C. de impub. & al. subst. l. ult. §. sin autem, C. de curat. furi.* Sed hoc non licere, nisi parentibus, qui liberos furiosos in potestate habent: non ergo matri, aut avo materno: non item parentibus virilis sexus, id est, per virilem sexum descendentibus furiosis emancipatis. Nam hæc substitutio imitatur quantum potest substitutionem pupillarem, & ad exemplum ejus comparata est. Proinde & informanda ad exemplum ejus: nisi si quid nominatim exceptum sit constitutione Justiniani, sicut exceptum illud est, ut parens furioso, vel mentecapto, non quemcunque volet substituere possit, sed liberos tantum ab eo descendentes, vel fratres, qui compotes mentis sunt: nam impuberi substituere potest quemcunque volet: Quod autem ajunt DD. etiam parentibus, qui liberos furiosos non habent in potestate cujuscunque sexus, substituere licere in secundum casum, id depromunt ex suo jecore: nam nihil tale invenies in constitutione Justin. quæ dat parentibus hanc potestatem, puta patri, avo, proavo. Quod ad exemplum pupillaris attinet, cujus nullam addit in ea re exceptionem Justinianus, nullum προσδιωρισμένον, sane ad exemplum pupillaris accipiam omnino de eis tantum parentibus, qui mente captos in potestate habent.

Quod item ajunt DD. furiosis exheredatis non licere parentibus substituere, etiam falsum est atque vitiosum: nam quod *lex humanitatis* exigit, ut legitima portio eis relinquatur, hoc non est, ut heredibus tantum institutis substituant, quia legitima relinqui potest etiam alio titulo, quam institutionis, sed ut legitimam eis relinquant, ne evertant testamentum, per querelam inofficiosi testamenti, aut per bonorum possessionem contra tabulas, quo genere corruerent etiam secundæ tabulæ, *l. Papinianus, §. sed neque, de inoff. test.* His cognitis, finge. Pater impetravit à Principe, ut sibi liceret filio suo puberi muto, quem habebat in potestate, uni filio, vel pluribus filiis, nihil refert, eodem vitio affectis: ut iis, inquam, sibi liceret substituere in secundum casum, id est, facere testamentum; & substituit ei, vel eis Titium, deinde, ut ponit, post mortem patris uxorem duxit mutus, neque enim prohibetur mutus nuptias contrahere, *l. mutus, de jure dot. cap. 23. de spons. & matrim.* quia nuptiæ nudo consensu contrahuntur, non verbis, aut re. Post mortem ergo patris mutus uxorem duxit, & ex ea filium procreavit. Quæritur, an quia in testamento, quod ei fecit pater, is filius præteritus est, an agnatione ejus testamentum, sive substitutio, quam ei pater fecit, rumpatur? Quæso cur ponit Paulus, ei post mortem patris natum fuisse filium? An non & vivo patre potuit uxorem ducere, & filium procreare? Sic sane. Non est igitur otiosum, quod ponit, ut congrue quærat, an agnatione ejus rumpatur institutio: nam substitutio, vel testamentum non rumpitur nisi agnatione sui heredis præteriti, & suus heres muto non nasceretur, qui nasceretur vivo patre, in cujus potestate est. De eo autem quæri, & disceptari ait Paulus ex facto, *ἐκ φάκτου συμβάντος*,

id est, *ex facti contingentia*; ut Theophilus loquitur *Instit. de fideic. hered.* A Demonstro otiosam hanc quæstionem non esse, sed usum forte natæ rei ita tulisse, ut de ea quæreretur. Et vero quæstio pendet ex interpretatione beneficii principalis, quo patri permissum est muto puberi filio substituere, an id beneficium latissime accipi debeat, sicut dicitur in *l. pen. de const. princ.* beneficia principum esse plenissime interpretanda: an igitur beneficium illud ita accipi debeat, ut pater substituat ei in infinitum, adeo ut nec substitutio rumpatur agnatione sui heredis? Et respondet Paulus, beneficia principalia ipsos principes interpretari solere, non temere alios quoscunque, quod & Justinianus ait initio Novell. 143. *de rapt. mul.* & interpretationem principis vim legis obtinere in Novel. 138. Plinius ad Trajanum: *Rogo, ut beneficia tua interpretari ipse digneris.* Symmachus ad Theodosium: *nos venerari potius,* B *quam interpretari oracula divina consuevimus.* Et ita quidem est, beneficia principalia ipsos principes interpretari solere, non temere alios quoscunque. Verum audeamus aliquid. Inspiciamus mentem animi principis, qui patri concessit, ut muto puberi filio substituere liceret. An voluit princeps eam substitutionem valere in infinitum? An & si filius loquendi facultatem reciperet (quod non est verisimile) videtur enim princeps imitatus exemplum, & jus substitutionis pupillaris, quæ finitur pubertate. Et ideo facta muto substitutio, etiam finietur loquendi facultate recepta: sicut facta furioso, finietur mentis sanitate recepta, quia jam potest qui mentis, & linguæ suæ compos est, sibi testamentum facere: & iniquum est libero homini puberi, & sano, auferri testamenti factionem, quod eveniret, si testamentum muto factum valeret, etiam postquam is C mutus esse desiit: & in dubio ea interpretatio amplectenda est, quæ nihil captionis, nihil iniquitatis habet. Substitutio igitur facta muto, finitur vitio illo sublato, cum jam ipse sibi alium heredem instituere potest. Ex quo efficit, finiri quoque eam debere agnatione sui heredis, quia nihil interest, alium sibi postea heredem instituerit, id est, instituere potuerit, an jure habere cœperit suum heredem ex justis nuptiis, quia non est verisimile, patrem, aut principem de hoc casu cogitasse, ut filium, qui postea nasceretur, exheredaret.

AD §. *Primum, & secundum.* Quæ sequitur species, est plus quam facillima: Pater filio impuberi substituit Titium in secundum casum, si intra 10. annum decederet, & Mævium, si intra 14. Is octo annorum decessit. Quæritur, utrum solus D Titius ei heres sit ex substitutione, an & Mævius? Causa dubitandi hæc est, quia verum est, eum decessisse intra 10. & 14. annos, qui octo annorum decessit. Et respondet tamen, solum Titium heredem fore, ut in utroque substituto Titio, & Mævio suum tempus separatim servetur, nisi aliud senserit testator. Nihil est evidentius. Etiam satis aperta est tertia species, quæ sequitur in §. Lucius Titius. uxorem heredem instituit ex asse, & ei filios suos, quos habebat in potestate substituit in primum casum, quæ est substitutio vulgaris, filios igitur à primo gradu institutionis præteriit: quia neque eos eo gradu instituit, neque exheredavit: Itaque nullus est primus gradus, nulla institutio uxoris, & testamentum incipit à secundo gradu, id est, à substitutione vulgari, quia eo gradu filii substituti inveniuntur, non præteriti. Et ideo ex eo gradu statim ipso jure heredes exsi- E stunt & sine aditione, & sine bonorum possessione, *l. 1. §. qui sunt, si quis omis. caus. test.* Ex quo apparet præteritionem filiorum non infirmare totum testamentum, sed eum tantum gradum, à quo præteriti sunt: nam etsi à primo gradu filius sit præteritus, à secundo exheredatus, testamentum incipit à secundo gradu, perempto tantum primo gradu. Et hæc fuit sententia Sabinianorum, quæ obtinuit. Proculiani existimabant præteritione filii totum testamentum infirmari, *l. 3. §. ult. de lib. & postum. l. 75. de hered. inst.* Quod etiam hic proponitur, & responsum est, inquit, à Sabinianis scilicet. Deinceps igitur, ne dicamus, testamentum valere: non valere in quo filius præteritus est, hoc plerumque falsum est: quia uno tantum casu est verum, si filius præteritus sit ab omnibus gradibus. Sed dicamus non valere eum gradum, eamve partem testamenti, in qua filiusfamilias præteritus est, addita tantum hac exceptione, nisi primo gradu institutus sit, secundo præteritus. Tunc enim uterque gradus valet, quia à secundo exheredari non debuit, qui in primo institutus erat, *l. si postumus, §. quod vulgo, de lib. & postum.* Contra, si primo gradu sit exheredatus, secundo præteritus, primus tantum gradus valet, non secundus, quia exheredari etiam debuit à secundo. Unde ita concludit in hoc *§. Lucius*, nihil interesse, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est. Ubi illis verbis, *secundi heredis institutio*, periphrasis est substitutionis.

AD *§. Julius Longinus.* Parentes liberis impuberibus in potestate manentibus, etiam exheredatis testamentum, sive substitutionem pupillarem facere possunt, & existente casu substitutionis, puta liberis morientibus intra pubertatem, ad substitutum pertinent bona, quæ liberi post mortem parentum adquisiverunt, vel quæ tunc habuerunt propria. Exheredatis, inquam, non quia heredes, sed quia liberi sunt, eis parentes substituunt, *l. 1. §. pen. l. 10. §. ad substitutos, h. t.* Et his quidem liberis exheredatis, quamvis quemlibet substituere possint, nominatim tamen plerumque substituunt eosdem, quos sibi heredes instituerunt, ut puta hoc generali sermone: *Quisquis mihi heres erit, eidem filio meo impuberi heres esto.* Ex qua substitutione, si plures sint heredes instituti, filii mortui intra pubertatem, heredes efficiuntur pro rata partium, ex quibus heredes instituti sunt: id est, quantam quisque habet partem in institutione, tantam habet in substitutione, *l. 8. in fine, l. 10. in princ. hoc tit.* Unde quæritur hoc casu, si pars hereditaria unius ex heredibus institutis, iisdemque filio impuberi substitutis diminuta sit, utpote si in fraudem legum, Juliæ scilicet, & Papiæ ille heres tacitam fidem testatori dederit, aliquid ex sua parte se daturum incapaci, veluti cælibi, aut orbo jure veteri, idque jure suo, ut potest, ei fiscus eripuerit, atque adeo non cœperit integram partem suam, ex qua heres scriptus fuerat, quoniam ex ea fiscus carpsit portionem aliquam, de sua restituenda incapaci fidem dederat tacitam, quod palam non posset incapaci utiliter relinqui fideicommissum. Quæritur, inquam, utrum pro ea parte, quam cœpit, & retinet, an vero pro ea parte, pro qua heres scriptus fuit, veniat ad substitutionem pupillarem, ita ut augeatur, inquit, ejus pars in substitutione, id est, ut plus ferat ex substitutione pupillari, quam ferat reipsa ex institutione? Et hoc loco verba Pauli ita videntur esse trajicienda. Utrum pro ea parte, quam cœpit veniat, an vero pro ea, pro qua scriptus fuit, ita ut augeatur, &c. Ex Paulo hæc postrema sententia placet magis, ut scilicet ad substitutionem veniat pro parte sibi adscripta in institutione in solidum, etiam si postea ea pars diminuta sit: hac ratione, quia qui ex parte heres scriptus est, adita semel hereditate, ex ea heres manet, licet ei & ex ea parte res quasdam fiscus auferat ob causam taciti fideicommissi, id est, ob id, quod tacitam fidem accommodavit, ut eas res incapaci restitueret. Imo & eadem ratione, etsi totam partem suam ei fiscus auferat, veluti trientem, si ex triente sit scriptus, & tacitam fidem accommodaverit restituendi trientem incapaci: nam & hoc casu pro triente heres manet, etiam triente toto ei erepto, qui semel adivit ex triente, atque adeo pro triente ad substitutionem pupillarem admittitur, qui semel heres exstitit ipso jure, vel aditione: publicatione hereditatis heres esse non desinit. Sed & pro qua parte heres exstitit, pro eadem heres manet, sed heres sine re, quia publicata sunt bona, publicata res est, & in fiscum transiit. Eadem vero ratio est augmenti, & diminutionis (ut & hoc obiter dicam) nam si ejus heredis pars aucta sit jure adcrescendi, vel alluvionis jure, ut *l. 44. §. ult. de bon. libert.* non pro parte, quam nunc habet, quæ longe major est, sed pro qua heres scriptus fuit, pupillo heres efficietur ex substitutione pupillari, ut servetur eadem ratio in augmento, quæ servatur in diminutione, & decess-

decessione. Quod autem diximus eum, qui semel heres exstitit, publicatione hereditatis non desinere esse heredem, generaliter procedit & aliis plerisque casibus, ut qui semel heres exstitit ex substitutione vulgari, repudiante scilicet instituto, postea herede instituto, auxilio prætoris restituto in integrum obtinendæ hereditatis causa, quam inconsulto repudiavit, nihilominus heres manet, qui semel heres extitit, sed heres sine re, quia heres primo gradu institutus ei rem aufert beneficio restitutionis in integrum, *l. 7. §. sed quod Papin. de minor.* Prætor nec heredem facere potest, nec exheredem: non potest etiam alius quisquam, veluti coheres coheredem, quem ipse heredem non fecit, facere exheredem, sibi vindicato asse toto, *l. ei, qui solvendo, sup. tit. prox.* Lex sola, sive jus civile exheredem facere potest: etiam eum, qui semel heres extitit, non prætor, non coheres, non fiscus, sed lex sola. Quod infra demonstrabimus quatuor exemplis. Item suus heres, qui parenti ipso jure heres extitit, si auxilio prætoriæ jurisdictionis, ut fit, abstinuerit se bonis, nihilominus heres manet, eadem ratione, quia pater exheredem facere non potest, sed heres sine re: heres nomine, non re. Quod tamen non est sine effectu aliquo, quia & nudum nomen heredis conservat tabulas pupillares, & libertates, & cæteras testamenti, vel intestati causas: qui abstinuit se, heres est, sine re igitur, quia res defertur sequentis gradus cognato, *l. cum quasi, §. sed etsi suus, de fideicomm. libertat. l. etsi ex modica, §. pen. de bonis libert.* Item, qui semel aditam hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano restituit, forte non detracta Falcidia, quia maluit plenam fidem defuncto exhibere, quam uti beneficio legis Falcidiæ, vel quia à prætore coactus adiit, qua ex causa amittit Falcidiam: Denique qui restituit totum assem, totam hereditatem fideicommissario, nihilominus heres permanet, sed & is heres est sine re, res transit ad fideicommissarium, *§. restituta, Instit. de fideicomm. hereditat.* Et ita in specie proposita, qui ex triente heres sceiptus adiit hereditatem, heres manet ex triente, licet incolumis & integer triens apud eum non remaneat, à fisco erepta ei parte ex eo, quod cepit, vel erepto toto ob causam taciti fideicommissi. Quod si heres manet ex triente jure institutionis, consequens est, ut etiam jure substitutionis habeat trientem in pupilli bonis. Et ita concludit Paulus, addita etiam hac ratione, quia & satis punitus est in eo, quod in fraudem legum fecit, adempta aut rescissa parte ejus. Quamobrem idem etiam dicendum videtur, si desinat heres esse, ut deinde hic probat Paulus. In casu proposito non desinit heres esse ex institutione, & multo magis ex substitutione, & fert tantam partem, quanta ex parte jure institutionis heres fuit, & manet. Sed idem tamen est dicendum, si desinat heres esse, veluti si post aditionem rescisso testamento pro parte sua querela inofficiosi testamenti, quo genere, etsi desinat heres esse ex institutione lege Glicia, quæ querelam illam induxit, nihilominus postea ex substitutione pupillari heres esse potest, quæ est sententia *leg. in substitutum, hoc tit.* Idemque est, ut hoc loco ostendit, si desinat esse heres maxima capitis deminutione. Finge: heres scriptus post aditionem, in servitutem redactus est: hæc est maxima capitis deminutio: & omnis capitis deminutio manat ex jure civili, ac proinde quasi jure civili heres esse desiit, qui extiterat semel, quia ut libero homini ei delata est hereditas, non ut servo, & quamdiu in servitute erit, quia non est heres patris, qui ita eum substituit impuberi filio, *si sibi heres esset*, vel, *quisquis mihi heres erit*, *&c.* Ideo non poterit venire ad substitutionem: sed si manumittatur antequam conditio substitutionis existat, postea existente conditione substitutionis ei permittitur, ut ait, ad substitutionem venire, quæ ei in testamento fuerat relicta (substitutio relinqui dicitur, id est, hereditas pupillaris, ut institutio dari, id est, hereditas, *l. 10. titul. sequent.* & à Græcis *l. 36. de statulib.* ἡ θεσμοθέτη ... *adita est institutio*) Ergo, qui trientem ex institutione ex testamento paterno amisit maxima capitis deminutione, non amittit eum tamen ex substitutione testamento pupillari, si moriente filio impubere donatus sit libertate: licet, inquit, hereditatem ex institutione amiserit, tamen ex substitutione istam portionem quantam amisit perceptorum, non dicit quam amisit. Hanc enim manumissione non recuperat, sed quantam amisit. Denique desinit etiam heres esse jure civili, qui semel heres extitit, testatore post mortem, & post adquisitam ab herede hereditatem damnato perduellionis l. Julia, *§. per contrarium, de heredit. quæ ab intest. def.* vel etiam alio caso, si judicetur, qui adivit heres non esse, quia res judicata pro veritate habetur. Sed (quod notandum) his duobus posterioribus casibus, qui desiit esse heres ex institutione, non potest etiam venire ex substitutione pupillari, quia evanuit testatore damnato perduellionis, vel judicato, quo pronuntiatum est eum heredem non esse, destitutum testamentum esse, atque desertum. Duobus autem prioribus casibus, qui desiit esse heres ex institutione, potest venire ex substitutione pupillari, quia in duobus illis casibus substitutio pupillaris non evanuit, puta herede redacto in servitutem, vel testamento per querelam rescisso pro parte: dico rescisso per querelam pro parte, ut in *d. l. in substit. & l. Papinian. §. sed nec impuberis, de inoffic. testam.* pro parte rescisso testamento paterno manet pupillare. Sed si totum testamentum principale rescindatur per querelam inofficiosi testamenti, hoc etiam casu non potest venire ad substitutionem pupillarem, quæ evanuit in totum rescisso testamento principali, *l. 2. hoc tit.* Dixi eum, cui pars tota hereditatis ablata est, ex causa taciti fideicommissi posse venire ex substitutione pupillari. Huic sententiæ nihil obstat *lex si totam*, quam Accursius opponit, *inf. de adquir. heredit.* quia non loquitur de jure substitutionis, quod est personale, sed de jure adcrescendi, quod est reale: adcrescit enim rei, non personæ, ut alluvio. Et ait *l. si totam*, *am* partem, ut Florentini habent prisco more scriptum, pro si totam eam partem, *am*, pro *eam*, *em*, pro *eum* apud Festum: si totam eam partem, inquam, ex qua heres institutus est, tacite rogatus sit restituere incapaci, & ideo totam eam fiscus abstulerit. Evidentissimum est, inquit, si postea coheres ejus repudiet suam partem, ei nihil debere adcrescere, quia rem non videtur habere, id est, quia heres est sine re, & rei adcrescit, non personæ. Divus Ambrosius 9. Epist. ad Clementium: heredes quosdam esse sine re, quosdam cum re: quod & Ulpianus *lib. sing. regul. de bon. poss.* eodem modo scribit, alios bonorum possessores esse cum re, alios sine re. Heredi sine re nihil adcrescit jure adcrescendi, attamen heredi sine re obvenire potest commodum ex substitutione pupillari, quia id personæ obvenit, non rei adjungitur.

Ad L. XXXIX. de Testam. milit. *Si filiusfamilias miles captus, apud hostes decesserit; dicemus, legem Corneliam, etiam ad ejus testamentum pertinere: sed quæramus, si pater ejus in civitate decesserit, relicto nepote ex filio, an similiter testamentum patris rumpatur? & dicendum est, non rumpi testamentum, quia ex eo tempore, quo captus est, videtur decessisse.*

SUmmo jure, qui captus est ab hostibus, & apud hostes vita decessit, heredem ex testamento, vel ab intestato habere non potest, quia servus decessit: servi nulla est hereditas, nullus heres, *l. 3. §. ult. de verbor. signif.* Non sane ex testamento, quod fecit apud hostes, quia ipso jure nullum est, nec ullo casu convalescere potest, non etiam ex testamento, quod fecit ante captivitatem, quia captivitate irritum factum est. At quum decedit apud hostes, testamentum illud, quod fecerat ante captivitatem confirmatur, & convalescit ex lege Cornelia, perinde atque si in civitate decessisset eo ipso tempore, quo captus est ab hostibus. Fingit enim lex Cornelia eum, qui in captivitate decessit, momento ipso captivitatis decessisse, & nunquam in hostium potestatem pervenisse, & quasi conjungit tempus captivitatis cum tempore, sive momento mortis, *l. 18. de capt. & postlim. rev. l. justo, in fine, de usurpat. & usucap. l. Gallus, §. videndum, de liber.*

liber. & posthum. l. 4. §. 1. de bon. libert. l. lex Cornelia, de vulg. subst. Hæc fictio legis Corneliæ hereditatem facit, quæ nulla erat: heredem facit, qui nullus erat summo jure. Legis proprium est heredem facere, vel exheredem, *l. filiusfam. ad leg. Falcid. l. in bello, §. si quis capiatur, de capt. & postl. rev.* Et hanc quidem legem Corneliam pertinere tam ad testamentum militum, quam ad testamenta paganorum certissimum est. An ergo pertinet etiam ad testamentum filiifamilias militis, qui post factum testamentum jure militari de castrensi peculio, captus apud hostes decessit? Et ad ejus quoque testamentum, fictionem legis Corneliæ pertinere pro certo constituit Paulus initio hujus legis, eoque posito, & constituto: Sed quæramus, inquit, si pater ejus prius in civitate decesserit relicto nepote ex filio, an similiter testamentum patris rumpatur. Quid hic facit illud, *similiter*, aut quid significat? Locus est difficilis. Interpretatio quoque Accursii subobscura, sed vera tamen, quam & Dynus, & Angelus, & Albericus sequuntur: cæteri hunc locum inexplicatum relinquunt. Vera, inquam, est interpretatio Glossæ, veræ glossæ omnes hujus legis si modo in glossa ult. (ut recte legi in manuscriptis) negative legas hoc modo: *& ita eo tempore, quo filium suum in potestate non habebat*: Sic vero interpretatio Accursii nobis explicanda, & ad facilitatem redigenda. Ex eo, quod Paulus proposuit initio hujus legis, legem Corneliam etiam ad testamentum filiifamilias militis, qui in hostium potestate decessit, pertinere, ex eo intulit Paulus, quod tamen prætermissum est, postumum, & agnatum, nempe filiofamil. post captivitatem, post captivitatem igitur filiifamilias postumum ei agnatum vivo avo, in cujus avi scilicet testamento præteritus est, testamentum avi agnascendo rumpere, quia videtur avo protinus suus heres agnasci, quandoquidem filius, id est, pater ejus, non videtur eum præcessisse, aut prævenisse in successione avi, quia lege Cornelia fingitur vivo avo mortuus in ipso articulo captivitatis, licet naturaliter, seu revera avus prior decesserit, quam filius: sed fictio legis potior est veritate. Et hæc fictio legis Corneliæ retrotrahitur, sicut fictio postliminii in omnibus casibus. Inde quæsivit Paulus, an & *similiter* postumus rumperet testamentum, quod pater ejus fecit ante captivitatem, more militiæ, militari jure, in quo præteritus etiam est à patre per errorem, videlicet si prius (ut ante posuimus) moriatur avus in civitate, quam pater apud hostes? Et negat Paulus ab eo similiter testamento avi, rumpi testamentum patris. Ratio hæc est, quia lege Cornelia pater ejus fingitur, priusquam avus, vita decessisse, eo ipso momento, quo captus est: vivo avo igitur, quo tempore, quia postumus natus in avi, non in patris potestate futurus erat, ideo non videtur patri suo, suus heres agnatus: ergo non rumpit ejus testam. quia agnatione tantum sui heredis præteriti, testamentum rumpi constat, *l. ex facto, in princ. de vulg. subst.* Denique is postumus, qui præteritus est, & avi, & patris testamento, avi quidem testamentum rumpit, sed non etiam patris, quia avo, non patri suus heres agnascitur, vel agnatus videtur. Et ex hoc loco elegantissimo explicandum est aliter, quam hic faciat glossa, id quod est in *l. filiusfam. h. t.* postumum nunquam posse duorum simul testamenta rumpere, & avi, & patris. Et hoc loco pater ejus, id est, pater filiif. militis, idemque avus postumi nepotis ex filio: & hoc ipso loco inf. patris rumpatur, patris, id est, filiif. militis defuncti apud hostes, qui pater est postumi præteriti tam avi, quam patris testamento. Et nihil est præterea in hac lege.

Ad L. LXXXI. de Leg. 2. *Si quis testamento facto, à filiis suis, quos heredes instituisset, fideicommissa reliquisset: non ut à legitimis heredibus, sed ut à scriptis, & testamentum aliquo casu irritum factum sit: filii ab intestato venientes fideicommissa ex testamento præstare compelli non possunt.*

SPecies hæc est: pater à filiis testamento heredibus scriptis, fideicommissum reliquit Titio, non ut à legitimis heredibus, sed ut testamentariis, & testamento aliquo casu irrito facto filii patri ab intestato heredes extiterunt, an Titio fideicommissum debent? Et ait Paulus, quod est satia apertum, eos non obligari fideicommisso: neque ab intestato, quia non ut legitimi heredes rogati sunt: neque ex testamento, quod irritum factum est. Quo vero casu, quave ratione ponemus testamentum ad irritum recidisse? an maxima, aut media capitis deminutione testatoris, ut Accursius ponit, id est, servitute, aut peregrinitate testatoris, vel etiam minima capitis deminutione, veluti adrogatione? Non potest hic casus congruenter, hocve exemplum apponi, quia capite minuti, nec ab intestato legitimos heredes habere possunt. Servus potestne habere legitimum heredem? peregrinus, qui desiit esse civis Romanus habetne legitimum heredem? filiusfamilias habetne legitimum heredem? Nemo prorsus istorum, nisi forte pristinum statum receperint antequam morerentur. Pone igitur congruentius exemplum, patrem incidisse tabulas testamenti, aut cancellasse, aut linum abrupisse, ut intestatus decederet, ut *l. 1. §. pen. si tab. testam. nul. extab. l. ult. de his, quæ in test. del.* Ex hac ratione irrito facto testam. fideicommissum in eo relictum à filiis ab intestato venientibus non debetur in *l. ex ea scriptura, in princ. sup. qui test. fac. poss. l. quoniam, §. cum filiæ, de vulg. substit. l. 1. de jure codicill. l. fideicommissa, §. 1. seq. tit. l. ex testam. C. de fideicomm.* Fideicommissum testamento relictum non debetur ab intestato, nisi liquido appareat, aut probetur, hanc fuisse voluntatem testatoris, ut & ab intestato fideicommissum præstaretur, ut omnino præstaretur. Hujus rei multa sunt exempla in jure, *l. cum pater, §. filius matr. h. t. l. eam, quam, C. de fideic.* & aliis locis innumeris. Hanc unam tantum exceptionem ad illam regulam adhibemus, ne excipias etiam casum, ut hic glossa facit *l. postumus, de inj. rup. irr. fac. test.* quæ lex si ruptum, vel injustum, vel irritum factum sit testamentum, in quo heredes scripti sunt, qui etiam ab intestato omnimodo heredes futuri sunt, hos docet, missa causa intestati, si velint, accipere posse cum re bonorum possessionem secundum tabulas, & idcirco rata esse legata, & fideicommissa testamento relicta: nimirum, quia heredes ex testamento venient, non ab intestato. Nos dicimus, venientes ab intestato non obligari fideicommissis testamento relictis. Ne excipias etiam, dum tractas de jure, quod ante Justin. Novell. semper obtinuit: ne excipias, inquam, casum Novell. 115. quasi ex causa præteritionis, vel exheredationis, sola heredis institutio infirmetur, fideicommissa, & cætera omnia rata habeantur. Quod tamen non de quolibet vitio præteritionis constituit Justinianus, sed de præteritione tantum, quæ pro exheredatione habetur, puta, quæ fit à matre, aut avo materno, & de testamento rescisso per querelam inofficiosi testamenti. Quo casu Justinianus longissime recedit à jure, quod antea semper obtinuit, dum præter institutionem heredis, cætera facit rata: cum antea, nec si testamento, quod inofficiosum judicatum est, cavisset testator, ut & ab intestato fideicommissum præstaretur: id deberi non placeret, testamento rescisso per querelam: quia credebatur quasi demens, qui liberos immerito exheredaverit, non habuisse testamenti factionem, aut codicillorum, id est, nec dandi quidem fideicommissi, vel ab intestato, vel ex testamento jus habuisse, *l. 36. tit. seq. l. Titia, l. qui repudiantis, §. ult. de inoffic. testam.* Ex Novella illa inofficiosum testamentum non per omnia habetur pro ultimo judicio dementiæ, quia remota institutione cætera valent.

Ad L. XLV. de Bonis libert. *Si patronus ex sexta, & servus ejus ex reliqua parte sit heres institutus: nec ex servi portione fideicommissum debetur: at si servus duntaxat heres institutus est: puto nec hic ex debita portione præstandum.*

FAcillimum est, quod restat in *l. 45. si patronus, de bonis libert.* ex portione debita patrono, quæ olim fuit semis bonorum liberti, hodie est triens, certissimum est fideicommissum non deberi, quia pura integra, & illibata ea portio ad patronum pervenire debet sine onere, & incommodo ullo, *l. prox. sup.* quam exposuimus lib. 6. *l. 28. de leg. 2.* Quid vero si patronus testamento liberti heres sit ex sextante, & servus ejus ex reliqua parte, id est, ex triente, vel

vel hodie ex alio sextante, an saltem servi portio fideicommisso onerari poterit? minime: quia supplet portionem debitam patrono. Imo etsi solus servus patroni sit heres institutus ex portione debita patrono, non potest fideicommisso onerari, quæ est sententia hujus legis. Unde intelligitur nihil interesse portio debita relinquatur patrono ipsi, an servo ejus, vel filiof. per quem sit eam adquisiturus, ut in *l. sive libertus*, *§. 1. de jure patronat.*

Ad L.XXVI. de Adim. legatis. *Si servo cum libertate dato legata & alienato, adimatur libertas: quamvis alieno inutiliter adimatur: tamen legatum ad emptorem non perventurum, & merito: Constituit enim ademptio, quia possit redimi: sicut datio, cum in eum confertur, qui testamenti faciendi tempore fuit testatoris, deinde alienato codicillis libertas datur.*

Ad §. Quid ergo, *si eum, quem liberum esse quis jusserat, manumiserat vivus, deinde codicillis libertatem ei ademerit? videamus, an perdiderit legatum vana ademptio libertatis; quod quidam putant: sed supervacua scriptura non nocet legato.*

Difficilis & subtilis lex est: Regula est juris civilis, servo proprio inutiliter legatum dari sine libertate, *l. 4. de leg. l. ex fideicommisso, C. de fidejuss. l. 20. hoc tit. l. plane, §. si conjunctim, de leg. 1. l. 11. de leg. 2.* Cujus quidem regulæ ratio hæc est, quia ab eodem, & eidem legatum deberi non potest. Atqui adita hereditate, quo tempore dies ejus legati cedit, quod servo proprio relictum est sine libertate, si cederet utiliter, deberet id heres sibi ipsi quasi domino servi, cui datum est, atque ita concurreret in ejusdem personam debitum, & creditum: scilicet emolumentum legati, & obligatio juris: quod neque jus, neque natura patitur, *l. cum legato, quand. dies leg. ced.* Huic autem regulæ consequens est, ut si servo alieno legatum detur sine libertate, quia & frustra servo alieno daretur libertas, l. *si servus, §. servi, de leg. 1.* ut, inquam, eo servo à testatore comparato, legatum evanescat: quia in eam causam pervenit, à qua incipere non poterat, id est, quia hodie servo proprio relictum legatum invenitur sine libertate, *l. 3. in fine, de his, quæ pro non script. habent.* Item supradictæ regulæ consequens est, ut si testamento servo proprio dederit quis legatum cum libertate, ut oportet, codicillis ad testament. factis adempta libertate, evanescat legatum. Eadem ratione, quia in eam causam res recidit, à qua incipere non poterat, de qua ratione diximus satis in *l. 85. de reg. jur.* Et hæc ita, si utilis sit ademptio libertatis; ut in hac l. Paulus ostendit. Nam si inutilis sit ademptio, quia tunc libertatis datio consistit, & legati quoque datio. His cognitis, finge: Testator servo proprio legatum dedit cum libertate: deinde Titio eundem servum vendidit: post codicillis ei ademit libertatem: inutilis videtur esse ademptio, quia eadem videtur esse ratio ademptionis & dationis, *l. legata, in fine, hoc tit.* Servo alieno libertas datur inutiliter, ergo ei adimitur inutiliter. Quod si inutilis sit ademptio libertatis, videtur valere legatum, & deberi emptori, quia venditione servi non intelligitur esse ademptum, aut revocatum legatum, quod ei recte datum est, *l. 47. & l. 86. de condit. & demonstrat.* Ex quibus locis merito ab omnibus interpretibus refellitur, quod Glossa ait hoc loco, venditione servi sponte facta, non necessario revocatum videri legatum servo relictum. Ergo supradicta ratione tentari potest, inutilem esse ademptionem libertatis: & consequenter consistere legatum, quasi servo proprio relictum cum libertate, ac proinde ad emptorem pervenire, emptori deberi. Et tamen Paulus negat hoc loco, legatum deberi emptori, hac ratione, quia non est omnino verum, quod initio proposuit, servo vendito inutiliter adimi libertatem. Nam inutilis quidem ademptio est in præsenti, quamdiu servus alterius est, id est, in dominio emptoris, sed in futuro utilis esse potest, si quandoque is servus à testatore ipso redimatur. Quo casu non convalescit libertas, quæ nominatim adempta est, & catenus ademptio effectum habet. Ergo nec convalescit legatum quasi servo proprio relictum sine libertate, quia recte adempta libertas, pro non

A data est. Et hoc casu; quum scilicet testator redemit servum ante mortem, utilis ademptio est: sicut & hoc casu, ut ait, datio libertatis utilis esse potest, quæ scilicet servo vendito datur codicillis testamento confirmatis, qui tamen testamenti facti tempore proprius testatoris fuerit, quia redimi ab eo potest, priusquam moriatur, & ut consistat datio libertatis, satis est, si servus proprius testatoris fuerit, aut hereditatis, quæ testatoris locum obtinet duobus temporibus, tempore facti testam. & tempore mortis testatoris, vel aditæ hereditatis, *l. servus, l. verum, de man. test.* Paulus argumentatur à datione ad ademptionem, ut & in *l. seq. in princ.* Datio libertatis valet, quæ datur scilicet codicillis servo vendito. Ergo & ademptio, quæ fit eidem. Et si ademptio valet in hac specie, ergo legatum non valet, quasi datum sine libertate, ut *l. ult. in fine, hoc tit.*

B Nec igitur legatum, quod non valet, ad emptorem servi pervenire potest. Et ita concludit Paulus. Hoc vero loco Accursius notat, non esse idem in hereditate, quod in legato ex *§. quod si alienatus, Instit. de heredibus instit.* quod falsum esse contendo. Ac primum observandum est, aliam esse speciem ejus *§. quod si alienatus*, & aliam speciem hujus legis, & in utroque tamen demonstrandum mihi est, nullam posse constitui differentiam inter hereditatem & legatum. Non in specie hujus legis. Nam & si testator servum proprium heredem institutum cum libertate vendiderit, deinde ademerit ei libertatem, eadem ratione, quia non est omnino inutilis ademptio, quia redimi servus à testatore potest, & redemptione non convalescit libertas, quæ nominatim adempta est, atque ita ademptio effectum habet, er-

C go nec valet institutio, & ad emptorem hereditas pervenire non potest. Eadem ratione in specie *d. §. quod si alienatus*, nulla etiam est differentia inter hereditatem & legatum, selictam, relictumve servo proprio cum libertate: Nam quod in illo §. de hereditate traditur, idem obtinet in legato, puta si servo proprio testator legatum dederit cum libertate: deinde eum vendiderit, nec nominatim ei ademerit libertatem, alia est species, quia post mortem testatoris legatum pervenit ad emptorem quasi libertate revocata per alienationem, ut *l. 47. de cond. & demonst.* Quod si idem servus redemptus sit à testatore, cur sicut hereditas ei data cum libertate convalescit, *l. quotiens, §. pen. de hered. inst.* non convalescet etiam eodem casu legatum & libertas? Alia autem est species, nec ullomodo commiscenda cum superiori, de qua agitur in *l. cum servus,*

D *hoc tit.* quæ cum hac male confunditur à Glossa: nam species illius legis est de servo alii legato, nos tractamus de legato relicto servo cum libertate. Denique species legis *cum servus* hæc est: Servum proprium alii legavit quis, deinde eum vendidit, legatum servi alii ademisse videtur, nec convalescit legatum servo redempto à testatore, nisi ex nova voluntate, ut *l. seq. in princip.* Quod si eidem servo, quem alii legavit, legatum dederit, sane id sequitur emptorem, si non redimatur à testatore; si redimatur, neque emptori debetur vel adquiritur per servum, qui desiit ejus esse, neque servo, quia sine libertate relictum invenitur. Verum redeamus ad priorem speciem. Ea fuit de servo proprio à testatore vendito, cui dederat legatum cum libertate, & de libertate ei post venditionem adempta. Quæro an quod dixi de ser-

E vo vendito, idem procedat in servo manumisso. Finge, servo proprio in testamento legavi cum libertate. Deinde eum manumisi inter vivos, puta censu, aut vindicta, post codicillis ei ademi libertatem. An & hoc casu dicemus ademptionem valere, sicut in priore? Et Paulus docet hoc casu. non idem esse admittendum, servo manumisso scilicet, quod admissum est in priore parte hujus l. servo vendito, In hac enim posteriore parte hujus l. ademptionem libertatis factam codicillis, post manumissionem factam inter vivos inutilem, futilem, vanam, & supervacuam esse. Frustra enim manumisso inter vivos, qui non ex testamento libertatem adeptus est, cui repræsentata est libertas vivo testatore: frustra, inquam, ei libertas vivo testatore codicillis adimitur: manumisso ex testamento recte adimitur,

Digitized by Google

mitur, vel eodem testamento, vel codicillis, *l. 10. §.1. de manum. test. l.si servus legatus, de fideicomm. libert.* At manumisso inter vivos adimi non potest. Quia igitur ademptio libertatis hoc casu est, futuraque est inutilis in omne ævum, non in præsenti tantum, sed & in futuro, quæ in priore parte legis, sive priore casu fuit inutilis in præsenti, in futuro poterit esse utilis. Hoc igitur posteriore casu, quia ademptio prorsus inutilis est, consequens est, legatum valere, & manumisso deberi post mortem testatoris, ut venditione (sicut ante dixi) ita manumissione non videtur ademptum legatum: & supervacua, inquit, ademptio, non nocet legato. Paulus 3. Sententiarum: *Superflua facta juri obesse non possunt.* Augustinus 4. de civit. Dei, cap. 27. *Solet*, inquit, *à Jurisperitis dici, superflua non nocere.* Et hac ratione sane dicitur falsam quoque causam legato non nocere, quia supervacuum est adjicere legato rationem, & causam legandi. Item falsam demonstrationem adjectam legato omni ex parte satis demonstrato legato non nocere, quia supervacua est. Denique supervacua, vel abundans scriptura non nocet. Non deerant, qui dicerent, hoc posteriore casu, quasi quasi facta ademptione libertatis post manumissionem legatum non valere, eam ademptionem perdere legatum. Forte (quod ut attingit Accursius) hoc casu non omnino sit futura inutilis ademptio, quia fieri potest, ut servus à testatore manumissus inter vivos recidat in ejus potestatem antequam moriatur, & vindicet sibi libertatem ex testamento, cui rei obstaret ademptio: atque ita non esset ademptio illo casu sine effectu, vel utilitate aliqua. Sed recte Accursius notat, ominosum, & incivile hoc esse, liberi hominis spectare, vel exspectare omnium longe teterrimum infortunium, servitutem: hanc spectationem, obnuntiationem esse mali ominis, malæque scevæ (ut verbo utar juris auguralis) neque igitur ad eam esse animum advertendum: & priore casu nihil inesse mali ominis in servi redemptione, cujus ratio habetur. Idcirco nec male hujus casus consideratio, sive cogitatio facit, ut non omnino sit inutilis ademptio libertatis in persona servi alieni, qui in potestatem nostram, in qua fuit, antequam à nobis alienaretur, redire potest. In persona autem liberi hominis cogitatio futuræ servitutis abominanda est: nam & qui ex libero fit servus, alius est, id est, novus homo est, non idem, qui fuit ante, *l. seq. in fi. l. qui res, §. aream, de solut.* Servus autem, qui mutat dominum, puta qui redimitur, idem est homo, non alius: ille mutat statum, & capite minuitur: hic non mutat statum, sed dominum tantum. Et eleganter idem Paulus in *l. inter stipulantem, §. sacram, de verbor. obligat.* casum servitutis, adversamque fortunam hominis liberi spectari, neque civile, neque naturale esse, & in *l. si in emptione, §. libertum, de cont. empt.* nefas esse hunc in libero homine teterrimum casum exspectare.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. X. QUÆSTIONUM PAULI. *RECITATIONES SOLEMNES.*

Ad L. XLIV. de vulg. substit. *Ex pupillari testamento superius principale, neque ex parte, neque in totum confirmari posse, Mæcianus scripsit.*

HAC lege nulla est utilior in hoc tit. quæ ab interpretibus minus intelligatur, quæ ait, *ex pupillari testamento, &c.* Des mihi speciem hujus legis, vel ejus sensum mihi exponas. Accursius ponit exemplum in querela inofficiosi testamenti, si per eam rescissum sit principale testamentum, id est, paternum: quod huic loco convenire nullomodo potest: nam vel in totum rescissum est per querelam inoffic. testamenti, vel pro parte. Si in totum: frustra quæritur an paternum testamentum confirmetur ex pupillari, quia nec pupillare valet, *l. Papin. §. sed nec impuberis, de inoffic. testam.* Sin autem pro parte rescissum sit, forte impuberis fratre pubere exheredato, agente querela inoffic. testamenti, pro parte contra fratrem impuberem heredem institutum,

A etsi hoc casu valeat pupillare, quia satis est si paternum valeat aliqua ex parte, *l. in substit. hoc tit. d. §. sed nec impuberis,* & quamvis verum sit, non ideo tamen, quod valeat pupillare, valeat etiam pro parte, qua rescissum est paternum testamentum. Hoc exemplum non potest accommodari ad verba hujus legis, quæ ponit testamentum paternum fuisse superius, pupillare inferius, id est, prius factum fuisse testamentum paternum, deinde posterius alio tempore factum fuisse pupillare; potest pupillare separatim fieri alio tempore, *l. si quis eum, §. 1. hoc tit.* Hæc verba desiderant exemplum, in quo quæratur, an ex pupillari confirmetur paternum, eo quod paternum sit superius, pupillare inferius, non quod paternum sit querela inofficiosi testamenti, vel quo alio jure rescissum, nec enim otiosum est, quod ait superius principale. Qua ratione non placet aliud exemplum, quo Bartolus, & Albericus utuntur de bonorum possessione contra tabulas, si per eam paternum testamentum rescissum sit, puta, quod in eo alter filius præteritus esset, quia etsi eo casu rescisso testamento paterno per bonorum possessionem contra tabulas maneat pupillare, nec rescindatur, *l. ex duobus, §. ult. l. seq. hoc tit. inf.* in hac tamen lege de eo non quæritur generaliter, an quod pupillare valeat, etiam paternum valeat, de quo inepte quæreretur, an scilicet valeat, quod jam certo ponitur non valere, id est, fuisse rescissum in totum per bonorum possessionem contra tabulas. Quærendus ergo casus nobis est, in quo quæstio hæc vertatur, quæ pendeat ex eo, quod testamentum paternum sit superius, pupillare inferius. Qui superiores casus affingunt temere pene, circumscribunt verbum illud *superius*, quod est in hac lege, tum illius nullam rationem habent. Idemque facit Paulus Castrensis, quum ponit exemplum tale, testamentum paternum irritum factum est, non adita paterna hereditate ab extraneo herede instituto: post mortuo filio impubere, cui exheredato pater fecerat testamentum, substitutus vult adire hereditatem patris ex substitutione vulgari, quæ inest pupillari, *l. jam hoc jure, hoc tit.* atque ita vult confirmare testamentum paternum, quod destituit extraneus in eo heres scriptus, quæritur an possit? & ex hac lege respondet non posse. Ita vero posita specie, Castrensis nullam habet rationem ejus, quod lex ait, superius fuisse testamentum paternum. Præterea lex speciem requirit, in qua valeat pupillare: atqui non adita hereditate patris, pupillare testamentum evanescit, *l. 2. §. Quisquis, hoc tit. l. 10. §. si ex asse, eod.* Pupillaris expressa substitutio evanescit, ergo & tacita vulgaris. Ubi id, quod expressum est non valet, id etiam non valet, quod expresso tacite inest, *l. 26. in 2. parte, de adim. leg. l. cum unus, §. 1. de bon. auct. jud. possid. l. 3. in fin. de servit. præd. rust.* Præterea falsum est, quod ponit substitutioni pupillari factæ exheredato inesse tacitam vulgarem, quæ inesse tantum potest factæ heredi instituto, nam in exheredato inepta est substitutio vulgaris: *Si heres non eris, ille heres esto,* si expressa, & tacita quoque. At quum substitutio pupillaris facta est heredi instituto, tum fateor substitutioni pupillari expressæ inesse tacitam vulgarem, casum secundum perduci ad casum primum. Et hoc quidem casu filio impubere herede instituto, abstinente se bonis paternis, quia heres manet nomine tenus, ex testamento paterno, etsi abstinuerit se, qui ipso jure semel invitus heres exstitit patri, valet testamentum pupillare, quia nudum nomen heredis conservat testamentum pupillare, nudum nomen heredis ex testamento, paterno videlicet, ut *l. filius, l. Julianus, de acquir. hered.* Ergo conservat & tacitam vulgarem, & ex ea mortuo impubere intra pubertatem, quia abstinuerat se, substitutus venire potest, id est, quia in vulgari substitutione hæc verba, *si heres non erit,* quum ea facta est, aut facta intelligitur esse suo heredi, sic accipiuntur, *si heres non erit, id est, si se bonis non immiscuerit, si se abstinuerit, l. 7. §. sed quod Papinianus, de minor.* Ergo substitutus venire potest ex substitutione vulgari, nec tamen confirmat ipse testamentum paternum, quia id jam satis confirmarat exsistentia heredis sui, quæ ipso jure inducitur etiam invito, & ignorante suo

suo herede, sed & hoc casu posito nulla habetur ratio ejus quod ea lex ait superius, nempe jussi: testamentum paternum. Itaque & hic casus ad definitionem hujus legis aptari non potest. Alii interpretes, Jason præcipue, Alexander, Angelus, qui quidem interpretandis legibus solent esse multi, in interpretanda sententia, & in ponenda specie hujus legis sunt muti. Nullo modo scilicet attingunt sensum, & speciem hujus legis, sed ut solent cum quid non intelligunt, agunt se in omnia, scribentes hoc loco de privilegiis ecclesiasticis. An privilegium minori Ecclesiæ concessum, majori concedatur in rescriptis Pontificiis: denique de jure canonico hoc loco scribunt, non de jure civili, vel de pactis, & contractibus, non de testamentis, de quibus tamen lex est scripta. Denique de sententia hujus legis, quodve ad illam pertineat, res non erit adeo obscura. Sciendum est, si unius ejusdemque hominis duo sunt testamenta, quæ is sibi fecerit, superius, & inferius, superius rumpi, & infirmari per inferius: nam ultimum judicium potentius est, *l. 1. & 2. & 8. de inj. rup. & irr. fac. testam.* superius igitur rumpi, & infirmari per inferius: vel etiam sæpe confirmari superius, vel inferius, ut puta, si in inferiori testamento, quo superius ruptum est, testator caverit, se superius testamentum valere velle jure fideicommissi, & codicillorum: nam paganus non potest duo testamenta relinquere, quæ sunt rata jure civili, & jure directo. Non potest ergo in inferiori testamento directo confirmare superius, sed potest id ita confirmare, uti valeat jure fideicommissi, jure codicillorum, *l. quærebatur, de test. milit. l. si quis priore, ad Trebell.* Et hoc modo inferius testamentum confirmat superius, vel in totum, id est, etiam heredis institutionem, si hoc expresserit testator, vel ex parte tantum, ut si legata, & fideicommissa, & libertates, quæ, vel quas videlicet dedit priore testamento tantum voluerit converti in causam codicillorum, ut *d.l. quærebatur*. Et hoc, si unius ejusdem hominis sit superius, & inferius testamentum. At si superius testamentum patris fuerit, pupilli inferius, testamento certe inferiore, quod alius est hominis, superius non rumpitur, *d.l. si quis cum, §. 1. hoc tit.* quæ aperte ait, ratum manere prius testamentum, quod pater sibi fecit, etsi intermisso intervallo alio tempore posterius testamentum fecerit filio impuberi. Denique utrumque testamentum valere, suum, quod est superius: & pupilli, quod est inferius. Ex pupillari igitur non infirmari paternum superius testamentum. Quod si ex pupillari testamento inferiori non infirmatur superius testamentum paternum, consequens est, ut id etiam ex pupillari non confirmetur, quia nec id, quod non infirmatur, confirmatione indiget. At finge, patrem inferiori testamento pupilli cavisse, ut superius suum testamentum valeret jure fideicommissi in totum, vel pro parte, quod ita finges probabiliter ducta conjectura ex eo, quod Paulus hujus sententiæ hoc loco auctorem Mæcianum facit, qui de fideicommissis tantum scripsit extra causas criminales, de quibus etiam scripsit. Quod ergo ex Mæciano hic tradit, qui, vel de criminibus scripsit, vel de fideicommissis, cum ad crimina aptari non possit, aptari debet ad fideicommissa. Dico autem hoc casu patrem, qui id cavit, superius suum testamentum valere jure fideicommissi nihil omnino egisse, quia mero jure satis consistebat, nec indigebat confirmatione: nec confirmari ex pupillari potest, quia nec infirmari. Confirmandi, & infirmandi eadem est ratio. Denique non potest verti superius testamentum patris in causam fideicommissi, etiamsi id caverit in pupillari: alio testamento opus est, ut prioris, quod sibi fecit causa mutetur: non potest mutari prioris causa, quod jure directo valet, nuda voluntate, ut si illud caveat in testamento pupillari, quod dixit, debet mutari alio testamento solemni. Denique nullo modo paternum testamentum vires accipit à pupillari, sed pupillare à paterno, quia & pupillare testamentum paterno testam. infirmari potest. Fac patrem prius testamentum fecisse sibi, & filio impuberi: deinde sibi tantum posteriori loco, hoc posteriore testam. rumpitur testam. quod prius pater sibi fecit, atque etiam id quod prius fecit filio, & ita est proditum nominatim in *d. l. si quis cum, §. 1. hoc tit.* quia rupto testamento paterno, rumpitur pupillare, quod est sequela testamenti paterni: paternum autem principale testamentum est, *§. liberis, Inst. de pupill. subst.* Et recte hoc loco principale dixit, ut pupillare innuat esse sequelam: proprie enim principali opponitur sequela. Denique testamento paterno posteriore infirmatur superius pupillare, atque etiam id, quod fecit sibi superius, quia non potuit superius facere pupillo, quin & sibi faceret. Si posterius paternum testamentum infirmat pupillare superius: ergo & confirmare id potest, puta verbis fideicommissi, atque ita sicut codicilli posteriores, qui etiam sunt sequela testamenti, non possunt confirmare testamentum, quia nec infirmare opus est alio testamento solemni, sed ipsi codicilli testamento confirmantur, vel infirmantur: denique non confirmant, sed confirmantur, *l. quod per manus, de jure codic.* quæ id ait else traditum per manus, id est, per traditionem, per manus, in Epist. D. Petri. Ita vero testamentum pupillare posterius non potest confirmare principale superius testamentum, quia nec etiam potest infirmare seu rumpere, sed ex paterno testamento ipsum potius pupillare testamentum confirmatur, vel infirmatur.

Ad L. LXXXII. de Leg. II. *Debitor decem legavit creditori, quæ ei post annum sub pignore debebat: non (ut quidam putant) medii temporis tantum commodum ex testamento debetur, sed tota decem peti possunt. Nec tollitur petitio, si interim annus supervenerit: nam sufficit, quod utiliter dies cessit, quod si vivo testatore annus superveniat: dicendum erit inutile effici legatum: quamquam constiterit ab initio. Sic & in dote prælegata responsum est, totam eam ex testamento peti posse. Alioquin, secundum illam sententiam, si interusurium tantum est in legato, quid dicemus, si fundus legatus sit ex die debitus? nam nec pecunia peti potest, quæ non est legata: nec pars fundi facile invenietur, quæ possit pro commodo peti.*

Ad §. Si Primo, & Secundo, *& Tertio heredibus institutis, sic legata dentur:* Si mihi Primus heres non erit, Secundus Titio decem dato: si secundus mihi heres non erit, Primus Sejo fundum Tusculanum dato: *utrisque omittentibus hereditatem, Primo, & Secundo: quærebatur, substituti, quæ eis dederat, an & cui legata præstare debent? ab utroque substituto legata debentur.*

Ad §. Servo alieno *posse rem domini legari Valens scribit: Item id quod domino ejus pure debetur. Cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio. Cæterum ex persona servi constitit legatum. Et ideo rectissime Julianus definit, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset. Calumniosa est enim illa adnotatio, posse legari servo, & quandiu serviat. Nam & hoc legatum ex persona servi vires accipit. Alioquin & illud adnotatemus, esse quosdam servos: qui licet libertatem consequi non possint, attamen legatum, & hereditatem possunt adquirere domino. Ex illo igitur præcepto, quod dicimus, servi inspici personam in testamentis, dictum est: servo hereditario legari posse. Ita non mirum, si res domini, & quod ei debetur, servo ejus pure legari possit: quamvis domino ejus non possent hæc utiliter legari.*

Certum est, debitorem, id quod debet creditori suo frustra legare, & inutiliter, quia nihil est in legato: id est, quia nullum est emolumentum legati, *l. Mævius, §. 1. sup. hoc tit. l. si creditor, & l. legavi, §. ult. de lib. leg.* legatum est donatio: at nullius emolumenti nulla est donatio: non nego, quin in legato pecuniæ debitæ, quod debitori relinquit, possit inesse emolumentum aliquod: & ejus rei multa exempla suppeditat *l. si creditori, cum l. seq. sup. tit. prox.* Ac tum si sit aliquod emolumentum legati, valere legatum, si plus sit in legato, quam in debito, utile esse legatum: ut si debitor, quod debet sub conditione, vel ex die, præsenti die legaverit, valet legatum propter commodum repræsentationis, commodum, & compendium medii temporis, quod ex ea pecunia interim creditor facere potest, quod uno verbo *interusurium* dicitur hoc loco, & multis

aliis

aliis locis juris nostri, quod scilicet consequitur creditor jure legati, qui ante diem, vel conditionem id jure crediti habiturus non erat, *l. 7. §. ult. tit. sequ. l. idem est, de liber. leg.* quæ pars est *d. §. ult. l. 7. l. a. in princip. de dote præleg.* Quamobrem si legato pecuniæ debitæ insit commodum repræsentationis, à creditore, eodemque legatario fideicommissum relinqui potest pro modo interusurii, non pro quantitate pecuniæ debitæ, & lege Falcidia interveniente, ex eo quoque interusurio quarta detrahi potest, non ex pecunia debita, *l. 1. §. si quis creditori, ad l. Falcid.* Fac (quæ est species proposita hoc loco) debitorem pure decem legasse creditori, quæ ei debebat post annum sub pignore, vel sine pignore (nihil refert quantum ad rem propositam attinet) & mox debitorem, eundemque testatorem vita decessisse: legatum valet propter commodum repræsentationis, quod creditori affert pecunia data pro mutuo, pecunia data in antecessum, *en advence*, ut Seneca loquitur, & non tantum illud commodùm, illave utilitas medii temporis ex testamento debetur, sed tota decem actione ex testamento peti possunt, quæ tota specie legati repræsentata sunt, sicut & fit dote sua uxori à marito testamento prælegata pure, quæ alioqui non fuisset reddita uxori, nisi annua, bima, trima die, id est, anno, biennio, triennio, tribus pensionibus, quod legatum valet eadem ratione, qua & legatum pecuniæ debitæ ex die, vel sub conditione, quod pure debitor creditori relinquit, quia ut huic, ita & illi legato dotis inest commodum repræsentationis, & placet totam dotem ex testamento peti posse, ut ait hoc loco, & ita est responsum. Quamobrem male Accursius ait *l. 2. in princip. de dote præleg.* mulierem tantum esse legatariam in commodo repræsentationis, & in remissione impensarum necessariarum, vel utilium à marito factarum in dotem: quia imo, & in dote tota legataria est: totam enim dotem, quæ prælegata est, mulier petere potest actione ex testamento. Ergo, & creditor potest petere totam pecuniam debitam actione ex testamento, si ei prælegata sit, quod & Papinianus ipse probat, qui dedit ex testamento petitionem totius pecuniæ debitæ, *l. 5. inf. ad leg. Falcid.* improbata illorum sententia, qui existimabant, medii tantum temporis commodum sive interusurium peti posse, non tota decem, & improbata hac ratione, quia si tota pecunia debita, quæ legata est, non potest peti actione ex testamento, sed interusurium duntaxat, si legatum consistit tantum in commodo interusurii, fundo debito ex die, & legato pure, inutile erit legatum, quod tamen nemo dixerit, quia nullum hic interusurium esse potest, nullumve commodum fructuum, si paulo post dies, in quem fundus debetur, supervenerit. Nam pars fundi non potest accipi pro interusurio: interusurium enim separata res est à principali, quæ est in obligatione: id est aliud est res, aliud id quod interest, vel usura, vel fructus. Pars igitur fundi non potest accipi pro interusurio, vel alio commodo simili, quod fundo debito extrinsecus accedat. Melius igitur est dicere, totum fundum esse in legato, alioqui inutile esset legatum nullo existente commodo medii temporis. Quod si fundus totus est in legato, ergo & tota pecunia. Ita argumentatur Paulus addita hac ratione, quia nec interusurium, id est, quod medio tempore creditor ex pecunia lucrari potest, peti potest, cum non sit legatum nominatim, sed decem tantum. *Nam nec*, inquit, *pecunia peti potest, quæ non est in legato*, pecuniam accipiens pro interusurio, sive pro eo quod interest, ut *l. stipulationes non dividuntur, de verb. oblig.* illo loco, pecuniam dari oportere, id est, id quod interest, *l. si quis ab alio, §. ult. de re judic.* Ad hæc quæritur, an supradictum legatum, de quo hic agitur, inutile efficiatur in specie proposita, an legatum pecuniæ debitæ, ejusque petitio collata ex testamento tollatur, si post mortem testatoris, antequam peteretur, annus supervenerit, in quem pecunia debebatur? Et respondet, non effici inutile, quia dies ejus legati cessit utiliter à morte testatoris, quo tempore nondum annus supervenerat. Et hoc quoque Papin. probavit. Verum, an idem dicemus si post factum testamentum vivo testatore annus supervenerit? Et hoc casu dissentiunt inter se Paulus, & Papinianus, ut est relatum in *§. ex contrario, Instit. de legat.* Paulus hoc loco scribit, *inutile effici legatum, si annus supervenerit vivo testatore*, quia postea moriente testatore dies legati utiliter cedere non potest, quia tempore mortis testatoris pecunia pure debebatur: legatum igitur nullius lucri est, ac proinde inutile. Constitit quidem legatum ab initio testamenti tempore, cum nondum exiisset annus, sed quia in eam causam recidit vivo testatore, à qua incipere non poterat, etiam nihil ex eo legato amplius creditor consequi potest, quam ex obligatione crediti esset consequuturus: ideo inutile videtur. Hæc est sententia Pauli. Contra Papinian. in *d. l. 5. in princip.* scribit etiamsi dies debiti venerit vivo testatore, eodemque debitore, valere legatum, quod semel ab initio testamenti constitit, nec hoc casu regulam illam esse servandam, quæ dictat, *inutilia fieri ea, quæ semel utiliter constituta sunt, si ille casus extiterit, à quo initium capere non poterunt*, quam & aliis plerisque locis vitiari, & perdere suum officium docuimus *lib. 6. ad leg. 85. §. 1. de regu. jur.* Hoc etiam casu, eam censet Papinianus non esse sequendam, quia erubescit facere irritum ultimum judicium defuncti, quod semel ab initio constitit. Et Papiniani etiam sententia obtinuit, ut est proditum in *d. §. ex contrario*, ne quod semel testator recte decrevit, ex casu temere fiat irritum. Itaque pecunia debita hoc etiam casu peti poterit quasi legatum actione ex testamento, sed non subjicitur Falcidiæ, quia revera nihil commodi continet pecuniæ debitæ legatum, cum dies pecuniæ venit vivo testatore, *l. si creditori, in fi. sup. tit. prox.* Eademque ratione, quia nihil commodi in eo legato est, non poterit à creditore, eodemque legatario, si nihil præterea ei legatum sit, fideicommissum relinqui, *l. 3. §. si rem, tit. seq.* ergo hoc casu valet tantum legatum pecuniæ debitæ, ut ea pecunia peti possit, non male actione ex testamento: non etiam valet, ut Falcidiam patiatur, aut ut fideicommisso oneretur. Et hic est finis hujus quæstionis. Quod sequitur in *§. 1.* est facillimum.

AD *§. Si primo.* Quidam Primum, Secundum, Tertium heredes instituit, Primo in primum casum substituit vulgari modo, *si heres non esset, si repudiaret, vel omitteret hereditatem*. Primo substituit Quartum, & in eundem casum, *si Primus heres non esset, à Secundo Titio legavit decem.* Secundo autem æque substituit Quintum vulgari modo in primum casum, & in eumdem casum, à Primo Sejo legavit fundum Tusculanum, & nihil præterea cavit testator, nihil de Tertio, id est, Tertio non substituit, nihil etiam cavit in hunc casum: *si & Primus, & Secundus heredes non essent, si neuter heres esset*. At fac exstitisse casum substitutionis in persona utriusque. Primum omisisse, vel repudiasse hereditatem. Omittit hereditatem, qui eam non adit intra constitutum tempus: repudiat, qui palam edicit se heredem esse nolle, fac igitur Primum omisisse, vel repudiasse hereditatem, & Secundum similiter. Quæritur, an substituti eorum legata à Primo, & Secundo relicta præstare debeant, & cui debeant præstare? Et respondet ab utroque substituto legata deberi, puta substitutum Secundo debere Titio decem, substitutum primo debere Sejo fundum Tusculanum, legata relicta ab institutis videri repetita à substitutis, ut *l. licet Imperator, sup. tit. prox. l. si Titio, §. 1. hoc tit. l. 4. C. ad Trebell.* In hac specie causa dubitandi ex eo pendebat, quod testator non expresserat palam, cui & à quo legatum præstari vellet, si neuter heres esset, & quodammodo alterutrum tantum legatum videbatur voluisse præstari, vel à Secundo omittente Primo, vel à Primo omittente Secundo: sed quia utriusque legati conditio extitit utroque repudiante, vel omittente, verius est ab utroque substituto legatum deberi. Et ita concludit Paulus.

AD *§. Servo alieno ult.* Quod mihi legari non potest, servo meo recte legari potest, exempli gratia. Res mea mihi legatur inutiliter, quia quod meum est, amplius meum fieri non potest. At servo meo res mea legatur utiliter, quia fieri potest, ut die legati cedente liber sit, & perveniat ab legatum, id est, ad rem meam, vel ad æstimationem ejus herede compulso, vel rem meam redimere eique præstare, vel justam

æsti-

æstimationem . Item debitor, quod mihi debet pure, id A mihi inutiliter legat pure vel sub conditione, quia nihil est in legato. At servo meo id inutiliter non legatur, quia fieri potest, ut die legati cedente, id est, mortuo debitore liber fit, qui sane tum, si liber fit, tantum ei heres debitoris debebit jure legati, quantum creditori jure crediti, & utrique tantumdem ab herede debitoris solvendum erit. Atque ita fit, ut quod mihi legatur inutiliter, servo meo non legetur inutiliter. Verum huic sententiæ obstare videtur, quod vulgo dicitur: *Ex persona domini, servum habere jus capiendi ex alieno testamento*. Nam si ex eo testamento dominus capere potest, potest & servus ejus. Et si ex eo testamento dominus capere non potest, nec servus quoque ejus r testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est, *l. non minus, de heredib. instit.* quia omni jure servus pro nullo habetur: Jure civili, prætorio, B ordinario & extraordinario, *l. 1. sup. de jur. delib. l. nulla, ad leg. Cornel. de fals.* servi persona nulla esse intelligitur, homo est naturale nomen, hoc servus habet: persona est civile nomen, hoc per se servus non habet, sed ut Theoph. ait *Inst. initio tit. de stipul. serv.* servus ex persona domini personatur. Ergo persona domini personat servum, & qualis est persona domini, talis & servi esse dicitur: si dominus est incapax, & servus quoque. Quæ regula juris civilis dicitur in *l. 12. §. regula, sup. tit. prox.* Alioqui per servum suum quisque acquireret hereditatem, cujus incapax est, sed quod per se non potest, nec per alium, id est, servum suum acquirere potest. Nihil vero hæc regula superiori sententiæ obstat, neque sententiæ propositæ initio hujus §. Imo ea confirmatur altera regula juris civilis, quæ dictat, *ex persona servi legatum ei relictum vires accipere, & in testa-* C *mentis servi personam inspici, cui legatum, aut fideicommissum, aut hereditas relinquitur*. Dico hanc esse regulam juris, nam & præceptum dicitur hoc loco, quod eam fecerint præceptores juris: præceptores enim juris vocantur jurisconsulti, *l. paterfamil. de privil. cred.* hoc loco dicitur esse definitio Juliani, id est, regula: videtur ergo quodammodo regula una juris confligere cum altera. Et tamen utramque conjungit Papinianus in *l. 5. de servit. leg.* & si utramque nos conjungamus, statim intelligemus eas nihil inter se discrepare, & ex utraque efficiemus, in testamentis tam domini, quam servi personam inspici, sed diverso fine, diversa ratione: domini personam inspici, ut sit cum eo testamenti factio, id est, ut dominus sit capax, alioqui servus ejus non erit capax: servi autem persona inspicitur, ut quod servo legatur sit ejusmodi, ut & id ipse D quandoque liber factus capere possit, alioqui quod liber factus capere non potest, id ei legatur inutiliter. Hæc duo exigimus, ut legatum servo alieno relictum consistat, hoc vel illud, si defuerit, inutile est legatum servo alieno relictum. Et illud in primis exigimus generaliter, ut cum domino sit testamenti factio, ut dominus ex testamento capiendi jus habeat: deinde specialiter, ut quæ res servo legatur, eam ipse liber factus capere possit, & sibi acquirere, non etiam ut & eandem rem dominus acquirere possit. Separo testamenti factionem à re, quæ legatur: testamenti factio est cum servo, ex persona domini: legatum certæ rei aut quantitatis servo relictum, ex persona servi valet, ut & contractus, quem servus habuit, licet ex persona domini consistere non possit, *l. 1. C. si servus ext. se emi mand.* quia satis est, si servus, qui nunc est, dum contrahit, vel E dum ei legatur, quandoque liber factus, idem contrahere, aut jure legati capere possit. Et hoc est quod ait Paul. hoc loco recte Julian. definivisse, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere potest: quæ Juliani regula non pugnat cum regula Catoniana, quæ dictat, *legatum, quod ab initio non valet, ex post facto non convalescere*. Servo enim alieno relictum legatum ab initio valet, etiamsi non possit domino ejus acquiri, quia dies legati utiliter cedere potest, nempe servo manumisso ante mortem testatoris. Sic fit, ut servo recte legetur res domini, quæ domino legaretur inutiliter, & servo recte legetur, quod domino debetur pure, quod domino legaretur inutiliter. Et ait Paulus initio hujus §. quod domino ejus pure debetur. Nam quod domino sub conditione debetur, id etiam ipsi domino pure legaretur utiliter, propter commodum repræsentationis. Et ob id ait, *quod domino ejus pure debetur, quamvis id non potuit legari domino, servo tamen ejus legari potest*. Unde & in fine hujus §. trajecta voce *pure*, suoque loco restituta ita legendum: *non mirum si res domini, & quod ei pure debetur, servo ejus legari possit*, quamvis domino ejus non possent hæc utiliter legari. Eademque ratione servo hereditario, qui servus est sine domino, nam servus hereditarius semper in jure dicitur, servus defuncti, interim dum pendet aditio hereditatis, dum jacet hereditas, qui servus sane est sine domino, *l. 55. §. 1. hoc tit. l. ejus servum, de heredib. instit.* Servo, inquam, hereditario legari potest, etiamsi nullum in vivis dominum habeat, ex cujus persona legatum consistere possit, quia & in legatis, & in institutionibus servi solius persona inspicitur, non domini. Ergo quod dominum non habeat nihil mutat. Idque apparet etiam ex eo, quod vice versa, licet via domino ad fundum ejus legari possit, frustra tamen ea legatur servo, *l. 5. de ser. leg.* quia & libero frustra legaretur via ad fundum alienum. Certissima ergo est Juliani definitio. Eam tamen Marcellus calumniatur, qui sæpe in notis ad Julianum erravit nimio notandi studio. Marcelli enim notam, cujus vestigium exstat in *l. servo alieno, sup. tit. prox.* Paulus hoc loco intelligit, dum ait, *Calumniosa illa adnotatio est*, scilicet Marcelli, quæ est ejusmodi, sive argumentatio contra regulam Juliani: *si servo alieno id tantum legari potest, quod ipse liber factus capere possit, ut Julianus definivit, non poterit igitur servo ita legari: Quandiu servus erit Titii: quia nunquam est futurum, ut & eo libero facto dies legati cedat*. Quod tamen est falsum: nam & servo eo modo recte legatur, *quamdiu serviet Titio, l. servo alieno, l. filiusfam. de cond. & demonst.* Quod si illud falsum est, falsa igitur est regula Juliani. Sic Marcellus argumentatur, & similiter ita poterit quis argumentari, si servo alieno id tantum legatur recte, quod liber factus capere posset. Non poterit ergo ei legari, qui nunquam ad libertatem pervenire potest, ut puta ei, qui testam. domini hanc conditionem accepit, ne unquam manumitteretur, sed perpetuam serviret servitutem, vel ei, qui ea conditione venit, ut perpetuam servitutem serviset, *l. 9. de manum.* Falsum autem est ei inutiliter legari, si cum domino ejus potest capere quod in primis exigitur, si sit testam. factio. Ergo hæc Juliani regula falsa est, id tantum servo alieno posse legari, quod liber factus capere possit, quia hic liber fieri nunquam potest: & tamen relictum ei legatum valet. Verum ex his vitiose colligitur, ex persona servi legatum non valere. Nam & priore casu, quem attulit Marcellus, liber factus legatum capere posset, nisi legato apposita fuisset conditio, *quandiu serviet Titio*. Articulus *quandiu* conditionem facit, *l. 4. de serv. leg.* Posteriore casu, si ad libertatem pervenire posset, si non cohæreret personæ ejus causa perpetuæ servitutis, certe perveniret ad legatum. Hæc ergo argumenta nihil lædunt Juliani definitionem. Est enim in eis captio duplex, captio figuræ dictionis, vel ut Joan. loquitur ex schola dialect. *in leg. 1. de reg. Cat.* est captio secundum quid & qualiter, quoniam à substantia legati fit transitus ad qualitatem legati vel legatarii: ab uno prædicamento fit transitus & occultus saltus ad alterum, hoc modo: *non potest servo legari quod liber factus capere non possit*. Ergo non potest servo legari, addita qualitate & conditione hujusmodi, *quandiu serviet, vel servo, cui adhæreat hæc conditio, ne unquam liber fiat*. Vitiosa ergo collectio est à substantia ad qualitatem. Altera captio est à simpliciter dicto ad non simpliciter dictum. Nam quod in propositione sumitur simpliciter, servo alieno eam tantum rem recte legari, quam liber factus capere potest, id in assumptione adjuncta conditione non simpliciter assumitur. Quæ mutatio fallaciam summam creat, sicut è contrario, quum à non simpliciter dicto quid ducimus ad dictum simpliciter. Denique calumniosa illa argumenta sunt. Recte calumniosa: Nam Arist. σοφίσματα appellare solet, συκοφαντήματα, id est, calumnias.

Ad L. XXVI. de Usu & usufr. leg. *Sempronius Attalus ab here-*

herede suo fundum in Italia Cajo post decennium, deducto usufructu dari jussit: quaero, cum medio hoc decennii spatio heres vita functus sit: an post tempus decennii plenus fundus ad legatarium pertineat. Movet enim me quod dies legati hujus, sive fideicommissi cesserit, ac per hoc & ad heredem legatarii pertinere potuerit: & ideo quasi circa debitum jam legatum, mortuo herede, ususfructus exstinctus sit, nec ad heredem heredis pertinere possit. Respondi: Dies quidem fideicommissi, vel legati cedit statim, cum post tempus certum heres dare rogatur, sive jubetur, sed ususfructus nondum est heredis, nisi cum dominium deducto usufructu praestitit: & ideo capitis deminutione, vel morte perire non potest, quod nondum habuit. Idem evenit si proprietas, deducto usufructu sub conditione legata sit, & pendente conditione, heres decesserit: tunc enim ab heredis herede incipit ususfructus, qui ex persona ejus finietur: sed his casibus de sententia testatoris quaerendum est, qui utique de eo usufructu detrahendo sensit, qui conjunctus esset heredis personae, quo extincto, solidam proprietatem ad legatarium voluit pertinere, nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum habere coepit usumfructum, quam si jam habere coepisset.

Ad §. Si fundus *duobus, alii ususfructus legatus sit: non trientes in usufructu, sed semisses constituuntur. Idemque est ex contrario, si duo sint fructuarii, & alii proprietas legata est. Et inter eos tantum adcrescendi jus est.*

IN hac lege duae sunt quaestiones. Prior pertinet ad hanc speciem: testator ab herede post decennium fundum, deducto & detracto usufructu, Cajo dari jussit verbis directis, aut verbis fideicommissi, id est, verbis precariis, nihil refert. Jubeo, quo verbo utitur Paul. hic, commune verbum est, quod modo imperandi significationem habet, *l. 2. C. commun. de legat.* Atque adeo directum est, id est, imperativum, nam quicunque imperat, verbis directis utitur: modo precandi tantum significationem habet, *l. pen. §. quisquis, de legat. 2. l. Aurelius, §. ult. de lib. leg.* sicut Graecis quoque *κελεύω* Eustathius scribit modo accipi *θετικῶς*, modo *συγκριτικῶς*. Quaeritur autem hoc loco intra decennium herede mortuo, an post decennium plena fundi proprietas, non detracto usufructu, Cajo debeatur ab herede heredis, qui etiam intelligitur esse heres testatoris, *l. ult. C. de hered. instit.* nec minus obligatur legatis à primo herede relictis, quam ipse heres primus, *l. 64. de condit. & demonstrat.* An ergo heres heredis debet praestare Cajo plenam proprietatem fundi, id est, plenum fundum, quasi morte primi heredis extincto usufructu, & reverso ad proprietatem, sicut amicum, & familiare semper est usufructui, ut quoquo modo finitus sit, recurrat ad proprietatem: Graeci ajunt: *φιλεῖ γὰρ ἀεὶ χρῆσις ἐπανατρέχειν πρὸς τὴν δεσποτείαν. Solet enim semper ususfructus ad proprietatem regredi:* quae res proprio nomine consolidatio dicitur, Theoph. *ἑνοῦται*, quia quae nuda erat proprietas, vel ut idem Theophi. loqui solet, quae nuda erat proprietaria, id est, proprietas eo pacto fit plena & solida, ut infra Paulus ait, *solidam proprietatem*. Et inde consolidationis nomen solidae opponitur. Sola, id est, nuda, *l. qui usumfructum, §. 1. de usufr.* Denique recurrente usufructu ad proprietatem, dominium fit plenum, fundus plenus, qui ante erat solus, id est, nudus: nam in jure fundi nomine plena proprietas significatur, *§. ult. hujus l. 19. hoc tit. l. si tibi, de usuf. adcresc. l. 26. 76. §. dominus, de legat. 2. l. eum, qui, §. si à te, de verb. obligat.* An ergo mortuo primo herede ususfructus recurrit ad proprietatem, atque ideo an pertinet ad Cajum, cui legata nuda proprietas est, non ad heredem heredis? Et tentari potest usumfructum ad legatarium pertinere, id est, plenam proprietatem. Quia legatum ei relictum fuit in diem certum, puta post decennium. Ergo dies ejus cessit statim ex mortis testatoris tempore, ut puri legati: puri legati, & in diem certum relicti dies statim cedit à morte testatoris, *l. 5. quand. dies leg. ced.* Etiam ante aditam hereditatem, *l. heredis, hoc tit.* & antequam legatarius cognoverit, sibi relictum legatum esse, *l. ult. C. eod. tit.* Cessionis autem duo sunt effectus, unus ut deberi incipiat legatum, licet ante diem peti non possit. Non omne quod debetur, peti statim potest, *l. 9. ut legat. nom. cav. l. quoties, de oper. lib. l. 8. §. ult. rem rat. hab.* Alter hic est, ut ante diem mortuo legatario ad heredem ejus transmittatur legatum: qui duo effectus cessionis notantur in hac lege. Et ab hoc posteriori effectu Theophilus noster *cessionem* definivit, esse legati nondum percepti ad heredem transmissionem. Quod vero illa ratione tentari posse dixi in specie proposita, plenum fundum ad legatarium pertinere, id primum Paulus improbat, quia etsi verum sit ejus legati, vel fideicommissi diem cessisse statim ex mortis testatoris tempore, tamen verum non est, morte heredis primi amissum usumfructum fuisse, qui nunquam fuit heredis: neque videtur quisquam amittere id, quod nunquam ejus fuit, *l. non videtur, de reg. jur.* non fuit autem ususfructus fundi heredis, quia ante diem adscriptum legato, heres

B fundi plenus dominus fuit, non usufructuarius: dominus in re sua usumfructum non habet, quia ususfructus est servitus, & nemini res sua servit, *l. 5. si ususfr. pet.* Ergo morte heredis primi non fuit amissus ususfructus, quia necdum adquisitus, aut constitutus erat in persona ejus, ideoque nec ad legatarium recurrit, qui nullus est ususfructus, sed post decennium competente petitione legati incipit ususfructus, & deducitur ab herede heredis, nuda autem proprietas legatario praestatur. Et addit Paulus, idem esse dicendum, si non in diem certum, ut in superiori specie, sed sub conditione fundus Cajo legatus sit deducto usufructu. Et sane idem dicendum est multo magis. Nam hujus legati conditionalis dies non cedit statim à morte testatoris, sed tum demum, quum conditio extiterit. Ergo & multo magis dicendum est, mortuo herede pendente conditione legati, & postea exi-

C stente conditione usumfructum incipere ab herede heredis, & in ejus persona finiri morte, vel capitis deminutione, non in persona primi heredis, qui nunquam usumfructum habuit. Et haec quidem vera sunt, si subtilitatem nimiam juris spectas, non si latitudinem voluntatis testatoris: secundum quam defendi potest, verius esse, quod & initio tentavimus, ut & tandem ipse Paulus concludit, plenum scilicet fundum post decennium, vel post conditionem impletam legatario deberi. Quod confirmat Paulus his verbis, *sed illis casibus*, id est, sive in diem certum, sive in conditionem legatum: aut fideicommissum fundi relictum sit deducto usufructu, de sententia testatoris quaerendum esse. Id est subtilitates illas juris, quas ante exposuimus, acumina illa, vel apices juris, & syllogismos esse omittendos, & potiorem esse sententiam testatoris. Et ut ait *l. ex facto, de hered. instit.* totum facere

D re voluntatem testatoris, nam quid senserit spectandum est. Et in specie proposita mens animi testatoris haec semper fuisse praesumitur, sic Africanus declarat in *d. l. qui usumfruct. §. 1.* ut deductus ususfructus consisteret tantum in persona heredis primi, non in persona secundi, qui testatori incertus erat, & incognitus, *l. friendum, de verb. signif.* Et ideo eo usufructu exstincto, id est, ejus habendi spe erepta primo heredi mortuo intra decennium, ejus deductione secundus heres post decennium uti non potest, quia deductionem testator voluit permittere primo heredi tantum, non secundo, de quo nihil cogitavit. Ergo ex voluntate testatoris sequitur plenum fundum post decennium legatario esse praestandum, non ex jure, id est, juris subtilitate, sed ex voluntate testatoris. Atque ita fit, ut quemadmodum is, qui usumfructum habet in fundo alieno, eum non transmit-

E tit ad heredem suum, quia personae ejus cohaeret, & cum eo extinguitur, vel interit: ita etiam is, qui nondum usumfructum habere coepit, sed ejus tantum habendi, & deducendi spem habuit, & facultatem post decennium, si interim moriatur, eam spem, vel facultatem non transmittat ad heredem suum. Et haec de priore quaestione.

AD §. *Si fundus duobus*. Sequitur alia quaestio: supra jam diximus, fundi appellatione plenam proprietatem, plenum dominium significari: ex eo sequitur, fundo conjunctim duobus legato, & tertio usufructu fundi legato, etiam duobus illis conjunctim ususfructus portionem deberi, hoc est certissimum. Sed quaeritur, quae portio ususfructus eis debeatur, quam immisceant proprietati, & quemadmodum inter

eos,

eos, & tertium ususfructus dividi debeat, utrum in capita, in partes viriles, id est, in trientes, an in semisses? Et ait, verius esse, ut semisses in usufructu constituantur, puta ut tertius semissem ferat, cui legatus ususfructus est: duo autem, quibus suodus conjunctim legatus est, alterum semissem ferant, quia propter conjunctionem verborum quasi in unum corpus redacti videantur, pro uno habentur, qui sunt duo, *l. plane, in princ. de leg.* 1. *l. un. §. his ita, C. de cad. toll.* quæ conjunctio etiam efficit, ut inter eos tantum sit jus adcrescendi. Eademque ratio servatur ex contrario, si conjunctim duobus legatus sit ususfructus & separatim tertio ususfructus: nam & hi duo conjuncti semissem ususfructus ferent, alterum semissem tertius. Præterea inter eos duos, qui re, & verbis conjuncti sunt, versabitur jus adcrescendi, quia conjoncti unius personæ potestate funguntur. Et idem omnino dicit Africanus in *l. si proprietas, de usufr. adcresc.* quam miror Accursium non annotare in specie *legis si tibi, eod. tit.* recte ait Accursius fieri trientes, & inter omnes versari jus adcrescendi, quia tribus conjunctim legatus ususfructua erat. In specie autem hoc loco proposita fieri semisses, & ioter eos tantum, qui in unum semissem conjunguntur, versari jus adcrescendi, id est, uno ex iis deficiente, adcrescere tantum alteri portionem deficientis, qui re, & verbis conjunctus est, non etiam tertio, qui re tantum conjunctus est. Conjunctum re, & verbis præferri conjuncto re tantum, *l. re conjuncti, de legat.* 3. Cæterum deficiente utroque conjuncto, puta utroque repudiante legatum, tum semissem adcrescere conjuncto re tantum.

Ad L. VII. de Opt. leg. *Imo etsi quosdam servos distraxit, quosdam retinuit, non est audiendus legatarius, si velit optare ex retentis ab herede, cum disposuerit familiam heres.*

HÆc lex pendet ex eo, quod de servorum optione, sive electione legata Pomponius tradit in *l. prox. sup.* Electio servorum, vel legatur adjecto certo numero servorum, puta, ut eligat quatuor, aut quinque, quos volet legatarius, aut non adjecto ullo certo numero. Item legatur, vel adjecto certo tempore: iotra quod legatarius eligat, vel non adjecto: si non sit adjectus certus numerus, legatarius tres taotum eligere potest, *l. 1. sup. hoc tit.* Hujus definitionis ratio proficiscitur ex frugalitate veterum, qui contenti erant tribus servis, qui paucitate, non multitudine servorum delectabantur, ut in *l. si legatario, §. 2. de fideic. libert.* Proponitue testator tres taotum servos habuisse. Marcus Cato superior tribus servis comitatus Consul. Hispaniam rexit, auctore Valer. Max. & Apulejo in Apologia pro se ipso. Jul. Cæsar io Britanniæ expeditione duxit tres tantum servos auctore Athenæo in *cap. ult. lib. 6.* Platoni quoque tres servos tantum fuisse auctor est Seneca *lib. de consolat.* ad Albinum. Et inde sumenda est ratio ejus, quod dicitur in *l. 1. hoc tit.* ex rescripto divi Pii, eum, cui servorum electio legata est non adjecto numero, tres tantum eligere posse: legatum ergo non est inutile. Et tamen si nummi legentur, nullo adjecto numero, inutile legatum est, *l. ita stipulatus, de verb. oblig.* quia ad minimum redigi potest, & nulla concurrit hic frugalitatis ratio, quæ numerum finiat. Si autem adjectum non sit tempus certum, intra quod servos legatarius eligeret, Pomponius in *l. prox. sup.* docet, prætorem tempus certum decernere debere causa cognita, intra quod legatarius eligat, & nisi intra præfinitum tempus elegerit, legati petitionem ei denegatum iri. Et hoc ita decernit prætor, ne quo minus ab herede fiat venditio, pignoratio, vel manumissio servorum impediatur, neve facta post tempus illud quandocunque eligente legatario interpelletur, & rescindatur infinita licentia eligendi quandocunque brevitate temporis, aut certo temporis spatio à prætore constringitur, & coercetu. Denique decretum prætoris facit, ne legatarius in infinitum eligere, & quem elegerit vindicare possit: ne mora fiat heredi cupienti servis hereditariis uti, & eos, vel vendere, vel donare libertate, vel pignori dare. Et ita si testamento non sit adjectum certum tempus, iotra quod heres scriptus adeat hereditatem, id prætor decernere, & definire solet, ne mora longior fiat creditoribus hereditarus, *l. si quis instituatur, §. 1. & seq. de hered. inst.* Item si tibi electio servi, mihi reliqui servi legati sint, decernere prætor solet, nisi tu iotra certum tempus optaveris, legati actionem tibi non dari, *l. seq. hoc tit.* Inde quæritur, quid sit dicendum, si elapso die præfinito, & præstituto decreto prætoris ad eligendum, adhuc res sit integra, id est, si nullos servos heres vendiderit, vel pignoraverit, vel manumiserit, an adhuc liberum, & integrum sit legatario eligere? Et ita Pomponio videtur in *l. prox. sup.* quia hoc casu decreti prætoris ratio cessat, quæ in eo consistit, ne damnum subeat heres: puta, ne emptori teneatur de evictione, electo servo vendito, & vindicato, ne emptori teneatur actione ex empto, ne creditori actione pignoratitia, ne legatario actione ex testamento electo servo manumisso. Quod damnum saoe nullum subiturus est, si res omnis sit in integro, si nihil contaminaverit, vel deintegraverit heres. Contaminata Cicero opponit integris, & ait, decreti non sermonem tantum, sed & sententiæ causam, rationem & finem inspici oportere. At si res non sit integra, ut puta si heres post præfinitum tempus à prætore omnes servos hereditarios, vel aliquos ex iis distraxerit, pignoraverit, vel manumiserit, legatario prorsum excluso, tuenda, non interpellanda venditio est, vel pignoratio, vel datio libertatis, nec casu aliquo servis postea reversis in dominium ac potestatem heredis, actio legatorum semel amissa restituenda est, *l. qui res, §. aream, de solut.* Notandum hoc loco, quod hic Pomponius ait, rem non esse integram, non tantum si omnes, sed etsi aliquos ex servis heres manumiserit, aut vendiderit, aut pignoraverit. Quod ita apertius Paulus definit in *h. l. 7.* ut nec ex servis, quos retinuit heres post diem decreto præfinitum legatarius eligere possit, quia jam heres disposuit familiam suam: familia proprie dicitur de servis, de famulitio, alios alienando, pignorando, alios retinendo, quasi exstincta electione legatario data. Ergo res oon est iotegra.

Ad L. XI. de Alim. vel cibar. leg. *Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia principis restitutus est: respondi, eum & præcedentium annorum recte cepisse alimenta, & sequentium deberi ei.*

EX hac lege intelligitur damnatum in metallum, qui aliorum legatorum incapax est, quia servus est pœnæ, non fisci, aut ullius certi hominis, sed pœnæ, & cruciatus, & ideo dominum non habet, ex cujus persona cum eo testamenti factio sit, legatum tamen alimentorum vestiarii, calcearii, habitationis capere posse, quod *l. 3. de his, quæ pro non scrip. hab.* ostendit illo loco, *extra causam alimentorum,* quod scilicet legatur damnato in metallum pro non scripto esse extra causam legatorum. Et ideo, ut in hac lege proponitur, sic eoim explicanda est, non secundum summarium Bart. damnato in metallum alimentis legatis, dum metalli pœna fungitur, recte percipit alimenta. Quod significatur his verbis, *præcedentium annorum,* quibus scilicet metallo servivit, *recte cepisse alimenta:* sed etsi restituatur indulgentia principis, ut præcedentium annorum, quibus pœna functus est, alimenta cepit recte, ita sequentium annorum restitutione in integrum alimenta ei jure deberi. Hoc enim humanitatis, & misericordiæ ratio extorsit: ne & summa pœna affecti, priventur quotidianis alimentis. Quæ etiam ratio efficit, ut servis nostris, quibus alias legamus inutiliter sine libertate, recte tamen alimenta relinquamus etiam sine libertate, utque ea heres extra ordinem, quia servus homo judicio ordinario experiri non potest, ut, inquam, ea heres extra ordinem interventu prætoris, aut proconsulis servis præstare compellatur, *l. servos, inf. hoc tit.* Simmach. in epist. ad Theodosium, *Servis,* inquit, *testamentorum commoda justa non negamus:* commoda, id est, alimenta. Eademque ratio efficit multo magis, ut deportatis, etsi cum eis non sit testamenti factio, quia sunt peregrini, non cives, & liberi tamen sunt, etsi, inquam, cum eis non sit testamenti factio, *l. 1. C. de hered. instit. l. 7. & 36. C. de hæretic.* iis tameo æque alimenta legen-

legentur recte, *l. 16. de interd. & releg.* quæ una est ex iis, A quasi illi titulo, qui mutilus erat, ex Basilicis restituimus. Deportatis ergo recte legantur alimenta ex rescripto Antonini. Cui tamen obstare videtur *lex 3. hoc tit.* quæ ait, *ei, qui in civitate esse desiit*, cujusmodi est deportatus, alimenta legata non deberi, alimentorumque legatum non finiri tantum morte legatarii, sed & deportatione in insulam. Sed hoc ita procedit, si cum civis esset, legatum acceperit, quia legato tacita conditio inest, quandiu in eadem causa manserit, argumento *l. cum quis, de solut.* Cui tamen sententiæ rursus obloqui videtur *l. pen. sup. de cap. min.* quum sit, legatum in annos, aut menses singulos relictum, & habitationis legatum capitis deminutione interveniente perseverare, morte finiri naturali, morte civili, id est, capitis deminutione non finiri: sæpe in annos, aut menses singulos legatum relinquitur certæ quantitatis alimento- B rum causa, *l. quidam, de pact. dotal.* Et habitatio pars alimentorum est, *l. 6. & ult. hoc tit.* Sed ut respondeam, quod dicitur in *d. l. pen.* pertinet tantum ad minimam capitis deminutionem, veluti emancipationem, vel adrogationem: ut & duæ superiores leges ad eam tantum minimam capitis deminutionem spectare, & pertinere videntur. Idque ratio *l. pen.* demonstrat. Non pertinet ergo, & *lex pen.* ad eam capitis deminutionem, de qua tractamus, puta ad maximam, veluti damnationem in metallum, quæ plectit civitate, & libertate: non pertinet etiam ad mediam, veluti deportationem, quæ plectit civitate tantum, & damnatum redigit ad peregrinitatem: non pertinet, inquam, ad maximam, vel mediam capitis deminutionem, nisi aliud suadeat sententia testatoris. Ratio autem ejus legis, cur capitis deminutione minima interveniente perseveret legatum C habitationis, vel legatum annuum, aut menstruum, hæc est, quia talis legata magis in facto, quam in jure consistunt, id est, in eis versatur factum, ut corporalis detentio, vel incubatio domus comparatæ ad habitandum, vel alimentorum perceptio, & absumptio potius, quam jus. Et quæ facti sunt, jure civili infirmari non possunt, ut emancipatione, arrogatione, *l. 1. §. si vir, de adquir. poss.* neque vero quod de habitatione dicitur in *d. l. pen.* aptari ullo modo potest ad capitis deminutionem maximam, vel mediam, quia qui hanc, vel illam passi sunt, non possunt in ea civitate morari, unde ejecti sunt, ubi domus est, cujus habitatio eis legata est. At fateor jam passo maximam, aut mediam capitis deminutionem, necdum pœna absoluto, recte alimenta legari ex supradicto rescripto Antonini, *d. l. 16.* Humanitatis ratio exigit, ne & damnatis capitali pœna D quotidiana alimenta invideamus.

Ad L.XXV. de Lib. leg. *Legavi Titio quod mihi debetur, vel adjecta certa quantitate sive specie, vel non adjecta: aut ex contrario, æque cum distinctione, veluti*, Titio, quod ei debeo, *vel ita*, Titio centum, quæ ei debeo: *quæro, an per omnia requirendum putes, an debitum sit? & plenius rogo, quæ ad hæc spectant, attingas: quotidiana enim sunt. Respondi: si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit: nihil interest, heredem suum jussit, ut eum liberaret: an probibeat eum exigere: utroque enim modo liberandus est debitor, & utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio. Quod si etiam centum aureorum, vel fundi debiti mentionem fecit: si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est. quod si nihil debeat: poterit dici, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam pe-* E *ti, quod comprebensum est, posse: sed poterit boc dici: si ita legavit*: centum aureos, quos mihi debet: vel, Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere. *Quod si sic dixit*: heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare: *etiam illud tentari poterit, ut petere possit, quasi falsa demonstratione adjecta, quod mihi nequaquam placet: cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. Contra autem, si debitor creditori leget, nullam utilitatem video, si sine quantitate leget. Sed & si id demonstret, quod debere se confitetur: nulla utilitas est, nisi in bis speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. Quod si centum aureos: quos se debere dixit, legavit: si quidem debet, inutile est* A *legatum, quod si non fuit debitor, placuit utile esse legatum: certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa. Idque & divus Pius rescripsit, certa pecunia dotis acceptæ nomine legata.*

IN hac l. proponitur species hujusmodi. Creditor debitori legavit, quod sibi ab eo debetur: vel adjecta certa quantitate seu specie, quæ debetur hoc modo, *Titio centum aureos, quos mihi debet: vel Titio Stichum, aut fundum, quem mihi debet*: vel non adjecta quantitate sive specie certa simpliciter, hoc modo: *Titio, quod mihi debet, do, lego*: Vel contra, finge debitorem, quod debet creditori legasse, vel adjecta quantitate, sive specie certa, vel non adjecta. Quæritur, an legatum valeat, etiamsi nihil testatori debeatur, nihilve testator debeat, & an omnino re- B quiratur, ut debitum sit, ut debiti causa subsit? Et consultor rogat Paulum, ut plenius, quæ ad hæc spectant, attingat, & exsequatur, quod quotidiana, inquit, sunt. Unde nostri DD. notant iis maxime quæstionibus esse operam impendendam, quæ quotidianæ sunt: qua de causa Cajus libros rerum quotidianarum scripsit VII. sive aureorum, ut & alibi semper, & scribit hoc loco. Aurea sunt, quæ cottidiana sunt, cum ipse Paulus, tum etiam alii auctores cotidianum per c. & o. non per q. quia cotidie non à quoto die dicitur, sed à continenti die, ut Papinianus ait. Et quia consultor plenius sit rogo te, ut quæ ad hæc spectarent, attingas. Hinc aliqua ex parte dignosci potest, quid distent quæstiones à responsis, libri quæstionum à libris responsorum ejusdem auctoris, cum in libris quæstionum responsa contineantur. Et sane responsa sunt ad quæstio- C nes propositas oracula quædam admodum brevia, & concisa: quæstiones desiderant pleniora responsa, ut hoc loco ait, *plenius attingas*, quæ omni ex parte rem, de qua agitur, pertractent: vel etiam quæstiones sunt deliberationes agitatæ diligentius in consiliis, & auditoriis judicum adhibitis JC. in *l. Titius, & l. seq. de act. emp.* in *l. lecta, de reb. cred. l. Claudius, qui pot. in pign. hab.* Ad quæstionem propositam Paulus rescribit primum de creditore, qui quod sibi debetur, legavit debitori, qui certe debitum ei remittere voluit. Et nihil refert, heredem suum jusserit debitorem liberare, an prohibuerit debitorem exigere, quoniam utroque casu debitori ultro competit actio ex testamento, ut ab herede liberetur per acceptilationem: ultro, id est, etiam si non conveniatur ab herede: Nam convento certe exemplo actionis, datur exceptio doli D mali, quia contra voluntatem testatoris convenitur, *l. apud, §. præterea, de doli mal. & met. except. l. 1. §. si debitori, ut in possess. legat. l. 3. §. nunc de effectu, h. t. l. si creditoris, C. de fid.* Nihil etiam interest, adjecta necne fuerit legato, quæ debetur quantitas, vel species certa. Et hoc, si legatarius debitor fuisse probetur. Quod si legatarius debitor non sit, adjecta certa quantitate poterit dici, inquit, quasi falsa demonstratione adjecta etiam petere legatarium posse illam quantitatem certam, quia falsa demonstratio, ut superflua, non vitiat legatum. Poterit hoc dici, ut ait hoc loco, & infra, poterit tentari, sed falso. Primum enim si ita testator dixerit 100. aureos, quos mihi Titius debet, vel Stichum, quem mihi Titius debet, *heres meus damnas esto non petere*, vere dici non poterit Titio deberi centum, vel Stichum, quia non centum, vel Sti- E chum heres dare, sed non petere damnatus est. Itaque hoc loco deest negatio, id est, ita legendum est: *sed non poterit hoc dici, si ita legavit* 100. *aureos, &c.* Nam etsi heredem damnaverit, non ut ne peteret à Titio, sed ut Titio daret centum, vel Stichum, si heredem damnaverit Titio dare centum aureos, quos sibi Titius debet, vel Stichum, quem debet, & nihil Titius debeat, verius est nihil deberi Titio, quia testator verbum dandi retulisse videtur ad debitum, & dare accepisse pro condonare, & remittere, *l. ult. hoc tit.* Heres meus damnas esto Titio dare centum aureos, quos mihi debet, id est, condonare, remittere, acceptos facere. Inutile igitur legatum est, quoquomodo quis quasi creditor non debitori id, quod sibi deberet, legavit, *l. 14. sup. hoc tit.* Hæc de creditore, aut quasi cre-

ditore,

ditore, qui debitori, aut ut debitori legavit, quod sibi debetur. Nunc dicamus de debitore, aut velut debitore, qui creditori legavit quod debet, & ut sive expresserit certam debiti quantitatem, certumve corpus, sive non expresserit, statim præcidit Paulus, inutile esse legatum, quod jam ante dixerat in *l. debitor*, *de leg.* 2. inutile esse legatum, nisi, inquit, in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. In his enim speciebus utile legatum est, quia in legato amplius est, quam in debito. Species vero hæ sunt, si debitor creditori leget pure, quod debet in diem, vel sub conditione, quia legato inest emolumentum repræsentationis, *l.* 15. *hoc tit.* si debitor creditori pure leget id, cujus præstationem loci, vel modi adjectio remorabatur, *l.* 29. *de legat.* 1. aut differebat, qua specie legati, ea dilatio remitti videtur, & festinatione, aut prorogatione ampliari debitum. Item si debitor, qui agente creditore se tueri potest exceptione perpetua, id, quod debet creditori legaverit, quia remisisse eam exceptionem videtur, *l.* 14. *hoc tit. l.* 28. *de leg.* 1. si quod prætorio, non civili jure debet, legaverit, quia civili actione, qualis est actio ex testamento, ampliatur quod prætoria tantum actione peti poterat, *d. l.* 28. Et utique pinguior est civilis, quam prætoria actio, nimirum, quia civilis perpetua est, prætoria plerumque annua, quia prætoris imperium erat annum. Item si creditoris intersit ex testamento potius debitum petere, quod id consequi non possit ex pristina obligatione, antequam de suo aliquid erogaverit, quæ erogatio remittitur debito prælegato, ut in specie *l.* 12. *sup. hoc tit.* Postremo si debitor, quod debet ex stipulatu legaverit creditori per vindicationem, quia actione in rem debitum ampliatur, ex quo tantum competebat actio in personam: & melius est, quod debetur vindicare posse, quam petere tantum à debitore posse, *d. l.* 28. Hæ sunt species, in quibus emolumentum debiti ampliatur per legatum, & idcirco utile est legatum. Eis speciebus detractis, quoties debitor creditori suo legat, inutile est legatum: debitor, inquam, verus: nam si non debitor, quasi debitor legaverit simpliciter quod debet, inane quidem est legatum: Sed si non debitor, quasi debitor legaverit certam summam, vel speciem quasi debitam, *ut lego Titio centum, quæ ei debeo*: vel *Stichum, quem ei debeo*, certe utile est legatum, etiam si falsum sit eam summam, vel speciem L. Titio deberi. Et hoc casu locus est regulæ juris vulgo jactatæ, *falsam demonstrationem non perimere legatum*. Unde & si vir uxori ita legavit, *centum, quæ mihi doti dedit*, utile est legatum, licet eam quantitatem uxor doti non dederit. Et ita Divus Pius rescripsit, ut Paul. refert in extremo hujus legis: & in eadem specie idem rescripsisse Severum, & Antoninum relatum est in *§. sed si uxori*, *Inst. de legat.* Altera quæstio est in *leg. seq*

Ad L. XXX. eod. *Petitor, vel possessor damnavit heredem suum, ne centumvirale judicium exerceat. De effectu legati quæritur, & dictum, ita demum utile videri legatum esse, si malam causam adversarius testatoris habuit, ut litigante herede vinci debuerit: tunc enim non tantum litis emolumentum, sed etiam sumptus heres legatario præstare cogitur: nam in bona causa nihil videtur esse in legato, nec propter sumptus: quod quidam existimaverunt.*

QUI egerat centumvirali judicio, id est, petitione hereditatis: vel possessor, cum quo actum erat eodem judicio, damnavit heredem suum, ne illud exerceret, sed ab eo desisteret. Exercere judicium, est commune actoris, & rei. Uterque id exercet, dum id persequitur, quod jam inchoavit, quæ & exercitio litis, sive exercitatio dicitur, *l.* 1. *de off. ejus, cui mand. est jurisd.* Quæritur, *an valeat tale legatum, ne heres actoris, vel ne heres rei, testamentum scilicet faciente actore, vel reo institutum judicium centumvirale exerceret de hereditate?* Et distinguit Paulus: aut malam causam adversarius testatoris habuit, ut litigante herede vinci debuerit, aut bonam, ut litigante herede vincere debuerit. Priore casu utile est legatum, eoque continetur, ne quasi victus heres ei cedat lite, sive re, qua de agitur, & præterea refundat ei omnes sumptus litis, ut more judiciorum receptum est, ut victus victori reddat omnes sumptus litis, aut si eos perperam victo remittat, judex ipse, qui nonnisi ex justissima causa, & nominatim quidem debet victo sumptus remittere, *Nov.* 82. *l.* 1. *§.* 1. *de vacat. muner. l. properandum, C. de judic. l. eum, quem temere*, de *judic. l. qui solidum*, *§. etiam, de leg.* 2. *l.* 3. *C. Theodos. de fruct. & sumpt.* Cassiod. 9. variarum, aut rex Gothorum apud Cassiod. eo in libro, *litium expensas*, inquit, *judicio superatus exsolvat, quo huic dantur fomenta detestabilis jurgii, cum improbi vincantur illæsi*. In Gallia, primum vincebatur quisquis illæsus, nec victori reddebat impensas, & inde forte, quod poeta objicit, Gallia facta est nutricula litium, nutricula Causidicorum. Quod ostenditur in eo libro, quem jamdum Consiliarius quidam Parisiensis edidit, & inscribitur *Summa ruralis*, optimus liber. Deinde obtinuit, ut victus redderet tantum sumptus factos in causa appellationis. Et ad extremum secundum jus civile populi Romani, & in omni lite. Et hæc de priori casu proposito in hac lege, quum adversarius testatoris malam causam habet, quo sane constat valere legatum. Posteriore autem casu, quo bonam causam habet, nulla est utilitas legati, nec propter sumptus litis, ut nec quum debitor creditori legat, quia eos heres judicio superatus sine dubio adversario testatoris debet. Porro, de emptore, quod hic attingit Accursius breviter omne ita se habet: Aut est emptor hereditatis, id est, juris, aut emptor certi corporis, emptor hereditatis, cui mota lis est de hereditate, sive obtinuerit litem, sive non, sumptus litis non repetit à venditore, *l.* 1. *C. de evict.* quia nec venditor ei tenetur de evictione. Vendidit enim ei jus quale quale: emptor autem corporis, cui facta est controversia de proprietate, si non obtinuerit litem, sumptus repetit à venditore, ad quem etiam regressum habet totius rei evictionis nomine, *l.* 17. *C. de evict. l. fidejussor, de doli except.* Si emptor litem obtinuerit, sumptus non repetit à venditore, sed ab adversario, quem vicit, juxta supradictam regulam, *ut victus victori, &c.* Nisi & venditor ipse caverit, se omnimodo sumptus agniturum.

Ad L. CXXVIII de Verb. oblig. *Si duo rei stipulandi ita exstitissent, ut alter utiliter, alter inutiliter stipularetur: ei, qui non habet promissorem obligatum, non recte solvitur: quia non alterius nomine ei solvitur, sed suæ obligationis, quæ nulla est. Eadem ratione, qui Stichum, aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiam si desierit ejus esse, non recte solvitur: quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.*

CErtum est, obligationem, quæ ex stipulatione nascitur, in ejus tantum persona consistere posse, id est, ei tantum adquiri posse, qui stipulatur sibi dari, vel fieri, non si sibi, & alteri stipuletur, vel alteri tantum, quia ex stipulatione facta alteri nulla nascitur obligatio, nulla quæritur obligatio stipulatori, vel alteri absenti: solutio etiam in alterius persona consistere potest: ut si stipuler *mihi, aut Titio*, obligatio in mea persona consistit, solutio in persona Titii, qui appellatur adjectu solutionis gratia. Ego sum creditor: Titius non est creditor, sed adjectus tantum solutionis gratia, nam etiam me invito, Titio promissor solvit recte meo nomine, antequam ego petierim, quia semel stipulatione comprehensam conditionem, ego qui stipulatus sum, mutare non possum. Et hoc casu quodammodo stipulatio obligat ultro citroque, quæ alias est *μονόπλευρον*, id est, ex uno latere tantum, quæ alias obligat tantum ex una parte, nimirum ex parte promissoris, non stipulatoris. Denique si stipuler *mihi, aut Titio*, mihi soli debetur, Titio autem solvi potest, ego solus petere possum quod in stipulationem deductum est: Titius id non potest petere, sed solutum recte accipere potest, & quod accepit, mihi reddere debet mandati judicio: contra, si stipuler non mihi, aut Titio, ut posui, sed *Titio, aut mihi*, tota stipulatio est inutilis, quia Titii persona, quæ primo loco posita est, videtur applicata obligationi, non solutio-

Digitized by Google

tioni, & hoc probatur omnino *l. Cajus, sol. matrim.* & ibi rationem uberiore tractatu factam satis exposui lib. 6. *supr.* Quod si stipuler *mihi, & Titio decem dari*, quia & hoc modo Titii persona obligationi applicatur, non solutioni, pro parte mea utilis stipulatio est, pro parte Titii inutilis, *l. si mihi, & Titio, l. eum, qui ita, in princip. hoc tit.* Denique cum stipulatione persona alterius comprehenditur, vel comprehenditus obligationis, non solusionis gratia, in ejus persona concepta stipulatio nullius momenti est, adeo ut nec pro adjecto solutionis gratia haberi possit, nec ergo ei debeti, aut solvi recte, in cujus persona non consistit obligatio, nec solutio, *l.126. §.Chrysogonus, hoc tit.* illo loco, *ut nec ad solutionem proficiat adjectio absentis, cui principalis obligatio quærebatur, &c.* id est, cui principaliter, ut obligatio quæreretus, agebatur, sed frustra, & inutiliter. Idem probat hæc lex 128. Cujus species hæc est: duo sunt ejusdem servi stipulatores, Cajus, & Sejus, qui eum servum sibi dari separatim eodem tempore stipulantur, & Cajus utiliter quidem sibi Stichum illum dari stipulatus, Sejus inutiliter, quia jam Stichi dominus est, *l. si id, tit. seq.* Sic fit ut Cajus, & Sejus non constituantur eo modo duo rei stipulandi, quia in utriusque persona obligatio non consistit, puta Seji, quia Stichus ejus est, neque ei solvitur recte, neque ut seo principali, quia in ejus persona obligatio non consistis, neque ut adjecto solutiunis gratia, quia id non est actum, us esset adjectus, sed us ei quæreretur obligatio, & jus stipulationis, quod tamen inutiliter actum est. Sejus ergo, neque est, quod agebatur, ut esset, id est, seus principalis: neque est, quod non agebatur, ut esset, id est, non est adjectus solutionis gratia. Et ita filio impuberi heredi instituto substitutus in secundum casum ultra pubertatem, puta, *si filius moreretur intra 25. annum*, filio mortuo pubere: neque venit us substitutus, quia jure non potest: neque venit ut adjectus coheres, quia pater noluit eum filii coheredem esse, quæ est sententia *l. verbis, de vulg. & pupil.* Quod vero diximus de personis, *ut in quibus non consistit obligatio, non consistat etiam solutio*, idem addit Paulus servari in rebus deductis in stipulationem. Nam si ego stipuler mihi dati *Stichum, aut Pamphilum*, & Pamphilus meus sit, in Sticho tantum consistit obligatio: in Pamphilo, neque consistit obligatio, neque solutio; etiamsi postea Pamphilus desierit esse meus, quia & in stipulationibus regula Catoniana locum habet, id est, quæ ab initio inutilis fuit stipulatio Pamphili, quod meus esset, etiam ex post facto alienato Pamphilo non convalescit, *§. 1. Instit. de inut. stipul.* quem locum hæc lex valde confirmat.

Ad L. XII. de Stip. serv. *Nam cum uterque obligationis capax sit: non invenimus, quis adjectus sit, quia non est, qui petere possit.*

Superiori vero legi conjungenda est lex hæc 12. *de stipul. serv.* in qua etiam ostenditur, *in quibus*, vel *in quo obligatio non consistis, nec consistere solutionem*. Finge, servus communis Primi, & Secundi stipulatus est primo, aut Secundo dari sub disjunctione. Inutilis est stipulatio, quia incertum est in cujus persona consistat stipulatio. Incertum utri quæratur actio ex stipulatu, Primo, an Secundo, *l. 1. §.pen. l.9. §.ult. l.10. 11. & 21. hoc tit.* Uterque dominus, est capax obligationis, ut Paulus ait in hac l. 12. & ideo neutri adquiritur obligatio, quia utrique adquiri non potest: & cui potius adquiratur, non apparet, cum par sit utriusque domini causa. Qua ratione etiam non apparet, quis eorum sit adjectus solutionis gratia. Denique non apparet quis petere, aut quis solutum accipere possit, & omnioo quoties illud non appaset, nec hoc apparere potest. Et ut dicitur in *l.13. hoc t.* τὸ ἰσάζον sic est scriptum, corsumpit stipulationem, & solutionem τὸ ἰσάζον, id est, par causa dominorum: quod verbum Jurisconsulti mutuantur à Rhetoribus, de quo vide Hermogeoem lib. 1. περὶ τῶν στάσεων, facientem aliud τὸ ἰσάζον, τῶν πραγμάτων, & τὸ ἰσάζον τῶν προσώπων, quia quidquid dixerit Primus sibi asserendo obligationis, vel solutionis gratia, idem & Secundus dicturus est. Itaque sibi invicem obstant si servus stipularetur domino, aut Titio extraneo, liquido apparet in dominum obligationem, in extraneum solutionem conferri, quoniam dispar est causa domini, & extranei, & τὸ ἰσάζον confirmat obligationem, & solutionem, si stipuletur illi, aut illi domino, & τὸ ἰσάζον corrumpit utrumque. Hujus regulæ clausula est in *l.89. de reg. juris*, qua nihil est apertius.

Ad L. LXXXIX. de Regulis jus. *Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur.*

Quamdiu testamentarius heres separatur aliqua ex parte, si partis sit capax, quamvis si solidi, sive assis non sit capax, legitimum heredem non admitti, non succedere legitimum heredem antequam exclusus sit testamentarius, vel tempore, vel repudiatione, vel querela inoffic. testamenti, quæ intestatum testatorem facit, vel quo alio jure, legitimam hereditatem cedere testamentariæ, *l. illud, l. quamdiu, l. in plurium, de adquis. hered. l. 8. C. commun. de success.* Idemque servatur in tutela: legitima tutela cedit testamentariæ, *l. 11. de testam. tut. l.9. de tut. & rat. distr.* Ab hac regula notissimum est excipi casum *legis si quis ita heres, de hered. inst.* Si testamento heres institutus sit sub hac conditione, *si legitimus heres hereditatem vindicare noluerit*, legitimo vindicante ab intestato (neque enim vindicare potest ex testamento, cum non sit scriptus) deficit conditio adscripta institutioni heredis, & legitimus præfertur testamentario, nimirum ex manifesta voluntate defuncti, qui voluit non aliter testamentarium vocari, quam si legitimus respuerit hereditatem.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XI. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXXIV. de Adoption. *Quæsitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus*, ut post triennium, puta, eundem mihi in adoptionem des, *an actio ulla sit? & Labeo putat, nullam esse actionem: nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere.*

ADOPTIO, ut Theophilus definit, est actus legitimus, naturam imitans, qui scil. in jure, id est, apud prætorem, vel præsidem solemni situ, & ordine peragitur. Actus legitimus, & legis actio idem est. Et adoptionem esse legis actionem constat ex *l. 4. hoc tit. & l. 3. de offic. Procons.* Unde & in h.l.34. actio non est persecutio juris sui, sed legis actio. Sane in *l. actus legitimi, de reg. jur.* mancipationis verbo, quod latissime manat, continetur etiam datio in adoptionem alteri, qui enim à patre naturali dabatur in adoptionem alteri: adoptaturo mancipabatur per æs & libram, *l. ult. C. hoc tit. Aul. Gellius:* adoptantur, inquit, quum à parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, & ab eo, qui adoptat, apud quem legis est actio, vindicantur. Suet. in Augusto: Augustum, Lucium, & Cajum adoptasse domi emptos à patre per æs & libram. Tert. in apolog. adoptandos melioribus parentibus emancipatis, &c. Jus autem, & conditio cujuscunque actus legitimi hæc est, us ad tempus fieri, ut tempore finiri non possit, *d. l. actus legitimi*. Temporis adjectio actum legitimum, sive legis actionem vitiat, & corrumpit in totum. Unde quæ est sententia hujus legis, si pater naturalis tibi filium dederit in adoptionem, ea lege, ut eum habeas usque ad triennium, post triennium, ut ei eundem remancipes, & des in adoptionem, quia honeste reverti non potest in potestatem patris naturalis, nisi adoptione. *l.12. hoc t.* ita facta adoptio nullius momenti est, nulla est legis actio, quia moribus nostris non convenit filium temporalem habere.

Ad L. LIII. de Pecul. *Si Sticho peculium, cum manumitteretur ademptum non est, videtur concessum. Debitores autem convenire, nisi mandatis sibi actionibus non potest.*

Mul-

MUltum intereſt, utrum ſervus teſtamento manumittatur, an inter vivos, ut cenſu, aut vindicta. Nam teſtamento manumiſſo conceſſum peculium oon videtur, niſi ſpecialiter legatum ſit, manumiſſo inter vivos tacite conceſſum videtur, niſi ademptum ſit nominatim, *l. unica, C. de peculio ejus, qui liber. mer. l. 19. de pecul. leg. §. pecul. Inſtit. de leg.* Ratio differentiæ hæc eſt, quia dominus manumittendo ſervum inter vivos, peculium neque alii dat, neque ſibi recipit: & ideo cum libertate tacite id in manumiſſum transferre videtur, quod ſibi neque alii recipit nominatim. At manumittendo in teſtamento peculium ſervi manumiſſi cum univerſo ſuo jure heredi ſcripto relinquere intelligitur, quod ſcilicet ſervo, vel alii non legat ſpecialiter. Hæc lex eſt de manumiſſo inter vivos, cui etiam ait, tacite conceſſum videri peculium, quod nominatim ademptum non eſt, non tameo ceſſas etiam videri manumiſſo actiones contea debitores peculiares. Itaque etſi debitores peculiares ei recte ſolvant, & ſolvendo liberentur, *l. 3. inſ. de manumiſſ.* non tamen ab eo debitores peculiares conveniri poſſunt, niſi dominus, qui eum manumiſit, nominatim ei ceſſerit, & mandarit actiones, eo facto procuratore in eem ſuam. Facilius manumiſſum ſequitur peculium, quam actio peculiaris, quæ cohæret perſonæ domini: ſed (ut opinor) cam manumiſſo cedere debet, cui & peculium conceſſit, *l. 3. pro ſoc.* Creditoribus quoque peculiariis ex ſententia Proculianorum, quæ obtinuit, adverſus dominum actio peculiaris, quam habere cœperunt, perſeverat, nec datur adverſus manumiſſum, licet peculium habeat. Qua de re, uberiore tractatu facto admonuimus in *l. frater à fratre, de condict. indeb.*

Ad L. LXVIII. de Leg. II. *Sequens quæſtio eſt, an etiam, quæ vivus per donationem in uxorem contulit, in fideicommiſſi petitionem veniant? reſpondi, ea extra cauſam bonorum defuncti computari debere, & propterea fideicommiſſo non contineri, quia ea habitura eſſet etiam alio herede exſiſtente: plane nominatim maritus uxoris fidei committere poteſt, ut & ea reſtituat.*

QUæſtio legis hujus eſt. Si teſtator uxore herede inſtituta, fidei ejus commiſerit, ut quæcunque ex bonis ſuis cepiſſet, liberis communibus eeſtitueret, forte puberibus effectis, an fideicommiſſo contineantur res inter vivos uxori donatæ conſtante matrimonio, quia dixit, generaliter, *quæcunque ex bonis ſuis cepiſſet*. Et reſpondet eas res fideicommiſſo non contineri, quia ſunt extra cauſam hereditatis ſive bonorum defuncti, quandoquidem eas etiam uxor non inſtituta heres, habitura erat ex oratione Antonini, & SC. quo donatio manente matrimonio in uxorem collata, morte mariti confirmatur, & convaleſcit, *l. cum hic ſtatus, de don. int. vir. & ux. l. 2. §. 1. de dot. prælег.* Ergo eas res uxor heres inſtituta non capit jure hereditario, ſed jure donationis, quia & non inſtituta heres eas caperet: nec ergo veniunt in fideicommiſſum hereditatis. Et verba illa: *Quæcunque ex bonis meis*, ſic accipiuntur, *quæcunque ex hereditate mea*. Verum ut eas res quoque mulier. liberis communibus reſtitueret, nominatim fidei ejus committi potuit, ſive heredi inſtitutæ, ſive non, quia eas res capit mortis cauſa, nimirum morte donatoris confirmata donatione, & ab omnibus, qui mortis cauſa capiunt, fideicommiſſ. relinqui poteſt, *l. 1. §. ſciendum ſeq.* Quas item res vivus maritus ei per vindicationem adimere potuit, eas etiam ei per fideicommiſſum adimere poteſt, *l. quidam teſtam. §. 1. ſup. tit. prox.* Cæterum ſi eas ei nominatim per fideicommiſſum non ademerit, non intelligitur ademiſſe eas per fideicommiſſum hereditatis, quia in hereditate eæ res donatæ eſſe non intelliguntur.

Ad L. LXXXIII. eod. *Latinus Largus: Proxime ex facto incidit ſpecies talis: Libertinus patronum ex ſemiſſe heredem inſtituit, & filiam ſuam ex alio ſemiſſe. Fidei commiſit filiæ, ut quibuſdam ancillis patroni reſtitueret, cum hæ manumiſſæ eſſent, & ſi eadem filia heres non eſſet, ſubſtituis ei eaſdem ancillas. Quoniam filia non voluit heres exſiſtere, ancillæ juſſu domini, id eſt patroni, adierunt defuncti hereditatem. Poſt aliquantum temporis ab eo manumiſſæ, quærebant, an fideicommiſſum petere ab eodem patrono poſſent. Rogo ergo, quid de hoc exiſtimes, reſcribas. Reſpondi: nec repetitum videri in hunc caſum fideicommiſſum, ſed alterutrum datum, vel fideicommiſſum, vel ipſam hereditatem. Melius autem dici, in eundem caſum ſubſtitutas videri, in quem caſum fideicommiſſum meruerunt: & ideo ad ſubſtitutionem eas vocari. Cum enim ſervo alieno fideicommiſſum ab uno ex heredibus ſub conditione libertatis fuerit datum: idemque ſervus ei heredi ſubſtituatur, licet pure ſubſtitutio facta ſit, tamen ſub eadem conditione ſubſtitui videtur, ſub qua fideicommiſſum meruit.*

LIbertus patronum heredem inſtituit ex ſemiſſe: hæc fuit portio legitima patrono debita ex lege Papia: filiam autem heredem inſtituit ex alio ſemiſſe, & ab ea petiit (verbis fideicommiſſi ſcilicet) ut ſuum ſemiſſem quibuſdam ancillis patroni reſtitueret, cum manumiſſæ eſſent: mox ei quoque filiæ ſuæ eaſdem ancillas pure, & directo ſubſtituit. Subſtituit ergo ei ancillas dupliciter, precario & ſub conditione, ſi manumiſſæ eſſent in ſecundum caſum, ſi filia heres eſſet, & directo ac pure in primum caſum, ſi filia heres non eſſet: quæ ſubſtitutio vulgaris dicitur. Exſtitit caſus directæ ſubſtitutionis, quia filia patri heres eſſe noluit, & mox ancillæ juſſu domini ex ſubſtitutione pro ſemiſſe adierunt defuncti hereditatem. Quæritur, *an ſi poſtea à domino manumittantur quaſi exſiſtente fideicommiſſi conditione, an ab eo fideicommiſſum ex ſubſtitutione precaria petere poſſit?* Conſultus fuit hac de re Paulus à Latino Largo judice quodam, cum in ejus auditorio talis ex facto incidiſſet ſpecies. Quæſtio hæc judiciaria eſt. Et reſpondet Paulus, ancillas manumiſſas à patrono, fideicommiſſum ab eo petere non poſſe, quia in hunc caſum non videtur à teſtatore repetitum fideicommiſſum, videlicet ſi jam ex ſubſtitutione vulgari adiiſſent defuncti hereditatem: ſed alterutrum ancillis datum eſſe, vel hereditatem ex ſubſtitutione vulgari, vel fideicommiſſum, utrumque eas conſequi non poſſe. Denique ex ſubſtitutione vulgari admiſſas ancillas, etiam ex fideicommiſſo admitti non poſſe, ut prudentiſſime reſponſum eſt, quod omiſerat conſultor. Melius autem eſſe, ut dicamus ancillas denuo admitti poſſe ex ſubſtitutione vulgari, quaſi non jure prius admiſſas, quia hæc mens fuiſſe videtur teſtatoris, ut eas directo ſubſtituere ſub eadem conditione, ſi manumitterentur, ſub qua eas precario ſubſtituit. Et ideo antequam ea conditio exſtiterit, id eſt, ante manumiſſionem, eas intempeſtive, & inutiliter adiiſſe hereditatem juſſu domini ex ſubſtitutione vulgari, quia qui repudiat, vel adiit, antequam exſtiterit conditio inſtitutionis, nihil agit, *l. 13. de acq. hered.* Et ideo manumiſſis ancillis eſſe integrum eam hereditatem adire ſuo nomine ex ſubſtitutione vulgari. Denique ita concludit, conditionem fideicommiſſo adſcriptam, ſi manumiſſæ eſſent, repetitam videri in ſubſtitutione vulgari: ut & ſi ſervo alieno teſtator fideicommiſſum reliquerit ſub conditione libertatis, deinde eum directo, & ſimpliciter heredi ſubſtituerit, eadem conditio libertatis in poſteriori ſubſtitutione repetita videtur. Nec deſunt complura exempla, quibus conditio repetita priori parte teſtamenti, & poſteriori parte repetita intelligitur, quæ licet ex gloſſa repetere.

Ad L. XVIII. ad Leg. Falcid. *Filiusfam. qui militaverat, decedens patris ſui fidei commiſit codicillis, ut peculium ſuum caſtrenſe Titio poſt mortem reſtitueret. Quærebatur, an ut heres quartam deducere poſſit. Dixi legem Falcidiam inductam eſſe à D. Pio, etiam in inteſtatorum ſucceſſionibus propter fideicommiſſa: Sed in propoſito nec hereditatem eſſe, quamvis placeret mihi extraneo herede inſtituto, fieri hereditatem aditione ejus. Nam cum apud patrem remanet, jus priſtinum durat, & peculium eſt. Nec huic contrarium eſt, quod in teſtamento ejus, qui apud hoſtes deceſſit, exercetur Falcidia. Nam fictio legis Corneliæ, & hereditatem, & heredem facit: ſed me non dubitare, quin debeat id quoque indulgeri legis beneficium, ſi quidem quaſi patrisfamiliæ bona reſtituere cogitur: & heres ſcriptus omiſſa ex teſtamento aditione, exemplo edicti legatorum nomine convenietur.*

Ad

Ad §. His consequens erit, *ut si ex fructibus medio tempore quartam, & quartæ fructus habuerit pater, etiam Trebellianum Senatusconsultum inducamus, & utiles actiones exerceri possint, fiatque hereditas post restitutionem.*

SCiendum est, lege Falcidia præcisa, & deminuta tantum fuisse legata testamento relicta ad modum finemque dodrantis, ut quadrans integer apud heredem remaneret. Verum postea fideicommissis, quæ testamento relinquerentur, eundem modum impositum fuisse Senatusconsulto Pegasiano, lege Falcidia porrecta ad fideicommissa, tam universalia, ut puta, quum testamento heres scriptus rogatur alii restituere hereditatem, quam specialia sive peculiaria, *§. sed quia heredes, Instit. de fideicom. hered. l. 1. §. hodie, tit. seq.* l. *is cui fideicommiss. hoc tit.* ubi hodie, id est, ex Senatusconsulto Pegasiano. Porrecta etiam est lex Falcidia ex constitutione Divi Pii ad fideicommissa relicta codicillis factis ab intestato. Senatusconsulto Pegasiano porrecta erat ad fideicommissa testamento relicta: constitutione Divi Pii etiam ad fideicommissa ab intestato relicta porrigitur, vel specialia, vel universalia, *l. 1. §. hoc autem, l. 3. C. ad Trebell. l. 6. §. 1. eod. l. ult. C. quando dies leg. ced. l. filii, C. fam. ercisc.* Denique constitutione Severi porrecta est lex Falc. ad donationes causa mortis ex testamento, id est, si donator testatus decessisset, atque ita occurreret comparatio donationum causa mortis cum legatis testamento relictis, *l. 5. C. eod. tit.* l. 1. *§. in mortis, tit. seq. l. cum pater, §. 1. de leg. 2. l. Seja, §. ult. de mort. causa donat.* Imo & tandem constitutione Gordiani in *l. 2. C. de donat. causa mort.* ab intestato quoque lex Falcidia porrecta est ad donationes causa mortis. Ita paulatim excrevit modus l. Falcidiæ, qui datus erat initio legatis tantum testamento relictis. His cognitis finge: filiusfamilias veteranus codicillis factis ab intestato patris sui fidei commisit, ut peculium suum castrense L. Titio post mortem suam restitueret. Quæritur, an ex castrensi peculio per fideicommissum relicto Falcidia detrahi possit ex constitutione Divi Pii, quæ etiam ab intestato in fideicommissis Falcidiam induxit? Et videtur non posse detrahi, quia ut satis liquet ex verbis legis Falcidiæ, ejus legis beneficium, id est, quartæ commodum, & quartæ detractio heredi tantum datur, vel ex persona heredis scripti: pater autem in castrensi peculio filiifamilias intestati non est heres, quoniam id capit ut pater quasi ejus peculii dominus, perinde atque pagani; id capit ut pater, non ut heres: ut peculium sibi quæsitum jure antiquo, jure pristino, quo scilicet ante constitutiones principum castrense peculium, non minus adquirebatur patri, quam paganum, quod jus antiquum exercet pater hodie filio intestato defuncto: nam peculium paganum occupat jure suo, ut peculium, non ut hereditatem, *l. 1. 2. 9. l. pen. §. pater, de castr. pecul. l. 1. §. si is, qui bona, de collat. bon. l. ult. ad Tertull. l. in eo, de adq. rer dom.* id, inquam, occupat ut peculium, quod ad se pertineat, videlicet cum filius in eo jure, & privilegio suo non utitur, quod ei dederunt constitutiones principum, puta cum de eo non testatur: nam si de eo testatur, peculium quasi hereditas heredi instituto defertur, & aditione quasi hereditas ei adquiritur, sive extraneum heredem instituerit, sive patrem ipsum, *d. l. 9. de castr. pecul.* Et hoc significant hoc loco verba illa, *& heres scriptus*, pater scilicet: ex constitutionibus, filiusf. in castrensi peculio testamentarium heredem habere potest, non etiam legitimum: testamentarium potest habere si adierit, non aditione peculium castrense fit hereditas: pagani testamentum confirmatur morte filiif. testamentum militis, aut veterani in castrensi peculio confirmatur aditione demum, *l. 18. de stip. serv.* Itaque si institutus heres ex castrensi peculio, non adierit quasi hereditatem filiifam. castrense peculium jure peculii residet apud patrem jure pristino, quod obtinuit ante constitutiones principum, *d. l. 18. & l. 14. de castr. pecul. l. servum filii, in princ. de leg. 1.* residet, inquam, apud patrem cessante herede scripto, & omittente aditionem ex testamento, si filiusf. mortuus sit sine liberis, aut fratribus, *§. 1. Instit. quib. non est permiss. fa. testam.* Hoc ergo loco, dum ait, *extraneo herede instituto*, adde, *vel patre*. fieri hereditatem aditione ejus. Sic igitur statuo filiofam. defuncto intestato, vel testato, & herede instituto omittente aditionem ex testam. & destituente testam. castrense peculium apud patrem superstitem, quasi peculium paganum remanere, non quasi hereditatem remanere jure patrio, non hereditario: & ideo Falcidiam ab eo exerceri non posse: quia Falcidia competit tantum, & debetur heredibus. Nec obstat, quod in testam. ejus, quod ante fecit, qui captus est ab hostibus, ibique decessit, lex Falcidia exerceatur, *l. 1. §. lex, hoc tit.* cujus tamen nulla hereditas, nullusve heres dici potest, quia servus decessit, *l. 3. §. ult. de verb. signif.* Ergo & non heres Falcidiæ beneficio utitur. Hæc ratio non obstat, ut Paul. docet, quia fictione legis Corneliæ, ejus, qui apud hostes decessit, & heres, & hereditas inducitur, *l. in bello, §. si quis capiatur, de capt. & post.* quod rursus ostendit *l. 9. & l. 39.* de *mil. testam.* Nempe, quia fingitur obiisse diem in civitate, paulo antequam in servitutem hostium veniret: fictio, inquit, Paulus leg. Cornel. & hereditatem, & heredem facit. Legis proprium est heredem facere, & ut heres igitur Falcidiam detrahit ex legatis, quæ superant dodrantem. Hactenus Paulus tentat in specie proposita Falcidiæ locum non esse, quia pater retinet peculium ut pater, non ut quilibet heres: tentat, inquam, Falcidiæ locum non esse, suo more quæstionem propositam ex utroque latere pertentare solens, sed in hac sententia non permanet: nam ad extremum concludit in specie proposita legi Falcidiæ locum esse, quia pater codicillis à filio intestato factis peculium castrense, quasi patrisfam. hereditatem L. Titio restituere rogatus est, & id denique rogando patrem, egit se filiusfamil. pro patrefamilias, & perinde usus est jure, & privilegio suo, quo ex constitutionibus Principum in castrensi peculio vice patrisfamil. fungi potest, *l. 2. ad Maced. l. 15. §. si servus, de castr. pec. l. 6. §. ult. de inj. rup.* Et cum igitur in castrensi peculio relinquendo Titio per fideicommissum à patre filiusf. vice patrisf. se gerit, id quoque peculium vicem hereditatis habet. Ergo Falcidia ex eo detrahi potest. Hæc est ratio Pauli, & addit non esse novum, ut castrense peculium filiifa. quod pater retinet jure peculii pro hereditate quandoque habeatur. Nam si pater à filiofamil. ex castrensi peculio testamento heres institutus omiserit aditionem ex testamento, tum id retinet jure peculii, non jure hereditatis, & tamen tanquam heres legatis obstringitur testamento filii relictis, perinde atque si ab intestato id tanquam hereditatem possideret, exemplo edicti prætorii, *si quis omissa causa testamenti, l. 17. §. 1. de castr. pec. l. si certarum, §. pen. de mil. testam.* Atque ita hoc etiam casu pater peculium castrense filii, quod retinet ut peculium, ut hereditatem nactus videtur. Non mirum ergo, si & in illo superiore casu idem videatur, cum id à filio rogatus est alii restituere. Itaque utroque casu Falcidiæ locus est. Et consequenter, ut attigi in ult. parte hujus legis, si medio tempore, antequam moreretur pater, ex fructibus castrensis peculii perceperit Falcidiam, & Falcidiæ fructus, quartam, & quartæ fructus, quia fructus medio tempore percepti in quartam, & quartæ fructus imputantur, *l. in fideicommissaria, l. mulier, §. si heres, l. deducta, §. ante, ad Trebell. l. 15. §. quod avus, & §. fructus, hoc tit. l. Papinianus, §. unde, de inoff. testam.* hoc casu, quia vivus pater ex fructibus peculii percepit, quantum satis est quartæ, & quartæ fructibus, totum peculium, sine ulla detractione pater, aut post mortem patris heres ejus L. Titio fideicommissario restituet ex SC. Trebelliano, atque ita in fideicommissarium transferet utiles actiones quasi hereditarias, & fiet hereditas post restitutionem, quod notandum. Peculium castrense testato filiofamil. aditione heredis scripti hereditas fit. Intestato autem filiofam. restitutione peculii fideicommissario facta, id castrense peculium hereditas fit, jusque sequitur omne hereditatis, & obtinet: & Paulus de filiofa. proprie loquitur, dum ait hoc casu Trebell. Senatusconsultum induci, quia ex Senatusconsulto Trebelliano fit restitutio fideicommissi, quum lex Falcidia non intervenit, cum nulla detractio intervenit, ut in hoc casu totum pe-

cu-

culium sine deminutione fideicommissario restitui oportet, quia medii temporis fructus sufficiunt quartæ, & quartæ fructibus. Quum autem lex Falcidia locum habet, cum detractioni quartæ locus est, restitutio fit ex Senatusconsulto Pegasiano, non ex Trebell. nisi hodie post constitutionem Justiniani, quæ transfundit Senatusconsultum Pegasianum in Trebell. Qua ratione sæpe in Digestis ubi juris auctor scripserat proprie Sanatusconsultum Pegasianum, nimirum locum habente Falcidia, Tribonianus reposuit Senatusconsultum Trebelliaoum. Et hæc omnia intelligere licet ex *Inst. de fideic. hered. & ex Ulpiani lib. sing. regul. tit. de fideicommiss.* A

Ad L. LX. ad SC. Trebell. *Patronus ex debita portione heres institutus, sextam partem restituere rogatus, restituit: non transeunt ex Trebelliano actiones: quoniam non fuit debitum quod restituit. Et ideo si per errorem fecit, etiam repetetur.* B

OStenditur in hac l. quod & in *l. cum patronus, de leg. 2. & l. 45. de bon. lib. & l. ita tamen, §. si patronus, hoc tit.* patronum ex debita parte heredem institutum testamento liberti non posse onerari ullo fideicommisso extraneo præstando: nec mirum, cum ea pars ei debeatur ut æs alienum. Qua ratione nec ullo alio incommodo onerari potest, ut onere subeundæ cautionis cujusdam, *l. 44. de bon. lib.* Finge: Patronus heres institutus ex debita parte, quæ ex lege Papia consistit in semisse omnium bonorum liberti, & sextam partem, id est, unciam restituere rogatus, eam restituit per errorem facti, forte cum falso existimaret fideicommissarium esse ex liberis, aut parentibus liberti, ejusdemque testatoris, quibus constat patronum etiam ex debita C parte debere fideicommissa, si ab eo liberis, aut parentibus relicta sint, *l. 4. de cond. & demonstr. l. 6. §. si patronus, si quis omissa caus. testam. l. ex asse, ad l. Falcid. l. si ejus, §. ult. hoc tit.* Quæritur, an in fideicommissarium, cui per errorem unciam restituit, pro unciæ modo transferantur in eum actiones utiles ex SC. Trebell.? Et respondit non transferri, quia neque civiliter, neque naturaliter, ut supplent doctores, debitum fuit quod restituit: & si per errorem restituat, indebiti condictionem, id est, unciæ repetitionem patronus habet. Non est ergo fideicommissarius is, cui restituit, & in fideicommissarium tantum transeunt Trebellianicæ actiones, cujusmodi hic non est, cui uncia relicta est à patrono per fideicommissum. Ergo in eum non transeunt ex Senatusconsulto Trebelliano actiones, & hæc est sententia hujus legis. Ita vero si quis ma- D jorem hereditatis partem restituat, quam rogatus sit, dicitur in eam partem, quæ excedit, non transferri actiones, quia debita non fuit, *l. facta, §. si quis majorem, hoc tit.* Ac similiter, si quis ante diem, vel ante conditionem fideicommissi restituerit hereditatem, non transferri actiones, quia fideicommissum nondum debebatur, *l. sed etsi ante diem, sup. hoc tit.* Dico autem & in specie proposita non transferri actiones in illum unciarium quasi fideicommissarium, etiam si sciens ultro patronus fideicommissum ei restituerit, quod erat indebitum. At ignoranti tantum dari condictionem indebiti, non scienti: quæri potest, *quid sit dicendum, si patronus ex debita parte heres institutus, & fideicommisso oneratus, stipulanti fideicommissario caverit se daturum fideicommissum, quod ab eo relictum est?* Et puto huic quoque dari incerti condictionem, E indebiti, id est, interpositæ cautionis conditionem. Cautiones, & liberationes repetuntur condictione indebiti, incerti, *l. 2. §. aliud. de donat.* (*) Puto igitur patrono, qui cavit, dari incerti condictionem, videlicet si is stipulanti caverit per errorem facti, & multo magis si conveniatur ex stipulatione, ei dari exceptionem doli mali, ne solvere cogatur. Et ita accipienda *lex si patronus, de donat.* nam si id sciens prudensque caverit, cessat condictio, & exceptio doli mali, *l. fideicommissum, de condict. indeb.* quia de suo donasse videtur, *l. ita fidei, §. ult. de jure fisci.* (**)

(*) *Vide Merill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. XLI.*
(**) *Vide ibidem.*

Ad L. LV. de Fidejuss. *Si ita stipulatus à Sejo fuero,* quantam pecuniam Titio quandoque credidero, dare spondes? *& fidejussores accepero, deinde Titio sæpius credidero: nempe Sejus in omnes summas obligatus est, & per hoc fidejussores quoque. Et id quod ex bonis ejus servari potest, omnibus æquo jure proficere debet.*

CErtum est, fidejussorem futuræ quoque obligationis accipi posse, *l. 6. §. ult. hoc tit. l. eo tempore, de petul. l. non quemadmodum, de judic.* nempe hoc modo, *quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse jubes,* ut in *l. quidam, §. ult. de verb. oblig.* Et ita in specie hujus legis proponitur, quidam fœnerator Titio crediturus fidejussorem Sejum accepisse his verbis, *quantam pecuniam Titio quandoque credidero, dari spondes?* & à Sejo fidejussore alium fidejussorem accepisse, fidejussorem fidejussoris. Quæritur, si fœnerator ille postea Titio sæpius pecuniam crediderit, an in omnes summas Sejus teneatur, & fidejussor quoque ejus? Et ait, Sejum quandoque, id est, ἐπ' ἄπειρον in omnes summas esse obligatum, quia dixit *quandoque,* quod adverbium est infiniti temporis, *l. 4. de rebus auct. jud. possid.* Libertas, inquit, quæ quandoque competit, à prætore conservanda est. Detracto illo articulo *quandoque,* Sejus, & fidejussor tenerentur tantum in summam primo loco creditam, non in cæteras summas: sed quia dixit *quantam pecuniam quandoque credidero,* in omnes summas tenetur. Sejum ergo dicimus in omnes summas Titio creditas obligatum esse, & per hoc, inquit, fidejussorem Seji, & id quod ex bonis Seji, vel fidejussoris ejus redigi & servati potest: ex bonis, inquam, pignori captis, & distractis. Id omnibus, id est, omnibus summis æquo jure, id est, æqualiter, non pro rata, non ἀναλόγως proficere debere ut exempli gratia, si primum Titio crediderit ducenta, deinde 300. post 400. & ex bonis Seji redegerit 300. ex singulis summis æquo jure recedent centum. Et ita finis h. l. accipiendus est, ut omnibus non sit, quod arbitratur Accurs. reo & fidejussoribus, sed omnibus summis, ut paulo ante dixit *omnes summas.* Et similis est omnino locutio in *l. 5. §. imperator, de solut.* æqualiter, inquit, ad utramque causam proficit, quod solutum est, non pro rata, id est, non ἀνάλογον: species autem similis, simileque responsum nusquam alibi reperietur. Lex est singularis, & summe notanda.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XII. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. ult. de His, quæ pro non scriptis habentur. *Quod quis sibi adscripserit, si alii restituere à testatore jussus est: cum onere fideicommissum id apud heredem remanet, quamvis pro non scripto esset. Idem est & in testamento militis.*

CERTUM est SC. Liboniano, & Claudiano id, quod testamentarius, id est, scriptor alieni testamenti sibi adscribit, pro non scripto esse, *l. 1. hoc tit.* sive sit legatum, quod sibi adscripserit sua manu dictante testatore, sive portio hereditatis, sive aliud quodcunque emolumentum. Id ergo remanere apud heredem, non autem publicari, aut confiscari. Nam quodcunque pro non scripto habetur, apud heredem, vel coheredem remanet, & quidem sine onere regulariter, ut puta si testamentarius sibi legatum adscripserit, simul ac sibi sua manu injunxerit onus præstandi fideicommissi ex re, vel pecunia legata, legatum apud heredem remanet, sine onere fideicommissi, quia cum legatum pro non scripto sit, consequens est, ut & onus ei injunctum, quasi nemini injunctum, pro non scripto sit, quia & legatum, & legatarii nomen quasi falsum circumscribitur, vel subducitur, *l. un. §. 1. C. de cad. toll.* Qua ratione, si testamentarius servo, quem habet communem cum altero, legatum adscripserit, quod etiam

improbat Senatusconsultum Libonianum, & vetat, ne quis sibi, vel ei, quem habet in potestate, quidquam adscribat in alieno testamento: hoc, inquam, casu, neque testamentario, neque socio ejus legatum debetur, quia socii nomen quasi falsum circumscribitur, *l. filius, §. sequens, ad leg. Cornel. de fals.* At excipiuntur duo casus, quibus id quod testamentarius sibi adscripsit, remanet apud heredem cum onere fideicommissi. Unus est in *l. cum vere, §. si pro non scripto, de fideicomm. libert.* & in *l. cum quidam, ad leg. Cornel. de fals.* si à testamentario, qui sibi adscripsit legatum servi, sit eidem servo relicta fideicommissaria libertas, quia etsi apud heredem remaneat legatum, tamen favor libertatis exigit, ne intercidat libertas, utque eam heres, apud quem servus remanet, eidem servo præstare compellatur. Alter casus est in hac *l. ult.* qui manat ex supradictis Senatuscons. ut ostendit *l. filius, §. ult. ad leg. Cornel. de fals.* si testamentarius jubente testatore fidei suæ manu sua commisit, ut legatum, quod sibi adscripsit, alii restitueret: nam & hoc casu, etiam si legatum pro non scripto sit, apud heredem remanet cum onere fideicommissi, hoc ex voluntate testatoris, qui jussit testamentario nominatim, ut id oneris legato adscriberet, eidemque hæc lex servari ait in testamento militis, ut scilicet non tantum, quod testamentarius sibi adscribit in testamento militis, pro non scripto sit, *l. pen. C. de his, qui sibi adscr.* Sed etiam, ut supradicto casu apud heredem remaneat legatum cum onere fideicommissi, ut in *l. 9. de usufr. leg.* dicitur, legatario, à quo fideicommissum relictum est, repudiante usumfructum sibi legatum, vel moriente vivo testatore, antequam dies legati cesserit, usumfructum apud heredem remanere cum onere fideicommissi. Idemque servari in testamento militis: favor militiæ testatoris non exonerat heredem.

Ad L. XXI. ad Leg. Falcid. *Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutua data sunt, legatum à creditore meruerit sub hac conditione, si decem, quæ accepit, heredi reddiderit: una numeratione, & implet conditionem, & liberatur naturali obligatione: ut etiam in Falcidia heredi imputentur: quamvis non imputarentur, si tantum conditionis implendæ causa data fuissent: adeo autem, & solvere videtur, ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus est mortuo, nihil repetere possit.*

Ad §. Si ego, *& servus meus heredes instituti sumus ex diversis partibus, nec à servo erogatus dodrans his, quibus à me legatum est, contra Falcidiam proderit, quod ex portione servi ad me pervenit supra Falcidiam ejus portionis. Ex contrario si servo meo servus, & mihi decem legata fuerint: servi Falcidia ex decem mihi legatis non tenetur, exemplo eodem Falcidiæ. Nam quartam retineo ex persona servi, quamvis de mea portione nihil exhaustum sit.*

SCiendum est, pupillum, qui sine tutoris auctoritate pecuniam mutuam accepit, si ex ea locupletior factus sit, jure naturali obligari, non civili. Et ita est proditum nominatim sub ea conditione, si locupletior factus sit ex pecunia mutuatitia in *l. naturaliter, §. ult. & l. seq. de cond. indeb.* cujus obligationis naturalis effectus hic est, ut solutam pecuniam post pubertatem, vel ante pubertatem tutore auctore condicere non possit. Hæc est nota, ut Græci hic ajunt, qua dignoscimus naturalem obligationem: naturalia debita nimirum si soluta non possint condici, quia hoc natura æquum est, ne quis damnis alienis adolescat, ne quis alienis spoliis suas augeat facultates. Idem confirmat *l. cum illud, §. 1. quand. dies leg. ced.* in qua ex P. Florent. sine culpa ita legendum, *& locupletior*, non, *nec locupletior.* Et ita in specie hujus legis, & in *l. si ejus pupilli, inf. ad Trebell.* ponendum ex mutuatitia pecunia, quam pupillus sumpsit, sine tutoris auctoritate pupillum fuisse factum locupletiorem: alioqui ne jure quidem naturali obligaretur, *l. pupillus, de obligat. & act.* etsi pubes factus, vel adhuc impubes tutore auctore solveret, sine condiceret, quia prorsus indebitum solveret. Hæc ergo sit species hujus legis. Pupillus sine tutoris auctoritate decem mutua accepit, & ex ea pecunia locupletior est factus, ac proinde creditori obligatur naturaliter. Creditor autem moriens eidem pupillo legavit Stichum sub hac conditione, ut illa 10. quæ mutua accepit, heredi redderet, si post mortem creditoris pubes factus, vel etiam impubes tutore auctore decem reddiderit heredi, ut ostenditur hoc loco, & iisdem fere verbis in *l. in numerationibus, §. 2. de solut.* Una numeratio in duas causas proficit. Primum in obligationem naturalem, ut ea liberetur pupillus numerando decem. Et consequenter, ut ea decem, quæ soluta sunt, augeant hereditatem creditoris, atque adeo heredi imputentur in Falcidiam, quasi pecuniam, quam cepit jure hereditario, *l. 1. §. id quod natura, hoc tit.* Deinde hæc est altera causa, ut impleat conditionem legati, atque ita perveniat ad legatum Stichi. Et sic una numeratio proficit in duas causas. Si in posteriorem tantum causam numeraret decem, id est, conditionis legati implendæ gratia, heredi non imputarentur in Falcidiam: quia ea tantum imputantur in Falcidiam, quæ jure hereditario capiuntur, non quæ jure legati, vel fideicommissi, aut quo alio jure, ut jure mortis causa capionis, quo jure heres capit ea, quæ ei numerantur conditionis implendæ causa, *l. 31. §. sine donatione, de mort. causa donat.* & ita in *l. id autem,* & in *l. ratione 2. §. tametsi, inf. hoc tit.* & in hac ipsa lege aperte traditur, ea, quæ conditionis implendæ gratia heredi dantur, non imputari in Falcidiam. Et quod contra refertur in *l. in quartam, §. sed & quod implendæ, inf. hoc tit.* id jampridem ostendi merito abesse à Basilicis, & à P. Flor. & inepte etiam illo loco, quod datur heredi conditionis implendæ gratia, appellatur fideicommissum, quia non est fideicommissum, sed mortis causa capio, quæ appellatio neque fideicommisso tribuitur, neque legato, neque alii emolumento testamentario habenti proprium nomen, *d. l. 31.* Sed in specie proposita, quia heres illa decem non in hanc tantum causam accipit, id est, conditionis implendæ causa, sed etiam in causam debiti hereditarii, quod defuncto jure naturali debebatur, in causam solutionis, & liberationis pupilli, ideo ea decem imputantur heredi in Falcidiam, quasi accepta jure hereditario. Et in hanc quoque causam decem heredi numerari, id est solutionis gratia, evidenter apparet ex eo, quod post numerationem repudiato legato, vel Sticho mortuo, non competit soluti repetitio, quia natura debitum fuit, quæ tamen competeret, si ea decem numerasset tantum conditionis implendæ gratia, *l. in summa, §. sed agere, de cond. indeb.* Sequitur in hac l. alia quæstio elegantissima, male explicata à glossa.

AD *§. Si ego, & servus meus.* Finge, ego, & servus meus ex disparibus partibus testamento heredes instituti sumus. Pars mea est onerata legatis, non pars servi mei. In singulis heredibus poni separatim solet ratio legis Falcidiæ, *l. in singulis, h. t.* An ergo ex parte mea, quæ onerata est, deducere possum Falcidiam, licet pars servi mei sit integra? sic videtur: si forte Falcidia mihi non suppleatur, quod per servum meum adeuntem jussu meo, ex parte ejus supra Falcidiam partis ejus adquiro: nam si suppleat Falcidiam meæ partis, id imputo in Falcidiam meæ partis, quia & id videor quasi heres accipere, *l. cum filiofam. de leg. 2. l. maritum, inf. hoc tit.* Sic ergo ex parte servi mei separatim Falcidiam retineo, & quod amplius ex ea parte percipio, id imputo in Falcidiam meæ partis, cujus separatim rationem ineo. Et hæc quidem glossa intellexit, sed non quæ sequuntur, dum addit Paulus ex contrario, id est, quum portio servi mei onerata est, non portio mea. Initio posuit meam fuisse oneratam portionem, non portionem servi mei. Nunc ponit portionem servi mei fuisse oneratam legatis, non portionem meam. Et hoc casu, sicut si mihi sint legata decem, servo meo Stichus, interveniente lege Falcidia heres ex decem mihi legatis non deducit Falcidiam Stichi legati servo meo, etsi Stichus mihi per servum adquiratur, sed separatim ex Sticho ipso, vel æstimatione ejus, ita è contrario, cum portio servi mei onerata est, non portio mea, ex persona servi mei, me separatim deducere Falcidiam portionis servi mei, non ex persona mea, quia portio mea est integra. Et hoc est, quod ait in fin. hujus legis, *exemplo eodem Falcidiæ: nunc quartam retineo ex persona servi, &c.*

Ubi

Ubi tamen crediderim ita esse legendum, *exemplo eodem Falcidianam quartam retineo:* ut apud M. Tullium legitur Falcidianum crimen. Ita recte Falcidiana, vel Falcidiana lex, & quarta dicitur. A

Ad L. XXII. de Manu. vind. *Pater ex provincia ad filium sciens Romæ agentem epistolam fecit: qua promisit ei, quem vellet ex servis, quos in ministerio secum hic habebat, vindicta liberare. Postquam filius Stichum manumisit apud prætorem, quæro, an feceris liberum? respondi: Quare non hoc concessum credamus patri, ut permittere possit filio, ex his, quos in ministerio haberet, manumittere? solam enim electionem filio concessit. Cæterum ipse manumisit.*

CErti juris est, absente, & permittente patre; servum ejus à filiofamilias vindicta apud prætorem, vel præsidem posse manumitti, & manumissum à filiofam. libertum fieri patris, quia pater ipse eum manumisisse intelligitur, *l. si consentiente, & l. nepos, sup. tit. prox. l. si quis hac lege §.1. qui, & à quibus manum. l. matrimonii, de ritu nupt. l. filiusfam. de jure patron.* regulariter per alium dominus non potest servum suum vindicta liberare, quia nec pater per filium emancipatum, nec mater per filium, nec uxor per maritum, nec alius quisquam per procuratorem, *l. pen. C. de man. vind.* quia, qui vindicta manumittit, lege agit. Manumissio, quæ fit vindicta, est actus solemnis, & legitimus, & ut est in regu. jur. nemo alieno nomine lege agere potest, id est, actum legitimum nemo alieno nomine exsequi, & peragere potest. At vinculum patriæ potestatis facit, ut unus idemque videatur esse homo pater, & filiusfamilias, & eadem persona esse intelligatur, eademque vox patris, & filii. Ut in specie hujus legis, cum pater absens per epistolam filio permisisset ex servis suis, quos filius in ministerio habebat, ut quem vellet vindicta liberaret, recte ait, solam electionem filio fuisse permissam, ut quem vellet eligeret: cæterum patrem ipsum manumisisse videri. Nihil est facilius. B C

Ad L. XXXIII. de Manum. testam. *Libertas ad tempus dari non potest.*

IN hac lege dicitur, libertatem ad tempus dari non posse, neque vindicta scilicet, quia actus legitimus diem non recipit, aut conditionem, *l. actus, de reg. juris*, neque testamento: nam ut proponitur in *l. seq.* si testator ita dixerit: *Stichus usque ad annos 10. liber esto*, supervacua est illa temporis adjectio, quasi vitium, aut mendum testatoris: & vitio illo temporis sublato libertas manet, & competit statim adita hereditate, quoniam libertatis dies non cedit, nisi ab adita hereditate. Et idem dicitur de hereditate data ad tempus: *heres esto usque ad decennium, l. hereditas, de heredib. instit.* nam mentio illa decennii obliteranda est, & perpetuo jure heredi scripto deferenda hereditas. Vitium temporis neque vitiat hereditatem, neque libertatem. Et quod in Comœdiis sæpe dicitur, *Libertas servis dari ad diem certum*, non hoc est, ut interim liberi sint, & veniente eo die liberi esse desinant, sed ut interim ad eum diem tantum se ita gerant, ac si liberi essent, & ut ajunt ad eam diem agitent ἐλευθέρια, & genio indulgeant. Quamvis autem neque libertas, neque hereditas possit dari ad tempus, tamen potest dari sub conditione, *l. 28. hoc tit.* quæ & in hac re libertatem comparat hereditati, quia pendente conditione nondum competit libertas, vel hereditas: at quum ei tempus adjectum est, in quod daret, etiam ante tempus competit libertas, vel hereditas statim, atque ex testamento adita est hereditas. Si competit, ergo tempore finiri non potest. Tempus non est legitimus modus adimendæ libertatis, vel hereditatis, quæ jure competit semel, hoc tamen distat libertas ab hereditate, quod hereditas neque ex tempore datur recte, *d. l. hereditas:* libertas autem ex tempore datur recte, *ut Cal. Martiis liber esto*, Ratio differentiæ hæc est, quia hereditate data ex tempore, *ut post annum quam moriar, heres mihi esto* si vis heredem institutum exspectare annum, antequam ex testamento heres exsistat, interim facies locum legitimo heredi, quem semel admissum postea ratione temporis supervenientis excludere non potes. Qua de causa, ut præferatur causa testati causæ intestati non exspectato anno heredem scriptum statim post mortem testatoris admittere debes ad adeundam hereditatem. Quod incommodum nullum exsistit data libertate post annum, vel aliud quodcumque tempus, interim non erit liber, superveniente tempore, fiet liber: nec interim emergit vitii, aut incommodi quidquam. D E

Ad L. LII. eod. *Imperatores Messenio Frontoni. Testamento militis his verbis adscripta libertate* Stephanum servum meum liberum esse volo, *vel* jubeo, *adita hereditate libertas competit. Et ideo ea, quæ postea adjecta sunt*, sic tamen, ut cum herede meo sit, quoad usque juvenis sit. Quod si noluerit, aut contempserit, jure servitutis teneatur: *ad revocandum libertatem, quæ competit, non sunt efficacia. Idem & in paganorum testamentis observatur.*

IN hujus l. specie quodammodo libertas data videtur ad tempus, quæ data est hoc modo: miles testamentum fecit, & ita dedit libertatem: *Stephanum servum meum liberum esse jubeo, vel volo, sic tamen, ut cum herede meo sit, quoad usque juvenis sit: quod si noluerit, aut contempserit, jure servitutis teneatur.* Ubi, quia militis testamentum est, *jubeo, & volo*, quæ alias sunt precaria verba, pro directis verbis accipiuntur. Et de verbo *jubeo* memini hoc notare ad legem *26. de usufr. legat.* Stephano igitur videtur data directa libertas, & pure. Ideoque adita hereditate, libertas quasi pure data statim Stephano competit jure directo ex testamento militis, nec revocari potest, quæ semel competiit, etiamsi cum herede præfinito tempore Stephanus non fuerit. Nihil est difficilius revocatione libertatis, quæ semel competiit, *l. 9. de manum. vind. l. si ex causa, §. ult. de minor.* Et hoc etiam Paulus ait servari in testamento pagani, nimirum, ut hæc verba: *sic tamen, ut cum herede meo sit, quoad usque juvenis sit*, id est, ad tempus: ut, inquam, illa verba conditione libertati, vel moram non injiciant, &, ut libertas, quæ semel adita hereditate jure competiit, tempore non finiatur.

Ad L. IV. Quibus ad libert. proclam. non lic. *Licinius Rufinus Julio Paulo. Is cui fideicommissa libertas debebatur, post vicesimum annum venire se passus est. Quæro, denegandumne sit ei ad libertatem proclamare. Movet me exemplum cujusvis liberi hominis: nam etsi consecutus (esset) libertatem, se vendidisset: denegaretur ei ad libertatem proclamare: nec debet meliori loco intelligi: quod in servitute constitutus, passus est se venum dari: quam si esset libertatem consecutus. Sed è contrario movet me, quod in hoc, de quo quæritur, venditio constitit; & est, qui veneat. In libero autem homine neque venditio constitit; & nihil est, quoniam veneat. Peto itaque, plenissime instruas. Respondi. Venditio quidem tam servi, quam liberi contrahi potest, & stipulatio de evictione contrahitur: Non enim de eo loquimur, qui sciens liberum emit: nam adversus hunc nec ad libertatem proclamatio denegatur. Sed is, qui adhuc servus est, etiam invitus venire potest: quamvis, & ipse in eo malus sit, quod de conditione sua dissimulat, cum in sua potestate habeat, ut statim ab libertatem perveniat. Quod quidem non potest ei imputari, cui nondum libertas debetur. Pone statuliberum passum se venum dari: nemo dicturus est, superveniente conditione, quæ non fuit in ejus potestate, libertatis petitionem ei denegandam. Idem puto etiam si in ipsius potestate fuit conditio. Sed in proposito magis probandum est, ut denegetur ei libertatis petitio, qui potuit petere libertatem, & maluit se venum dari, quia indignus est auxilio prætoris fideicommissarii.*

INter omnes constat, liberum hominem majorem 20. annis, qui se simulata servitute venundari passus est, prætii

tii participandi gratia; ex Senatusconsolto Claudiano servum fieri, nec posse proclamare ad libertatem contra bonæ fidei emptorem. Quod cæteræ leges hujus tit. & multæ aliæ in tit. de lib. causa ostendunt. Inde quæritur, si non liber homo, sed servus, cui fideicommissaria libertas debebatur, qui liberi quodammodo loco est, & statuliberi locum obtinet, ut ait *l. non tantum, §. qui per fideicommissum, de fideicom. libert.* Si hic, inquam, homo, cui debetur fideicommissaria libertas, se venire passus sit pretii participandi gratia, an ei denegetur proclamatio debitæ libertatis? quod videtur, ne is melioris conditionis sit, quam liber homo. Liber homo, qui aviditate pecuniæ se venire passus est, non potest proclamare ad libertatem, & servus ergo multo minus, cui debetur, non competit libertas, si se venire passus sit lucri cupiditate, non potest sibi petere debitam libertatem. Et ita concludit Paulus in fi. hujus legis, & *l. 1. C. eod. tit.* In contrarium tamen posset dici non esse servo, cui debetur fideicommissaria libertas, denegandam proclamationem debitæ libertatis, & aliam causam esse liberi hominis, nam hic turpiter facit prodita sua libertate, qui ei pecuniam præfert, & jure non valet venditio. At statuliberi, vel quasi statuliberi venditio valet, *l. 25. de statulib.* L. Rufinus Jurisconsultus hac de re consulit Paulum, eumque, ut in *l. legavi, de liber. legat.* rogat, ut plenius attingat quæ ad eam rem spectant: Jurisconsultus consulit Jurisconsultum peritissimum, is vero est L. Rufinus, qui contulit leges Dei cum legibus pop. Rom. fuit enim Christianus, & illa collatio, quæ non ita dudum edita est à Petro Pithoeo, habet in quadam bibliotheca Germaniæ præfixum nomen Licinii Rufini. Primo autem Paulus ait, venditionem liberi hominis valere, si ignorans quis eum bona fide emerit quasi servum, ut eo proclamante ad libertatem, evictionis nomine bona fide emptori detur actio ex empto contra venditorem, vel contra eum ipsum hominem, qui se venire passus est, & ita demum nihil valere venditionem hominis, si quis eum sciens emerit, ut ex Licinio Rufino refertur in *l. liberi hominis, de contr. empt.* Et contra hunc emptorem, qui sciens emit liberum hominem participantem pretium, sane non denegatur proclamatio libertatis, quia non est venia dignus, qui eum emit, quem sciebat esse liberum, *l. 7. §. si quis sciens, de lib. caus.* Plautus in Epidico, Act. 3. Sc. 4. ubi libera mulier loquitur. *Neque me quidem emere quisquam ulla pecunia potuit, quæ plusum sum libera quinquennium.* Is autem, qui adhuc servus est, etsi ei debeatur fideicommissaria libertas, etiam invitus à domino vendi potest: Imputatur tamen ei, quod dissimulata conditione sua, & quasi statulibertate, ac decepto emptore, se venire passus sit, qui in ipso articulo emptionis declarare debuit, sibi deberi fideicommissariam libertatem, quod tamen non potest imputari ei, cui nondum libertas debebatur, puta pendente conditione libertatis, vel casuali, vel potestativa, nihil refert, ut hic ait Paulus. Hic ergo postea superveniente conditione libertatis, proclamationem sive petitionem libertatis habet, etiamsi venierit interim, invitus forte. At ille, de quo est quæstio proposita initio hujus legis, cui debebatur fideicommissaria libertas, postquam se venire passus est, dissimulato statu suo, qui diceret deberi sibi libertatem præsenti die, quique eam præsenti die petere debuit, indignus est auxilio prætoris fideicommissarii constituendarum libertatum gratia, quæ per fideicommissum relictæ sunt. Indignus ergo est proclamatione & petitione libertatis, ut liber homo, qui se venundari passus est pretii participandi gratia. Petere & proclamare ab libertatem dici pro eodem, sed frequentius dicunt proclamare etiam alii auctores. Seneca in controversiis: *proclama ingenuam esse te*: quia, ut ita cum Martiale dicam, hæc res agebatur magno boatu, vel clamatu, & magno quiritatu, vel ter quaterque clamitando se liberum esse, in judicio instituta actione præjudiciali. Hinc elegans quoque locus de hac re M. Tullii apud Plutarchum, cum M. Gellius, quem suspicio erat non esse ortum ex liberis parentibus, literas quasdam in Senatu recitaret magna & vehementi voce: Ne miremini, inquit Cicero, quod Gellius attolat vocam, est enim unus ex iis, qui proclamant.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XIII. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LXXI. de Jure dotium. *Cum dotem mulieris nomine extraneus promisit, mulieris periculum est: sed si maritus nomen secutus, usuras exegerit: periculum ejus futurum respondetur.*

HÆC lex de debitore mulieris loquitur, qui mulieris nomine dotem marito promisit, id est, qui quod debuit mulieri, mulieris nomine marito doti promisit, vel dixit, hujus nominis periculum, puta si debitor mulieris redigatur ad inopiam, & impar solvendo fiat, ait ad mulierem pertinere, nec maritum ejus pecuniæ nomine, quam debitor mulieri debuit, teneri mulieri soluto matrimonio dotis actione, ut eam pecuniam quasi receptam reddat: videlicet si nulla mora, aut culpa mariti fuerit in exigenda pecunia, vel quia debiti conditio nondum exstiterat, vel, quia nondum nuptiæ erant secutæ, cum is debitor facultatibus eversus est, id est, si nondum potuerit maritus eam pecuniam exigere, *l. non enim, & l. promittendo, §. si à debitore, sup. hoc tit.* At si maritus nomen illud debitoris secutus fuerit, periculum ejus pecuniæ, periculum inopis debitoris, respicere ad maritum, quia probavit nomen debitoris, & ideo soluto matrimonio maritum teneri uxori, ut eam pecuniam quasi receptam, etsi eam non receperit, ei restituat dotis nomine. Sequi autem & probare nomen maritus videtur, si, ut ait Paulus hoc loco, à debitore usuras exegerit pecuniæ debitæ, *l. 44. de admin. tut.* quæ huic legi conjungenda: est enim ex eodem libro, vel ut Dorotheus ait hoc loco, si novandæ obligationis causa debitorem suum mulier marito delegaverit, ut quod debet, ei expromitteret, *l. dotem, hoc tit.* quia novatio illa, & delegatio solutionem imitatur, *l. quamvis, §. interdum, ad Vellejan. l. inter, §. abesse, mand.*

Ad L. XLIV. de Admin. & peric. tut. *Qui nominibus à curatoribus prioribus susceptis, sive tutoribus nomina agnoverunt: periculum in se transferunt.*

Ad §. Sed si popillus *post pubertatem, rationibus à tutore acceptis, reliquationem ejus secutus, usuras acceptaverit: privilegium suum non amittit in bonis tutoris venditis. Prætor enim privilegium ei servare debet.*

HÆc lex docet, novissimos curatores, qui suscipiunt, probant, sequuntur, agnoscunt nomina contracta ex re pupilli, à tutoribus, vel curatoribus prioribus, forte postea remotis, periculum nominum in se transferre, ut *l. si probatum, de tut. & rat. distrah.* Aliud est suscipere nomina, aliud sequi, vel agnoscare, vel approbare, *l. si vero non remunerandi, §. idem ait, si tutor, mand.* novissimi curatores inviti à prioribus nomina contracta suscipiunt, non etiam inviti ea sequuntur, *l. 35. hoc tit.* qui sequitur nomina, non qui suscipit, eorum periculum in se recipit, *l. Titio, §. ult. ad municip.* Sequitur in hac l. si post pubertatem finita tutela, pupillus rationes tutelæ à tutore acceperit, & reliquationem ejus, id est, λοιπογραφίαν, sive scripturam, qua ex administratione tutelæ, verbi gratia, centum apud se residere testabatur, & ea debiturum se sub usuris certis: si, inquam, eam reliquationem pupillus approbaverit, & secutus fuerit, nempe reliquæ pecuniæ usuris sæpius à tutore acceptis, ut *l. 71. de jur. dot.* pupillum non ideo in reliquis exigendis venditis bonis tutoris, ut in *l. si negotium, de privil. cred.* non, inquam, ideo eum amittere privilegium exactionis, quo fretus à prætore desiderare potest, ut sibi priori ex bonis tutoris solvatur, quod tutor reliquatus est, de quo privilegio agitur in *l. ex facto, de pecul. l. ex pluribus, hoc tit. & l. aliam, de novat. & l. 25. de tut. & ration.* quæ cum sit ex eod. lib. & huic postremæ parti l. 44. coaptanda.

Ad

Ad L.XXII.de Tutel.& eation.dist. *Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli : neque enim sponte cum eo pupillus contraxit .*

Ad L.LXXXVII. de Diverſ. reg. jur.

DOcet lex 22. pupillo à prætore ſervari privilegium, ſi non tutor, ſed defenſor tutoris ei condemnatus ſit : quia, inquit, pupillus cum eo non ſua ſponte contraxit, id eſt, quia novatio, quæ fit judicio accepto cum defenſore, eſt neceſſaria, non voluntaria, *d. l. aliam*, *de novat.* Judicium redditur in invitum, *l. inter*, *§. ſi Stichum*, *de verbor. obligat.* & judicio accepto, id eſt, lite conteſtata contrahitur cum adverſario, *l.3.§.idem ſcribit*, *de pecul.* & inde lites contractæ Ciceroni, lites contractas judicanto : ſed contractus eſt neceſſarius, novatio neceſſaria, non voluntaria: novatio voluntaria auferret pupillo privilegium, ut ſi poſt pubertatem novandi animo ſtipularetur ab alio, quod ſibi tutelæ judicio tutor debet : at novatio neceſſaria, quæ fit judicio accepto cum alio, quam cum tutore, ut cum defenſore tutoris, non aufert pupillo privilegium, *d. l. aliam.* Et alia eſt ratio privilegii dati ei, qui pecuniam depoſuerit apud menſam argentarii, qui ab argentario acceptando uſuras id privilegium amittit, quia creditor potius eſt, quam depoſitor, certe non eſt ſimplex depoſitor, *l. Lucius*, *depoſ.* Idque Bartolus recte notat ex *l. ſi venirí*, *§. in bonis*, *de privileg. credit.* ad quam male reſpondet Accurſius. Ad id vero, quod ait *l.22.* novatione neceſſaria non auferri pupillo privilegium, &c. id eſt, non fieri conditionem pupilli deteriorem, referendum eſt illud, quod ſcribit Paulus in *l. 87. de reg. juris.* *Nemo*, inquit, *in perſequendo, litis conteſtatione, ſcilicet judicio accepto, deteriorem cauſam, ſed meliorem facit.* Hæc eſt ratio *d. l.22.* quæ oſtendit, cur non amittat privilegium pupillus, litem conteſtando cum defenſore tutoris. Et meliorem ejus conditionem fieri, qui litem conteſtatus eſt, oſtendit h. l. ex eo, quod poſt litem conteſtatam heredes ejus, quo cum actum eſt, tenentur ex omnibus cauſis, etiam ex pœnalibus cauſis, ex delictis : & tenentur quaſi ex contractu defuncti, quia cum defuncto judicio accepto contractum eſt, *l. pœnalia*, *hoc tit. l. un. C. ex delict. defunct.* Item poſt litem conteſtatam actiones, quæ morte actoris, vel creditoris erant interituræ, ut populares actiones, vel injuriarum, vel de moribus, ad heredes ejus tranſeunt ſimiliter, quaſi ex contractu, idque probavi *lib.7. ſup.ad leg.86. de reg. jur.*

Ad L.V. de Separat. *Si creditores hereditarii ſeparationem bonorum impetraverunt, & inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus : non poterunt reverti ad heredem, ſed eo, quod ſemel poſtulaverunt, ſtare debent, ſed ſi poſt impetratam ſeparationem aliquid heres adquiſierit, ſi quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id, quod adquiſitum eſt illis, qui ſeparationem impetraverunt, ſed ſi illis ſatisfactum fuerit: quod ſupereſt, tribuetur propriis heredis creditoribus. At ſi ex alia cauſa heres adquiſierit, non admittentur hereditarii creditores. Quod ſi proprii ad ſolidum pervenerunt, id, quod ſupererit, tribuendum hereditariis quidam putant, mihi autem id non videtur, cum enim ſeparationem petierunt: receſſerunt à perſona heredis, & bona ſecuti ſunt, & quaſi defuncti bona vendiderunt, quæ augmenta non poſſunt recipere. Idemque exiſtimo dicendum, etiamſi circa ſeparationem bonorum decepti, minus conſecuti ſunt, quam proprii heredis creditores. Proprii autem heredis creditores habent propria ejus bona, & perſonam, quæ poteſt, donec vivit, adquirere.*

BEneficium ſeparationis eſt, quod ſcilicet prætor dat creditoribus hereditariis deſiderantibus ſeparari ſe à creditoribus heredis, ac ſimiliter bona hereditaria ſeparari à bonis heredis, forte quod bona hereditaria ſunt idonea dimittendis creditoribus hereditariis, qui defuncti creditores fuerunt, bona autem heredis non ſunt idonea dimittendis creditoribus heredis, ut ſcilicet in hereditariorum bonorum poſſeſſionem veniant ſoli creditores hereditarii, & in poſſeſſionem bonorum heredis creditores heredis, non omnes confuſe in omnia bona tam defuncti, quam heredis. Et hoc eſt beneficium ſeparationis. Turpiter autem in ipſo limine hujus legis impingit Accurſius, dum *creditores hereditarios* interpretatur eſſe proprios creditores heredis, quos accurate Paulus ſeparat à creditoribus hereditariis. Et ponit idem Paulus creditores hereditarios poſtulaſſe, & impetraſſe ſeparationem bonorum, poſtea vero comperiſſe bona hereditaria non eſſe idonea, bona autem heredis eſſe idonea, contra quam initio petendæ ſeparationis ſibi perſuaſerant. Et ideo nunc redire velle ad heredem, & excutere ejus bona, nec uti beneficio ſeparationis, quod Paulus negat iis eſſe permittendum, quia ſeparationi, quam poſtularunt, ſtare debent, nec eludere beneficium prætoris. Ergo non admittuntur ad bona heredis, quæ habuit aditæ hereditatis tempore, vel quæ poſtea ex alia cauſa, quam hereditaria ſibi adquiſivit : nam ad ea, quæ poſt aditam hereditatem, ex hereditate quæſivit, admitti poſſunt, quia & hæc hereditaria eſſe cenſentur, quæ parta ſunt ex hereditate, & pecunia hereditaria, *l. res, quæ, de jur. dot. l. 1. C. de caſtrenſ. pecul. lib. 12. l. ult. C. de ſervis pig. dat.* Impletis autem, & dimiſſis creditoribus hereditariis in ſolidum ex bonis ab herede ex hereditaria pecunia quæſitis: quia & hæc heredis ſunt, ſi quid ex eis ſuperſit, id tribuendum eſſe ait creditoribus heredis, & ex contrario, dimiſſis in ſolidum propriis creditoribus heredis, ex bonis heredis, ſi quid ſuperſit in bonis heredis, quidam putat, nempe Papinianus in *l. debitor*, *§. ult. hoc tit.* ſuperfluum illud eſſe tribuendum creditoribus hereditariis. Quam ſententiam hoc loco Paulus improbat, & Ulpianus in *l.1. §.pen. hoc tit.* quia ea bona non ſunt hereditaria, & ſeparatione petita, creditores hereditarii ſemel receſſerunt à perſona, & bonis heredis, & ſecuti ſunt bona duntaxat hereditaria, eaque vendiderunt, quæ non poſſunt recipere augmentum ex bonis heredis ; bona heredis non augent bona hereditaria. Nec quidquam obſtat, quod creditoribus hereditariis fraudi ſeparatio bonorum fuerit : nempe quia ejus beneficio minus conſequuti ſunt, quam creditores heredis, nec ad ſolidum pervenerunt, quia id ſuæ ſimplicitati, & imprudentiæ imputare debent, cur temere, & inconſulto petierunt ſeparationem. Nullo ergo modo poſſunt attingere bona heredis, à quibus receſſerunt, ſed creditores ſoli heredis ea habent propria, quæ heres habuit aditæ hereditatis tempore, & quæ poſt aditam hereditatem adquiſivit ex alia cauſa, ut & perſonam quoque heredis, creditores heredis jure proprio obligatam habent, non jure hereditario. Et ita etiam, ut hoc loco, & *l. lecta*, *de reb. creditis*, *& l. qui heredi*, *§. ſi duorum*, *de condit. & demonſt. & l.6. uſufruct. quemadm. cav.* crediderim eundem auctorem, dum ait, *quidam*, Papinianum intelligere: nam conſtat inter Papinianum, & Paulum fuiſſe quandam emulationem.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XIV. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XLIII. de Adm.& per. tut. *Si pupillus alterum ex tutoribus poſt pubertatem liberaſſet : improbe alterum illius nomine conabitur interpellare. Idemque dicemus in duobus magiſtratibus collegis, quorum alterum reſpublica convenit. Sed hæc in magiſtratibus tractavi, quaſi duo rei ejuſdem debiti eſſent omnimodo, quod non ita eſt: nam ſi uterque idoneus eſt, electio locum non habet. Is autem, qui tempore liberatus eſt: non ei ſimilis eſt, qui nihil habet: ſed ei, qui ſatisfecit, habet enim quod objiciat petitori.*

HUJUS legis interpretatio difficillima ſane eſt: Species hæc eſt. Duo ſunt tutores, primus & ſecundus, qui communiter pupilli tutelam geſſere. Primus eſt idoneus atque locuples, ſecundus non eſt idoneus. Hunc, qui non eſt idoneus, pupillus pubes factus liberavit pacto, vel acceptilatione. Quæritur,

Digitized by Google

tur, *an possit alterum, qui est idoneus, convenire in solidum tam suo, quam sui contutoris inopis, & liberati nomine?* Respondeo: non posse: quia liberatio secundi pro solutione est. Et ideo primus pupillo non tenetur, nisi pro parte sua. Si neminem ex tutoribus pupillus liberasset, inopia secundi oneraret primum, & obligaret in solidum, videlicet pupillo etiam pro parte secundi adversus secundum quandoque locupletiorem factum, cedente actionem tutelæ primo, *l. ex pluribus, sup. hoc tit. l. 6. C. eod. l. 21. inf. de tut. & rat. distr.* Quandoquidem actionem in specie proposita pupillus nullam habet, ut primo eam cedere possit, aut inefficacem habet, quia secundum liberavit, & ideo secundus ei pro sua parte satisfecisse intelligitur. Denique superest tantum petitio pro altera parte, quæ pertinet ad primum. Proinde non est ferendus pupillus, si contra fidem bonam improbe, & inverecunde primum secundi nomine conetur interpellare. Et ita respondet Paulus. Nec obstat huic responso, quod uno ex duobus fidejussoribus à creditore liberato in alterum est actio in solidum, *l. 15. §. ult. de fidejuss.* quia actio, quæ in fidejussorem datur, stricta est, non bonæ fidei, ut supradicta actio tutelæ, quæ est bonæ fidei. Ac præterea alteri, à quo solidum exigit, potest creditor cedere actiones suas contra debitorem. In specie autem proposita nullam habet actionem pupillus, quam cedat primo, quem improbe exigit in solidum. Nihil etiam obstat, quod uno ex duobus heredibus à testatore absoluto onere legati, quod initio ab utroque herede reliquerat his verbis: *Quisquis mihi heres erit, Titio centum dare damnas esto*, alter, qui absolutus non est, legatario tenetur in solidum, *l. ab omnibus, de leg. 1.* quia & voluntas testatoris, & sermo huic sententiæ suffragatur, ut integrum scilicet onus legati apud alterum remaneat, qui absolutus non est. Quod autem dixit Paulus de duobus tutoribus, idem subjicit esse dicendum in duobus magistratibus collegis. De magistratibus municipalibus loquitur, sive duumviris, quorum alterum ex administratione cujusdam muneris publici communiter gesti Respublica convenit; alterum liberavit: nam pro parte liberati, qui non erat idoneus, idoneus, quem convenit, non tenetur in solidum, sed pro sua parte tantum, quia ut tutor, ita magistratus, qui liberatus est, licet egestate laboret, non est egeno similis, aut inopi, ut inopia ejus debeat onerare collegam, sed potius ei similis est, qui solvit, aut satisfecit pupillo, aut Reipublicæ. Satisfactio pro solutione est, *l. satisfactio, de solut.* sive ille pacto, sive acceptilatione liberatus sit. Similis est ei, qui solvit, quia habet, quod objiciat Reipublicæ si conveniatur. Et hæc est ratio posita in fine hujus legis, quæ respicit tam ad magistratum, quam ad tutorem liberatum. Is autem, qui liberatus est non est ei similis, qui nihil habet, non est egeno similis, ut debeat onerare collegam, sed ei similis est, qui satisfecit. Habet enim, quod objiciat creditori, nempe exceptionem, sive pacti acceptilationem. Lego, *is autem*, inquit, *qui liberatus est*, circumscripto verbo, *tempore*: nam ita habent omnes libri, vulgo, *is autem, qui tempore liberatus*. Facessere jubeo, illud verbum *tempore*, quia initio posuit, eum, de quo agitur, in fine hujus legis, simpliciter fuisse liberatum à pupillo pubere facto. Ergo & nunc simpliciter debet ponere eum fuisse liberatum à pupillo, vel Republica, pacto scilicet, vel acceptilatione, *l. 1. in fine, quæ in fraudem credit.* Ac præterea constat ex administratione tutelæ, vel cujusvis muneris publici tutorem, vel magistratum quemque teneri perpetua, non temporali actione. Neutrum ergo poni potest, tempore liberatum esse, sed modis consuetis, & solemnibus, puta pacto, vel acceptilatione. Itaque vox illa *tempore* redundat, & forte transducta est ex initio *l. seq.* dum ait, *tempore curæ*. In hac vero quæstione satis intelligitur Paulus magistratus comparasse tutoribus, & recta comparatio est. At in aliis causis plurium inter se distant, quod & hic Paulus attingit. Nam duo tutores ex tutelæ administratione, ut duo rei constituuntur ejusdem debiti, quia ipso jure singuli tenentur in solidum, etsi uterque sit idoneus, id est, si uterque solidum solvere possit. Electio est pupilli, quem conveniat in solidum ipso jure. Verum posita exceptione is, qui convenitur in solidum, si in eo nulla culpa detegatur, quæ suspectum tutorem non fecerit, uti potest beneficio dividendæ actionis, ut damnetur in partem tantum, quia hujus actionis, sive arbitrii, quod est bonæ fidei æquitas hoc desiderat, *l. 1. §. nunc tractemus, inf. de tut. & rat. distr. l. ult. rem pup. sal. fore, l. si plures, hoc tit.* Cæteri rei debendi ex alia causa, quam tutelæ, ante Novellam Justiniani non habuerunt beneficium divisionis: habent, si omnes sint solvendo. Magistratus autem, seu duumviri non sunt rei debendi, quia si uterque sit idoneus, electio locum non habet, ut scilicet, quem volet Respublica, eligat, & conveniat in solidum, sed in singulos est actio pro virili parte, vel pro rata administrationis.

Ad L. III. de Reb. dub. *In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus. Itaque qui aliud dicit, quam vult: neque id dicit, quod vox significat, quia non vult: neque id quod vult, quia id non loquitur.*

HÆc l. differentiam facit inter eum, qui ambigue, & eum, qui perperam loquitur. Ambiguus sermo est, qui in duas, vel plures sententias trahi potest, *l. cum Stichus, de solut.* Etsi autem sermo testatoris sit ambiguus, ipse tamen nunquam testator sibi est ambiguus, quia non utrumque vult, quod ambiguus sermo significat, sed alterutrum tantum. Et ideo id solum sequimur, quod eum sensisse probatur, *l. in ambiguis orationibus, de reg. jur.* vel si id liquido non appareat, sequimur quod commodius heredi est. In dubio parcimus heredi, quem magis dilexit testator, cum summum honorem testamento suo ei detulerit, ut probat, *l. Sempronius, de leg. 2. l. 3. §. 3. de ann. leg.* nemo est sibi ipsi ambiguus, quia ut Diodorus dicebat, nemo duo, vel plura dicit, qui se sentit unum dicere. Et ratio alia est ejus, qui ambigue non loquitur, sed perperam, & inepte, ut puta, qui aliud dicit, quam sentit, quia neque id sentit, quod dicit, neque id dicit, quod sentit. Et hoc casu interdum plus valet quod dixit, quam quod sensit, & voluit, ut in legatis, in quibus strictum jus sequimur, si cum vellet testator ejusdem fundi usumfructum alii legare, alii nudam proprietatem, legaverit alii fundum, alii usumfructum, non ex sententia testatoris ei, cui legaverit fundum, dabimus nudam proprietatem, sed ex verbis plenam, & solidam proprietatem, communicato usufructu: quia fundi appellatione plena proprietas significatur, *l. si alii, de usufr. leg.* Testatoris sententia est quidem juris subtilitate potior, ut in *l. Sempronius, d. tit.* sed non est potior certa, vel indubitata scriptura, vel nuncupatione verborum. Et hoc est, quod ait *lex ille. aut ille, de leg. 3.* quum in verbis legatorum scilicet nulla est ambiguitas, non deberi admitti quæstionem voluntatis, vel interpretationem non esse quærendam, quid voluerit, aut senserit. Eodemque pertinet *l. 16. de cond. & demonst.* interdum plus valet, quod sensit, quam quod dixit, ut in fideicommissis, in quibus plus potest nuda voluntas, *l. cum virum, C. de fideicomm.* Et ita de fideicommissis est accipienda *l. 25. hoc tit.* Interdum vero nihil agitur, si testator aliud dicat, quam quod senserit: ut si vestem leget pro fundo, falsa animi sui notione subjecta, inutile est legatum, *l. 4. de leg. 1.* quia ut d. l. ait, rerum vocabula, quæ scilicet rerum substantiam demonstrant, quæ sunt notæ, & symbola rerum, sunt immutabilia, quæ differentiam tantum demonstrant: ut Stichus, Pamphilus, fundus Cornelianus, illa sunt mutabilia, nec eorum mutatio quidquam officit legato, si evidens sit sententia defuncti. At illorum mutatio, quæ rerum substantiam significat, damnum adfert sententiæ defuncti: perimit etiam sententiam defuncti, qui contra naturam loquutus est, qui fundum dixit pro veste, aut vestem pro fundo: Symmachus 5. epist. 52. *Quid mobilibus commune cum prædio, nullus error sensuum, nulla verborum interpretatio potest verba ista miscere.* Aristoteles 2. Top. Qui mutant rerum vocabula, quibus res, quasi publica nota insignitæ sunt, migrare à natura, & civitatis more publice recepto, ac proinde nihil agere. Et ex hac causa derisorium potius videtur legatum, quam utile.

Ad L. CIII. de Condit. & demonst. *Si ita legatum sit,* Titio

Digitized by Google

Titio post decem annos dato, si satis ab herede non exe- A gerit, *& Titius intra decimum annum decesserit:ad heredem suum transmittet legatum : quia moriente eo conditio exstitit.*

ANte omnia ponamus principia juris, quæ ad hanc legem spectant. *Legatario mortuo pendente conditione, conditionalia legata in heredem ejus non transmittuntur.* Item : *legati conditionalis pendente conditione legatario ex edicto prætoris cautio præstanda est, puta, quum conditio extiterit se legatum præstiturum*, quæ cautio nec remitti potuit à testatore ante constitutionem D. Marci, id est, *l. 2. C. ut in poss. legat.* & species, quam mox ponam pertinet ad illud jus, quod obtinuit ante illam constitutionem, ut demonstrat *l. cum tale, §. Titius, hoc tit.* Finge, centum Titio legavi post decem annos, sub hac conditione, si medio tempore eam cautionem ab herede non exigeret, quæ B conditio hodie esset pro remissione cautionis, olim non fuit pro remissione : sed omnimodo pro conditione, quæ implenda necessario foret. Titius non exegit eam cautionem, & decessit intra decennium. Quæritur an transmiserit legatum ad heredem suum? Et respondet transmisisse, quia moriente eo legati conditio exstitit, & certum esse cœpit, cum eam cautionem non exacturum, quam ante nec exegerat. Moriente denique eo legati conditio non exstitit : conditio non faciendi impletur morte legatarii, sed quia impleri potest etiam morte heredis, superstite legatario, legato sub ea conditione relicto, si ab herede cautionem non exegerit, Mutianæ cautioni locus non est, id est, oblata cautione Mutiana, Titius non potest pervenire ad legatum pendente conditione, *l. cum tale, §. Titius, hoc tit.* At moriente legatario, cui imposita ea conditio est, su- C perstite herede testatoris, legatum in heredem legatarii transmittitur, & peti ab eo potest, post decennium tantum non statim, quia & dies & conditio inest legato; peti, inquam, potest ab eo post decennium, non ante, ut Accursius notat recte : & ratio hæc est, ne heres legatarii maturius habeat legatum, quam, legatarius ipse, *l. Publius, §. ult, sup. hoc tit.*

Ad L. XLI. de Re judic. *Nesennius Appollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo: an in solidum conveniendus sis? & si in solidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegavero? & quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito ejus dotem promiserit? Respondit: nulla creditor exceptione summovetur, licet is, qui ei delegatus est poterit uti adversus eum, cujus nomine promisit, cui similis est maritus: maxime si constante* D *matrimonio petat, & sicut heres donatoris in solidum condemnatur, & ipse fidejussor, quem in donando adhibuit : ita & ei, cui donaverit, in solidum condemnatur.*

Ad §. Fundum, *qui donavit, si non restituat : ut quivis possessor, damnandus est, si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos consumpsit, in solidum condemnandus est, potuit enim non periclitari si statim restituisset, si dolo desiit possidere: in litem jurabitur, & tanti sequetur condemnatio* (†).

Ad §. In solidum *condemnatus donator actione judicati, nisi in quantum facere potest, non tenetur beneficio constitutionis.*

ANte omnia meminisse debemus, eum, qui ex donatione se obligavit, puta qui donandi animo stipulanti promisit rem, vel pecuniam certam, licet teneatur in solidum, tamen non damnari in solidum, sed in id tantum, E quod facere potest, ex constitutione Divi Pii, *l. qui ex donatione, de donat. l. si extraneus, de jur. dot. l. Divus Pius, de reg. jur.* Et in fine hujus legis beneficio constitutionis, id est, constitutionis Divii Pii. Id quod donator consequitur, si ex donatione conveniatur in solidum, opposita exceptione doli mali, hoc modo : At si non dolo malo facias, qui ex causa donationis plus à me petis, quam facere possim, *l. pen. de don.* Et is quidem solus, qui ex donatione convenitur, ex hac constitutione damnatur, & exigitur, in quantum facere potest, deducto ære alieno, *l. 19. §. ult. hoc tit.* id est, eo detracto, quod aliis creditoribus debet.

(†) *Vide Merill. lib. 1. Variant. ex Cujac. cap. 46.*

lis enim prius satisfieri oportet, quam donatario, nam & donatarius verus creditor non est, *l. exheredatum, in fine hoc tit.* Hoc cognito videamus, si te donaturum mihi pecuniam certam delegavero creditori meo, ut eam ei promittas, novatione facta videamus, inquam, utrum possit te creditor meus convenire in solidum, an eatenus tantum, quatenus facere potes, id est, quatenus facultates patiuntur. Et quid si te, cum mihi donare volebas, delegavero non creditori meo, sed ei, cui ego quoque donare volebam eam pecuniam, quam tu mihi donabas, vel offerebas, an hic posterior donatarius te in solidum convenire & condemnare potest? Quid item, si pro muliere, cui donare volebam certam pecuniam, muliere delegante marito ejus dotis nomine promiseris, an te maritus in solidum convenire potest? Has tres quæstiones conjunxit Nesennius Apollinaris, & proposuit Paulo, quibus ita respondet Paulus, ut dicat, creditorem meum, cui ego delegavi eum, qui mihi donare volebat, nulla exceptione repelli posse, quo minus solidum consequatur, *l. pen. de novat.* Quia is, quem delegavi, mihi donavit, non creditori meo, & contra me, ne mihi solidum solvat, supradicta exceptione se tueri potest, non contra creditorem meum, qui sibi debitum, non donatum petit. Et eadem ratione maritum, cui dotem promisit, qui mulieri donaturus erat, nulla exceptione repelli posse : maxime, inquit, si dotem promissam petat constante matrimonio, id est, marito jam sustinente onera matrimonii, nam dirempto matrimonio, maritus exceptione repelli potest in eo, quod mulier dotis judicio receptura est, *l. si donaturus, §. ult. de condict. cau. dat.* Proinde, sicut ea exceptio, ut non damnetur ultra facultates, datur tantum donatori, non heredi donatoris, non fidejussori donatoris, quem abhibuit in cavenda donatione : sicut, inquam, ea exceptio non datur heredi, vel fidejussori donatoris, si à donatario conveniatur in solidum, *l. etsi fidejussor, hoc tit.* quia heres, aut fidejussor donatoris ei non donavit, sed defunctus, vel reus principalis, & donatoris tantum persona meruit hunc favorem ex constitutione Divi Pii. Denique personale beneficium est, ita vero & cuilibet alii, qui nihil donavit ei, qui delegatus est, & promisit, & donavit deleganti tantum, nulla datur exceptio, si conveniatur in solidum ab eo, cui delegatus est, sive sit creditor delegantis, sive maritus : quia creditor, vel maritus ab eo stipulando suum negotium gessit, & nihil dolo malo facit. Eademque intervenit ratio, si cum mihi donare velles, ego te delegavero ei, cui & ipse tantundem donare volebam, quia tu non ei donasti, sed mihi; ideoque in integrum, id est, in assem, in solidum ei teneris, etiam ultra facultates tuas, non etiam mihi, *l. qui id quod, §. ult. de donat.* Et ita recte respondet Paulus. Huic responso obstat *lex si extraneus, de jur. dot. illo loco : nam si donavit, utcunque parcendum marito, qui eum non præcipitavit ad solutionem, qui donaverat, quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat, &c.* Quæ verba omnes sic accipiunt, ut maritus, cui is, qui mulieri donavit, voluntate mulieris dotem promisit, eum per judicem condemnare possit in id tantum, quod facere potest, non in solidum. Quod omnino est falsum. Et perperam quoque ea verba hactenus accepta sunt eo modo, quia non ad maritum, sed ad mulierem referuntur in hanc sententiam : ut si extraneus, cum mulieri donare vellet, pro ea dotem marito promiserit, & priusquam conveniretur à marito, defectus sit facultatibus, periculum ejus nominis, quod per inopiam debitoris periit, pertineat ad mulierem, non ad maritum, quia non potest imputari marito, quod pepercerit ei, cui & mulier ipsa pepercisset, quod non acerbe exegerit eum, quem nec mulier ipsa exegisset, vel quod maritus cum eo non egerit ex stipulatione, vel quod eum non præcipitaverit ad solutionem, qui donaverat mulieri, quem & mulier ipsa, si convenisset, in id tantum, quod facere posset, condemnatu erat. Sic legendum, vel intelligendum, id est, *Condemnatura erat.* Vis scire, quam hæc sit sententia vera? Observa verbum illud, *donaverat.* Quod sic omnino accipiendum est, *qui donaverat mulieri.* Nec enim ulli alii extraneus donaverat, quam mulieri. Observa etiam ver-

verbum illud, *Si convenisset*, referri ad mulierem, id est, si mulier donatorem convenisset, non convenit quidem eum, sed si convenisset eum ipsa condemnasset tantum in id, quod facere posset. Ergo & tertium verbum *condemnatu erat*, necessario ad mulierem referri debet, ut sit, quem mulier condemnatura erat: & condemnatu erat sic forte dixit pro condemnatu iri, quo modo frequenter juris nostri auctores utuntur, datu iri, redditu iri, actu iri, restitu iri, & M. Cato, M. Tull. (hoc nondum observarunt) in prætura urbana, ut legit Jul. Severianus Rhetor antiquissimus, qui falso editus est, & imperfectus sub nomine Cornel. Celsi, *Quis hoc non perspicit*, inquit, *præclare nobiscum actu iri. & in 5. ad Attic. plura alia sciebam tarde sibi redditu iri*, sic legendum ex veteribus: ex eisdem etiam in Octavio Minuc. Felicis, qui liber extat ad finem Arnobii, & falso dicitur esse liber octavus adversus Gentes, ita legendum est, *post mortem Amphiarus ventura respondit, qui proditu iri se ob monile ab uxore nescivit*. Porro solet etiam huic responso Pauli opponi *l. si prior, sol. matr.* sed inepte: quia ea lex non loquitur de eo, qui mulieri donaverat, sed de debitore mulieris, id est, de priori marito, qui mulieri dotem debuit, & posteriori marito dotem promisit mulieris nomine, qui quidem posteriori marito non tenetur ultra facultates suas, quia nec ultra facultates suas mulieri quidquam debuit dotis nomine, maritus enim de dote tenetur in id tantum, quod facere potest.

AD *§. Fundum*. Sciendum est, donatorem supradicta exceptione, vel supradicto beneficio Divi Pii uti contra donatarium, si à donatario conveniatur actione in personam, non si actione in rem: quia actione in rem convenitur non ut donator, sed ut quilibet possessor, sicut dicimus furem non teneri actione in rem, ut furem, sed ut possessorem quemlibet, *l. 12. C. de fur.* Fac traditione perfectam esse donationem fundi: post, casu aliquo, & bona fide donatorem nactum esse ejusdem fundi possessionem, & donatarium ab eo vindicare fundum, quasi suum factum per traditionem: si conventus actione in rem, id est, rei vindicatione, fundum non restituat arbitrio judicis: nam actio in rem est arbitraria, ut quivis possessor damnandus est in solidum, non ut donator in id tantum, quod facere potest, *l. qui restituere, de rei vindic.* vel si restituat fundum, etiam fructuum nomine in solidum est condemnandus, si eos, inquit, non consumpsit. Ergo fructuum tantum exstantium nomine: quia, inquit, potuit non periclitari, si statim fundum restituisset, id est, statim atque mota, & contestata lis est, & restituere jussus est. At quia statim non restituit fundum, periclitatur, id est, damnum facit fructuum exstantium. At cur non etiam consumptorum, ut definitur in *l. 17. de his, quibus ut ind. l. certum, C. de rei vindic.* quia post litem contestatam omnes possessores pares sunt, & tenentur tam de fructibus consumptis post litem contestatam, quam de exstantibus. (†) Dicendum, hoc esse singulare in donatore, ut de consumptis non teneatur, etiam si consumpti sint post litem contestatam, quia donator avare exigendus non est. Unde etiam ex mora, neque fructus debet consumptos, neque usuras, quæ fructus pecuniarum sunt, *l. eum, qui, de donat. l. liberalitatis, de usur.* Additur, donatorem conventum actione in rem, qui dolo fecit, quo minus fundum restituere posset, qui dolo malo eum desiit possidere, quanti in litem donatarius juraverat, id est, quanti litem juratus æstimavit, tanti damnandum esse, *d. l. qui restituere, l. seq. l. 2. de in lit. jur. l. 5. §. idem Julianus, ad exhib.* Jusjurandum in litem, quod dedit adversarius, sequitur condemnatio plerunque, quæ jurijurando comparatur, *l. à possidentibus, C. de rei vindic.* Et ultimo loco ostenditur in hac lege, supradictam exceptionem, ut non damnetur ultra facultates, à donatore opponi convento in personam ex causa donationis, non solum pendente judicio, quandocunque ante condemnationem, sed etiam post condemnationem in executione, vel actione judicati, quod etiam ostenditur in *l. qui id quod, sup. de donat.* Nunquam sera est hujus exceptionis sive defensionis oppositio sive allegatio.

Ad L. XXX. de Except. rei judic. *Ex sextante heres institutus, qui intestato legitimus heres esse potest, cum de re testamenti faceret quæstionem, ab uno ex institutis dimidiam partem hereditatis petit, nec obtinuit, videtur in illa petitione etiam partem sextantis vindicasse: & ideo, si cœperit ab eodem ex testamento eandem portionem petere, obstabit ei exceptio rei judicatæ.*

Ad §. Latinus Largus: *cum de hereditate inter Mævium, ad quem pertinebat, & Titium, cui controversiam moverat, transigeretur: traditio rerum hereditariarum Mævio heredi à Titio facta est. In qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo ejusdem Mævii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. His gestis posterior Titii creditor jus suum persequutus est, & obtinuit. Post hoc judicium Mævius heres reperit in rebus avitis chirographum ejusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. Cum ergo constet, prius avo Mævii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Mævius superatus est: quæro an jus avi sui, quod, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita, exsequi possit? respondi: si de proprietate fundi litigatur, & secundum actorem pronuntiatum fuisse diceremus, petenti ei, qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatæ exceptionem: quoniam de ejus quoque jure quæsitum videtur, cum actor petitionem implet, quod si possessor absolutus, amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obesset ei exceptio: nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videretur. Cum autem pigneratitia actum ist adversus priorem creditorem: potest fieri, ut de jure possessoris non sit quæsitum: quia non ut in proprietatis quæstione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri, & probabilius dicitur, non obstare exceptionem, quoniam de jure possessoris quæsitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quæstione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore, actio tamen pigneratitia competit. Verum est enim, & pignori datum, & satisfactum non esse: quare puto non obstare rei judicatæ exceptionem.*

IN hac lege duæ proponuntur species. Prima ita est constituenda. Quidam duos agnatos suos ejusdem gradus, primum, & secundum, qui ab intestato ei poterant heredes esse, testamento heredes instituit, primum ex sextante, secundum ex quincunce, & extraneum ex alio quincunce. Primus falsa opinione ductus dixit, non jure factum testamentum, id est, in eo deesse solemnia juris; & ut heres legitimus jure intestati ab extraneo vindicat, vel petit (utroque verbo idem significatur) semissem bonorum, quia omisso sextante, extraneo accrevit uncia: vindicat, sed non obtinet. Quæritur, an judicio superatus, quod instituerat in extraneum, deinde ex sextante sibi relicto aliquid jure testamenti percipere possit, an redire possit ad causam testati, quam omisit initio? Quod æquissimum esse videtur, quia errore lapsus, cum falso putaret injustum esse testamentum, semissem ab intestato vindicavit, *l. 17. de adquir. hered. l. mater, de inoff. testam.* Si dixisset testamentum inofficiosum esse, nec obtinuisset, esset indignus testamenti commodo, *l. Papinianus, §. meminisse, de inoff. testamen. l. edicto, §. pen. de jure fisci, l. alia, C. de his, quibus ut indig.* esset, inquam, indignus commodo testamenti: quia quantum in eo fuit, impugnavit testamentum, & justum judicium defuncti. At quum injustum esse testamentum dixit, ut in proposita specie, id est, non factum uti oportet ex lege, solemniter, quia de jure disputavit, de solemnibus & apicibus juris, non etiam justum judicium defuncti impugnavit, retinet testatoris voluntatem, *l. 1. §. 1. l. pen. de his, quibus ut indign.* retinet igitur sextantis partem dimidiam, id est, unciam, eamque petere à secundo potest: al-

te-

(†) *Vide Merill. lib. 1. variant. ex Cujac. cap. 46.*

teram vero unciam amittit, quia intelligitur ab extraneo semissem vindicando, & semissem sextantis vindicasse, qui extraneo accreverat. Idcirco re contra eum judicata, si ab eo unciam petat, id est, sextantis semissem, summovebitur exceptione rei judicatæ. Et hæc prior species hujus l. Sequitur posterior, quæ longe prolixior est. Orta est controversia inter Mævium avi sui verum heredem ex testamento, & Titium possessorem hereditatis ejus, & finita ea controversia est, facta transactione ea lege, *ut Mævio vero heredi Titius possessor traderet res hereditarias, quas possidebat*. Titius eas res ex causa pacti, sive transactionis Mævio tradidit, & in iis etiam fundum suum proprium, quem jampridem avo Mævii pignoraverat pecuniæ nomine, nam & hic fundus intelligitur esse ex hereditate avi, *l. 2. §. in hac actione, vi bonor. rapt.* eum, inquam, fundum prius avo Mævii obligaverat, deinde obligaverat etiam eundem jure pignoris Cajo posteriori creditori. Et hic quidem posterior creditor egit actione hypothecaria contra Mævium, ad quem traditione translata erat fundi possessio, & proprietas ex causa transactionis, & obtinuit Mævio nesciente avo quoque suo eundem fundum, & quidem priori fuisse obligatum, ac proinde Mævio nesciente avum suum in jure pignoris fuisse potiorem, nec se defendente privilegio temporis. Quæritur si postea Mævius in bonis avi invento chirographo hypothecæ, cognoverit avum fuisse priorem in hypotheca, an possit cum effectu agere hypothecaria contra Cajum posteriorem creditorem, à quo priore judicio superatus est, cum effectu, id est, sine metu exceptionis rei judicatæ, cujus hæc sit formula, *quod de eodem fundo agat, qui antea in judicium venit?* Et hæc est quæstio posterior. Cui ut respondeat Paulus, primum ostendit multum interesse utrum de proprietate, & dominio fundi litigatum sit inter Cajum agentem rei vindicatione hoc modo: *si paret fundum meum esse, & Mævium possessorem fundi*: an vero inter eos litigatum sit de hypotheca. Priore casu, si de proprietate litigatum sit, & secundum actorem pronuntiatum sit, puta, *fundum Caii esse videri*, petitionem suam, ut ait, implente Cajo, id est, probante, se ejus fundi dominum esse, eique Cajo ex causa judicati Mævius fundum restituerit, postea Mævio vindicanti eundem fundum, obstat exceptio rei judicatæ, quia quum judicatum est *fundum esse Caii*, qui egerat rei vindicatione contra Mævium possessorem: & hoc quoque judicatum videtur, fundum Mævii non esse, *l. si inter, hoc tit. & l. Pomponius, §. sed & is, de procur.* Denique pronuntiatum videtur, non tantum de jure actoris, sed etiam de jure possessoris. Nimirum fundum actoris esse, possessoris non esse, & hoc si possessor condemnatus est, si judicatum sit secundum actorem possessore condemnato. At si possessor, id est, Mævius absolutus sit judice pronuntiante, *fundum, quo de agitur, actoris esse non videri*, de jure tantum actoris pronuntiatum est, non de jure possessoris, ut ait *d. lex si inter, hoc tit. & Theoph. in §. æque, Instit. de action.* Non est ergo pronuntiatum de jure possessoris. Ex quo efficitur integrum esse possessori, forte amissa possessione fundi, si ea pervenerit ad Cajum, de cujus jure pronuntiatum est, eum fundum vindicare posse sine metu exceptionis rei judicatæ: quia nihil in suo judicio, inquit, de jure ejus statutum videtur, ubi loco, *in suo judicio*, legendum arbitror, *in superiore judicio*, ut paulo supra dixit in priore judicio. Et hæc de priore casu cum inter Cajum, & Mævium de proprietate litigatur. Posteriore autem casu, quum non de proprietate, sed de hypotheca superiore judicio litigatum est inter Cajum, & Mævium, nimirum Cajo agente hypothecaria contra Mævium, quam actionem hic vocat pigneratitiam, longe alio sensu, quam in titulo de pigneratitia actione, qui est de actione in personam, quæ nascitur ex contractu pignoris, & datur debitori soluta pecunia pignoris reciperandi gratia. Pigneratitia, de qua hic agitur est actio in rem, sive persecutio pignoris, quæ creditori datur contra possessorem pignoris qualemcumque, & proprie formula hypothecaria dicitur, vel actio utilis, aut Serviana, vel quasi Serviana. Hoc ergo casu, si inter Cajum, & Mævium priore judicio de hypotheca litigatum sit, & pronunciatum secundum Cajum, qui prior egerat hypothecaria, nempe pronuntiatum hoc modo: *fundum Cajo obligatum esse*, ex diverso non videtur etiam pronunciatum fundum Mævio obligatum non esse. Et alia est causa proprietatis, alia obligationis, & hypothecæ. Nam quod Cajus probavit, & vicit, suum esse in solidum, id non potest esse Mævii: dominium rei ejusdem non potest esse duorum in solidum, *l. si ut certo, §. ult. commod.* At hypotheca ejusdem rei duorum esse potest in solidum, Quidni, quod Cajus probavit, & vicit in solidum sibi esse obligatum, potest etiam Mævio teneri in solidum. Itaque Mævio postea agente hypothecario judicio contra Cajum, non nocet ei exceptio rei judicatæ, quia non de jure Mævii judicatum est, sed de jure Caii tantum, cum pronuntiatum est Cajo fundum obligatum esse, nisi forte ita pronuntiatum sit, non habita ratione exceptionis fundi avo suo prius obligati, quam Mævius opposuerat, quia & hoc casu, quum judicatur de jure Caii, & de jure Mævii judicari videtur, de quo etiam in judicio quæstio erat, inducta jure exceptionis ejusdem rei ante avo suo pigneratæ. Et hæc est species hujus *legis duobus, hoc tit.* At in specie proposita, quia Mævius eam exceptionem non introduxit, in judicio de jure Caii tantum, non de jure Mævii est pronuntiatum, & ideo agenti Mævio hypothecaria, nihil officit exceptio rei judicatæ. Contra, posset tentari in specie proposita, quod etiam subtiliter Paulus tentat, Mævio actionem hypothecariam dandam non esse, quia fundi dominium per traditionem factam à Titio, cujus fundus proprius erat, adquisivit, & hypotheca dominii adquisitione perimitur, quia nemini res sua obligata esse potest: rei suæ pignus non consistit in persona domini. Attamen Paulus concludit, Mævio competere actionem pigneratitiam, sive hypothecariam, quia etsi initio fundum Mævius habuerit ut dominus ex causa transactionis, cum ignoraret jus avi sui, nunc tamen errore comperto eum habet, vel persequitur ut creditor, ut in specie *legis debitor, ad Trebell.* explicatæ à nobis lib. 6. sup. Quia, ut ait Paulus verum est, avo ejus pignori obligatum fundum esse, & nondum solutam esse pecuniam, cujus nomine obligatus fuit, avo nondum satisfactum esse, vel Mævio heredi ejus, & ideo non cessare actionem hypothecariam, *l. grege, §. etiamsi, de pignor.* Denique & Mævio competit actio hypothecaria, quia ab initio constitit pignus in persona avi: nec si postea in eam causam reciderit, à qua incipere non poterat, dominio pignoris Mævio adquisito, non ideo irritum constituitur, ut sæpe idem Paulus scripsit evenire, in *l. 85. de reg. juris*, ut irrita non fiant, quæ initio jure constiterunt, licet in eam causam recidant, à qua incipere non poterant. Quare concludit Paulus, Mævio agenti hypothecaria, neque obstare exceptionem adquisiti dominii, & per hoc neque obstare etiam ei exceptionem rei judicatæ: & ita hæc l. explicanda est, quæ maxime indigebat interpretatione.

Ad L. XIII. de Dol. mal. & met. except. *Liberis exheredatis, qui nihil ex patris judicio meruerunt, rupto testamento jus suum conservandum est: nec opponetur doli mali exceptio: quod non solum in persona eorum, sed in heredibus: in persona liberorum quoque eorum obtinendum est.*

Ait, liberis exheredatis, qui nihil ex patris judicio meruerunt, id est, qui non agnoverunt, & approbaverunt judicium patris, rupto testamento agnatione postumi, servari jus legitimæ successionis, quia evanuit exheredatio rupto testamento, & eis liberis persequentibus jus legitimæ successionis non obstare exceptionem doli mali, quasi contra voluntatem patris faciant, quia eam patris voluntatem agnatio postumi irritam fecit. Idemque est si eam irritam fecerit repudiatio heredis instituti à patre, *l. filium, de bonor. possess. contra tab.* Et hoc ait, non solum in persona eorum liberorum, qui testamento patris exheredati erunt, esse servandum, vel obtinendum, sed etiam in heredibus, & in persona liberorum quoque eorum. Male vulgo, *sed in heredibus, & in persona quoque eorum.* Rectius

in Pandectis Florent. sine copula; *sed in heredibus, in persona liberorum quoque eorum*. Ac si dixisset in heredibus, id est, in persona liberorum quoque eorum. Nam cum rupto testamento liberi exheredati ipso jure patri heredes existant ab intestato una cum postumo, certe hereditatis portionem, & petitionem transmittont ad liberos suos, *l. si filius 2. de lib. & post. l. ventre, de adq. hered.* ad liberos suos, inquam, non etiam ad extraneos, arg. *leg. unicæ, C. de his, qui ante apertas tab.* ut plenius docui in *d. l. si filius, ad Africanum*. Transmittunt igitor ad liberos suos petitionem hereditatis pro partibus suis, & delatam ipso jure, & ab intestato, & tamen non rupto testamento morientes liberi exheredati post aditionem heredis instituti querelam inofficiosi testamenti non transmittunt ad heredes suos, nisi præparatam, ut indicat *l. 5. C. de inoff. testam.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XV. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. CXXX. de Verb. oblig. *Quod dicitur, patrem filio utiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur, hoc in his verum est, quæ juris sunt, quæque adquiri patri possunt. Alioquin si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio: veluti, ut tenere ei, vel ire agere liceat. Contra autem filius etiam, ut ire patri liceat, stipulanda adquiret ei. Imo, & quod in suam personam conferri non potest, hoc patri adquirat.*

PERTINET hæc lex ad id, quod vulgo dicitur, patrem filio, quem habet in potestate utiliter stipulari, & patri adquiri stipulationem quasi per filium, quia filius ipse sibi videtur stipulatus: & vox patris, tanquam vox filii est, *§. ei vero, Instit. de inut. stipul.* Et hoc est, quod ait, quasi sibi ille stipularetur. Ille enim est filios, ut Rogerius sensit recte. Potest tamen dici, & patrem, qui filio est stipulatus, sibi stipulatum videri, ex *l. Stichum, §. quæsitum, de solut.* Hanc autem vulgarem sententiam, patrem filio suo stipulari utiliter, veram esse Paulus interpretatur in iis, quæ sunt juris, quæque patri adquiri possint. Nam si pater filio stipulatus sit ex causa castrensis peculii, aut inutilis est stipulatio, qoasi alteri facta: aut ex æquitate pro singulari affectione patris erga filium, filio accommodabitur utilis actio, ut in *l. Cajus, sol. matrim.* nulla vero patri accommodabitur. Et in iis, quæ sunt joris, inquit, ut si ex alia causa pater stipuletur filio fundum dari, vel habere, possidere licere, sibi adquirit pater, *l. eum, qui ita, §. qui sibi, hoc tit. l. 2. C. de contr. stip.* quia jus proprietatis stipulatur, jus dominii, fundum dari, *fundum habere, possidere licere*, verba sunt importantia jus dominii. In iis autem, quæ sunt facti, & quæ conferuntur in personam filii, ut si pater stipoletur filio *fundum tenere licere*, quod est corpore tenere, & facto, & fundo incubare, vel insidere, aut si pater stipuletur filio *per fundum vicini ire agere licere*, quæ stipulatio posterior, ire agere licere, in persona filiifamilias non potest accipi pro jure servitutis prædialis, quia filiusfamilias prædium non habet, nihil proprium habet, & servitutem inutiliter stipulatur qui prædium vicinum non habet, *l. 1. comm. prædior.* In patrefamilias hæc verba ire *agere licere*, jus servitutis significarent: in filiofamilias non posşunt jus significare, non habente vicinum fundum, sed accipienda sunt pro mero facto, & ideo inutilis est stipulatio, quæ factum confert in personam filii, quia neque patri ex ea quæritur actio, neque filio, quia neque pater facere potest, quod ut filius faceret, cavit: Hoc enim cohæret personæ filii. Facta in actu hominom naturali consistunt, & natura dividit, & separat personam patris à persona filii. Denique facta cohærent personæ, cui adscribuntur, nec ab ea divelli, & in aliam personam transire possunt, *l. si statulibera, §. ult. de statulib.* Ergo ex ea stipulatione: quæ factum confert in personam filii, patri adqoiri noo potest, ut nec filio, quia per patrem filio adquiri non potest perversa ratione, sed per filium patri adquiritur, *l. cum dos, §. si vero, de pact. dotal.* E contrario, inquit, filium recte stipulari patri ire, agere licere per fundum vicinum, quia si pater vicinum prædium habeat, tum ea verba jus servitutis significant, non nudum factum, atque ita jus servitutis, vel aliud quodcunque jus, quod filiusfamilias in personam suam conferre, & coercere non potest, id si patri stipuletur, patri adqoirit. Idemque est si id sibi filius stipuletur. At in iis, quæ sunt facti, differentia est: nam si patri stipuletur factum, veluti, ut patri fundum tenere liceat, patri adquirit, *l. quodcunque, hoc tit.* quia vox filii tanquam vox patris intelligitur, *d. §. ei vero*. Sin autem filius sibi stipuletur factum, puta *tenere licere*, ipse solus tenere potest, non pater: quia quæ facti sunt, à persona ejus recedere non possunt, io quem collata sunt, *l. qui heredi, de cond. & demonstr.* & hæc omnia quæ dixi hactenus simili modo observantur in domino, & servo, *l. stipulatio ista, §. hi, qui sunt, & l. dominus, hoc tit. §. sed cum factum, Instit. de stipul. serv.* Nam & vox domini, vox servi dicitur, & contra, *§. post mortem, Institut. de stipulat. serv. l. si servus communis, de dam. inf.*

Ad L. CXXXII. eod. *Quidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniæ quantitatem, si eum aliter, quam ut filium observasset. Quæro si postmodum domo eum propulerit, vel moriens nihil ei testamento reliquerit: an stipulatio committetur, & quid intersit, utrum filius, an alumnus, vel cognatus agentis fuerit? Præterea quæro, si filium suum quis legitime in adoptionem dederit, & ita, ut supra scriptum est, stipulatio intercesserit, eumque pater adoptivus exheredaverit, vel emancipaverit, an stipulatio committatur? Respondi, stipulatio utilis est in utroque casu. Igitur si contra conventionem factum sit, committeretur stipulatio. Sed videamus primum in eo, qui legitime adoptavit, an possit committi, si eum exheredaverit, vel emancipaverit. Hæc enim pater circa filium solet facere. Igitur non aliter eum, quam ut filium observavit. Ergo exheredatus de inofficioso agat. Quid ergo dicemus, si & meruit exheredari? Emancipatus plane & hoc remedio carebit. Quare sic debuit interponi stipulatio, ut si eum emancipasset, vel exheredasset, certum quid promitteret. Quo tamen casu commissa stipulatione potest quæri, an exheredato permittendum esset dicere de inofficioso, maxime si patri naturali heres exstitisset, an victo deneganda est ex stipulatu actio? Sed si ei, qui stipulatus est, non debuit denegari: victo filio, nec ipsi deneganda erit debitæ pecuniæ exsecutio. In eo autem, qui non adoptavit, quem intellectum habeat hæc conceptio, si eum aliter, quam ut filium observasset, non prospicio. An & hic exigimus exheredationem, vel emancipationem, res in extraneo ineptas? Sed si is, qui legitime adoptavit, nihil facit contra verba stipulationis, cum utitur patria jure in eo, qui hæc non fecit, dicit supervacuo. Dici tamen poterit commissam esse stipulationem.*

Ad §. Filiusfam. *ita stipulatus est*, quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse jubes? *Et emancipatus credidit, patri non debebit fidejussor: quia nec reus ei tenetur.*

PAter filium suum L. Titio tradidit ea lege, ut si eum aliter observaret, vel tractaret, qoam filium, certam pecuniam pœnæ nomine patri dependeret. Quæritur, an pœna committatur, si L. Titius eum domo sua exegerit, vel moriens nihil ei prorsus reliquerit? Idem quæri potest, si pater filium suum legitime Titio dederit in adoptionem: legitime, id est, solemniter, adhibita tertia emancipatione, eum Titio cedendo in jure apud prætorem, vel præsidem. Quæri potest, an committatur pœna si L. Titius eum exheredaverit, vel emancipaverit, vel abdicaverit, & domo sua propulerit, vel si in testamento eum omnino prætermiserit? Et hoc posteriore caso, si filium à patre naturali sibi in adoptionem datum L. Titius exheredaverit in testamento, pœna non committitur, quia patrio jure usus est. Idque verum est indistincte, sive eum merito, sive immerito

rito exheredaverit. Nam si immerito, filio adoptivo sufficit querela inofficiosi testamenti, probanti se immerentem esse, & ita rescindenti exheredationem, & totum testamentum: si merito, hoc quoque casu, licet inanis futura sit querela inofficiosi testamenti, quia merito exheredatus est, stipulatio pœnalis non committitur, ut nec quum eum filium L. Titius emancipavit. Quo casu emancipato nulla competit querela, ut significatur illo loco *emancipatus plane, &c.* id est, exheredatus habebit remedium querelæ, & rem obtinebit, si probet se immerito exheredatum: At emancipatus querela inofficiosi carebit, quia nemo invitus emancipatur, *l. jubemus, C. de emancip. lib. & Paulus 2. Sentent. tit.* 25. At invitus exheredatus excluditur bonis paternis. Ut autem exheredando, ita emancipando pater adoptivus patrium jus exercuit, nec aliter filium observavit, quam alii patres solent. Emancipatio est beneficium patris, *l. 1. si à parente quis manum. fuer. l. filio, ut leg. nom. cav.* beneficium quærendorum sibi bonorum: exheredatio est fulmen patris, ut de abdicatione dixit Quintil. declam. 259. abdicationem esse fulmen paternum adversus ferociam adolescentium. Aliud tamen dicendum erit, si ita concepta fuerit stipulatatio pœnalis. *si filium exheredaveris, vel emancipaveris, pœnæ nomine tot dari*: nam filio exheredato, vel emancipato pœna committitur: non illo casu, si ita concepta sit stipulatio, si eum non observaveris ut filium. Quum ergo ita concepta est, si eum exheredaveris, vel emancipaveris, eo exheredato, vel emancipato pœna committitur: pœnæ petitio competit stipulatori, id est, patri naturali: exheredato quoque filio competit querela inofficiosi testamenti. Imo etsi in querela non obtinuerit, ei competit pœnæ petitio, pœnæ debitæ executio, si patri naturali heres extiterit. Quia & patri naturali competeret, filio superato in querela inoffic. testam. Et hoc est, quod ait, *sed si ei, cui stipulatus est*, id est, patri naturali non debuit denegari victo filio, &c. Hæc sunt legenda sine ulla interpunctione, præterquam in ultimo verbo, *non debuit denegari*, victo filio, id est, si patri naturali victo filio in querela inofficiosi testamenti non debuit denegari pœnæ petitio, nec ipsi filio exheredato deneganda erit, etsi in querela non obtinuerit. At si pater adoptivus filium abdicaverit, & propulerit domo, puto stipulationem committi, quia filii jure civili abdicari non solent, *l. abdicatio, C. de pat. pot.* Hoc est institutum vetus Græcorum, non Romanorum. Et priore quoque casu, si filium alienum Titius in adoptionem non acceperit, sed suæ fidei commissum à patre susceperit, deinde eum abdicaverit, & domo exegerit, stipulatio committitur, quia in eo non se gessit, ut Romæ patres solent, qui nunquam abdicant filios. Idemque obtinet utroque casu, si filius ex ultimo judicio ejus, cui est datus in fidem, vel adoptionem nihil tulerit, nihil promeruerit, quia solent quidem filii à patribus exheredari, sed non omnino præteriti: aut si silentio prætereantur vitiosum est testamentum, non solet eis à patribus nihil prorsus relinqui. Nam & exheredatis sæpe relinquitur legatum, vel fideicommissum. Exheredati sunt, quibus hereditas non relinquitur, & qui nominatim, vel inter cæteros exheredes esse jubentur, etiamsi sit eis relictum legatum, vel fideicommissum. Utroque enim casu non committitur pœna, si vel susceptum, vel adoptivum filium alienum exheredaverit, vel emancipaverit, quia in adoptato id fecit jure patris: in suscepto, nullo jure: quia susceptus extraneus illi est, & in extraneo, qui non est in potestate nostra inanis exheredatio, & inepta res est, ut etiam emancipatio. Extranei enim non sunt in nostra potestate, *l. si instituta, §. 1. de inoffic. test. l. non putavit, §. si quis emancipatum, de bon. poss. cont. tab.* Et hæc si pater naturalis filium suum alii dederit in fidem, & quasi clientelam, vel in adoptionem. Quod si non filium ita dederit, sed alumnum, vel cognatum, an in iis idem erit obtinendum, quod in filio? Et omnino idem est servandum in alumno, quia loco filii est, *l. denique, de pignor.* & in cognato etiam, quia & cognatus pro parte nostri habetur: *l. cum scimus, in fine, C. de agric. & censitis lib.* 11. videlicet, si in fidem alterius quis dederit alumnum suum agnatum, vel cognatum: Nam in adoptionem dare non potest alumnum, vel cognatum, quia eum non habet in potestate.

AD *§. ult.* Proponitur in extremo hujus legis, fidejussorem adhibitum fuisse futuræ obligationi filiofamilias stipulante, hoc modo; *Quantam pecuniam Titio credidero, fide tua esse jubes?* quo facto si emancipatus filius crediderit Titior, cui obligatur fidejussor, an patri, an filio? Respondet non obligari patri, sed filio. Quia nec reus principalis obligatur patri, sed filio tantum, qui et credidit pecuniam post emancipationem, & exemplum rei principalis sequi debet fidejussor, quasi stipulatio fidejussoris vires non accipiat ante emancipationem, cum stipulator erat in familia patris, sed post emancipationem, quo tempore demum extitit reus principalis, sine quo fidejussor esse non possit, & hoc ostenditur in *l. si debitori, §. 1. de fidejuss.*

Ad L. XX. de Stipul. servor. *Liber homo bona fide mihi serviit. Stipulatur ex re mea, vel ex operis suis Stichum: qui ipsius est. Magis est, ut mihi adquirat: quia etsi servus esset meus, adquireret mihi. Nec enim illud dici debet, quasi ille quoque in peculio ejus esset. Sed si ex re mea Stichum, qui meus est stipulatur, sibi adquiret.*

Ad §. Apud Labeonem *ita scriptum est: filium, & filiam in sua potestate pater intestatus reliquit. Filia eo animo fuit semper, ut existimaret, nihil ad se ex hereditate patris pertinere. Deinde frater ejus filiam procreavit, & eam infantem reliquit. Tutores servo avito ejus imperaverunt, ut ab eo, cui res aviæ hereditatis vendiderunt, stipularetur, quanta pecunia ad eum pervenisset: Ex ea stipulatione, quid pupillæ adquisitum sit, peto rescribas. Paulus: Est quidem verum, bona fide possessum servum ex re ejus, cui servit, stipulantem possessori adquirere. Sed si res, quæ ex hereditate avi communes fuerunt, in venditionem hereditatis venerunt: non videtur ex re pupillæ totum pretium stipulari: ideoque utrisque adquirit.*

IN hac l. duæ proponuntur quæstiones, quarum prima hæc est: certum est, liberum hominem, quem tanquam servum bona fide possideo, mihi adquirere obligationem ex duabus causis tantum, ex suis operis, ut si stipuletur mercedes operarum suarum, & ex re mea, ut si ex administratione rerum mearum, veluti si ex mutuatione pecuniæ meæ, vel ex locatione prædiorum meorum stipuletur Stichum sibi dari proxenetici nomine, *l. ex re, de usufr.* Et apud Theoph. in *§. de iis, Institut. per quas pers. nob. adqu. oblig.* Extra has duas causas liber homo, qui mihi bona fide servit, sibi adquirit obligationem, non mihi, *l. liber homo, de adquir. rer. dom.* At quæritur, si is liber homo ex re mea, vel suis operis stipuletur sibi dari Stichum, qui suus est, an mihi adquirat obligationem? Movet dubitationem, quod Stichum stipulatus est, quem ipse sibi adquirere non potest, quia nemo, quod jam adquisivit, sibi opus suum fecit, id amplius suum facere potest. Dominium non recipit *τὸ μᾶλλον*, non recipit magis, aut minus, *l. & an eadem, §. actiones, de except. rei judic.* Et absurdum videtur, ut quis adquirat alii, quod sibi non potest. Proinde, ut legatum servo relictum valet ex persona servi, hoc est, ita demum si liber factus sibi adquirere possit, *l. debitor, §. servo, de leg. 2. l. 5. de serv. leg.* Ad eundem quoque modum, idemque exemplum stipulatio videtur valere ex persona servi, qui stipulatur. Et quod in servo meo obtinere videtur, id etiam obtinet in eo, quem bona fide possideo, nempe in libero homine, quem bona fide possideo, tanquam servum meum, quia pro servo eum habeo, & ille vicissim servum se esse putat. Verum aliud Paulo judicium est, qui respondet: non ideo minus mihi adquiri obligationem, si liber homo, qui mihi bona fide servit, Stichum stipulatus sit, ex re mea, vel operis suis, quod Stichus ipsius sit, id est, quod eum ipse sibi adquirere non possit: quia etsi is liber homo revera servus esset meus, mihi ex stipulatione adquireret obligationem, quam sibi liber factus adquirere non posset, ut si Stichum, quem habet in peculio, stipularetur, quem liber factus non adempto peculio sibi adquirere non potest, quia suus est servus, mihi tamen adquireret actionem ex stipulatione. Neque enim, inquit,

Digitized by Google

illud dici videtur, quasi in peculio ille esset, id est, dici non debet, ideo mihi non adquiri stipulationem, in quam servus meus deduxit servum suum peculiarem, quod servo meo adquiri non possit, qui jam in ipsius peculio est, quasi proprio patrimonio, quique manumissum eum consequitur. At ex diverso, ut subjicit in fine hujus responsi, si liber homo, qui mihi bona fide servit, stipuletur Stichum, qui meus est, ex re mea, vel ex suis operis, tum quia mihi adquiri non potest, sibi adquirit, eique debetur Stichus. Et hoc est, quod generaliter definitur in *l. qui bona*, *§. & generaliter*, *de adquir. rer. dom.* quod liber homo ex re bonæ fidei possessoris ei adquirere non potest, ut rem ejus propriam, id sibi adquirere, vel saltem ejus rei obligationem. Quod autem ex re ejus sibi adquirere non potest, ut rem suam propriam, id possessori adquirere. Quo loco recte cæteri omnes libri, *quod autem ex re ejus*, & pessime soli Florentini, *quod autem non ex re ejus*, *sibi adquirere non potest*, *&c.* ut jampridem docui *4. & 17. observat.* docuit etiam Antonius Faber, nisi forte accipiamus duas negationes pro una, quod in eis Pandectis est frequentissimum, quod fuerint scriptæ ab homine Græco, qui Græcorum more sæpe geminavit negationes, & contentus ero alterum locum proponere, in quo reperitur error similis: in *l. 1. §. si quis sub conditione*, *ut leg. nom. cav. quia nec legatum non transmittitur*, id est, quia legatum conditionale non transmittitur. Certum enim est extra rem bonæ fidei possessoris, vel operas liberi hominis bona fide possessi, quæ etiam videntur esse ex re possessoris, quoniam possessori debentur, quasi domino, nihil aliud adquiri possessori per illum, ex re tamen possessoris, vel operis illius, etiam quod sibi ille liber homo adquirere non potest, id adquirit possessori: & retro, quod ex iisdem duabus causis possessori adquirere non potest, id sibi adquirit. Idque ita procedit in contractibus, ut scilicet consistant ex persona bonæ fidei possessoris, vel domini, cui adquiri potest, licet libero homini adquiri non possit. Legatorum autem, quorum argumento usus sum in ratione dubitandi, longe alia est conditio, ex uno latere scilicet: legata enim relicta servo, vel libero homini bona fide possesso, consistunt ex persona servi, vel liberi hominis bona fide possessi, non ex persona domini, vel bonæ fidei possessoris. Nec ergo valent aliter, quam si libero homini adquiri possint, *d. l. debitor*, *§. servo alieno*. Ratio differentiæ hæc est, quia contractus statim atque perfecti sunt, vires accipiunt & coalescunt in persona domini, vel possessoris, cui adquiri potest, *l. 26. hoc tit.* Legata autem non statim vires accipiunt testamenti tempore, sed mortis testatoris tempore, à quo dies eorum cedit. Ex qua differentia inter legata & contractus oriuntur aliæ permultæ. At ex alio latere, puta quum quid domino, vel bonæ fidei possessori adquiri non potest, fateor inter contractus, & legata nullum esse discrimen. Nam quod ex causa contractus, vel legati adquiri ei non potest, libero tamen homini, aut servo, cum liber erit, qui contraxit quive legatum meruit, adquiri potest, ut ostendi lib. *6. ad §. servo alieno*, & hæc de priore quæstione, quæ fuit de libero homine bona fide possesso. Sequitur altera quæstio, quæ est de servo alieno in totum, vel pro parte bona fide possesso, qui etiam possessori compararet, & adquirit ex duabus causis tantum, ex re possessoris, & ex suis operis. Finge: Pater, qui filium, & filiam habebat in potestate, iis superstitibus intestatus decessit, filia eo animo semper fuit, ut putaret ad se hereditatem patris non pertinere, erravit scilicet in facto, quia forte existimavit patrem testatum vita decessisse, & se exheredasse: si errasset in jure, puta si existimasset filia, in successione patris intestati masculum fœminæ præferri, quales olim fuisse Armeniorum mores indicat Novella 21. & Saliorum, item atque Anglorum, & Turingorum vetustissima jura: hoc casu filiæ erranti in jure non subveniretur, quia juris error fœminis nec in compendiis prodest, puta in quærendis hereditatibus, *l. 1. & 8. D. de jur. & fac. ignor. l. 2. C. eod.* Erranti in facto subvenitur, ut hujus quæstionis finis ostendit. At in hac specie filia erravit in facto, ut dixi. Filius autem bona fide possedit hereditatem totam patris, non concurrente filia; quæ se exheredatam testamento patris putabat, quod nullum extabat. Deinde filius filiam procreavit, eamque impuberem moriens reliquit heredem ex asse. Tutores ejus filiæ hereditatem avi, quæ ad patrem ejus tota pervenerat, vendiderunt, retento uno servo avito, cui imperaverunt, ut ab emptore avitæ hereditatis stipularetur, quanta pecunia ad eum pervenisset, quod est initium formulæ stipulationis emptæ, & venditæ hereditatis, *l. 50. de verb. obligati. l. 2. de heredit. vend.* Qua quidem stipulatione emptor à venditore stipulatur, *quanta pecunia ex hereditate vendita ad eum pervenerit*, *tantum præstitum iri*. Et vicissim venditor ab emptore restipulatur certum pretium hereditatis, ut in hac specie, sicut indicant verba illa, *totum pretium stipulatori*: vel stipulatur etiam venditor pecuniæ, quam solverit nomine hereditario, restitutionem, *l. si ex pluribus*, *de heredit. vend. tutores imperarunt*, inquit. Tutorum est jubere imperare servis pupillæ, quia loco dominorum sunt, *l. 28. de administ. tut. l. interdum*, *§. qui tutelam*, *de furt.* Quæritur, an ex ea stipulatione, quam servus avitus jussu tutorum, & pupillæ nomine interposuit, an, inquam, aliquid ex ea pupillæ sit adquisitum? servum illum pupilla bona fide possidebat quasi suum in totum, ut & pater ejus: alioqui mala fides patris ei noceret, *l. cum heres*, *de divers. & temporal. præscript.* At revera eum servum pupilla habebat communem cum amita sua, quæ errore lapsa opinabatur, ad se hereditatem patris, id est, avi pupillæ non pertinere. Et siquidem servus stipulatus esset ex re pupillæ tantum, pupillæ soli adquisisset obligationem, quasi totius servi bonæ fidei possessori. At quia stipulatus est ex re communi cum amita pupillæ, id est, ex hereditate avi. Paulus respondet recte utrique adquiri stipulationem pupillæ, & amitæ ejus ex partibus æquis. Nec obstat quod objicit Accursius in *l. proinde*, *§. 1. hoc tit.* servum communem, qui nominatim uni ex dominis, vel jubente uno ex dominis (jussum pro nomine est) stipulatur, ei soli adquirere. Id enim verum est, & fatemur quidem, hic servum non tantum pupillæ nominatim esse stipulatum, sed etiam jussu tutorum, qui loco pupillæ sunt. Verum, quia non ut servus communis stipulatus est, sed ut servus in totum pupillæ proprius, non ei soli adquirit, quia hunc animum non habuit, sed & coheredi ejus, id est, amitæ. Idque comperto errore amitæ proculdubio ita judicabitur. In posteriore hac quæstione sic legendum est, *ex ea stipulatione*, *quid pupillæ adquisitum sit*, *peto rescribas*: quid autem adquisitum sit, id est, totum pretium hereditatis venditæ, an pars pretii. Vulgo Florent. habent, *ex ea stipulatione ne quid pupillæ adquisitum sit*, perperam repetita syllaba ne.

Ad L. LVI. de Fidejuss. *Si quis pro eo, qui libertus non esset, & operas præstaturum se jurasset, fidejussor erit: non tenebitur.*

Ad §. Item si filius à *patre, vel servus à domino stipuletur, nec fidejussor acceptus tenetur: quia non potest pro eodem & eidem esse obligatus. Ex diverso ergo patre à filio, vel domino à servo stipulato, fidejussor acceptus tenetur.*

Ad §. Si nummos *alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione: nec fidejussorem teneri, Pomponius ait. Quid ergo si consumptis nummis nascatur condictio? Puto fidejussorem obligatum fore. In omnem enim causam acceptus videtur, quæ ex ea numeratione nasci potest.*

Ad §. Pro furti actione *fidejussor accipi potest. Item pro eo, qui in legem Aquiliam commisit. Diversa causa est popularium actionum.*

Sciendum est ex jurejurando non nasci obligationem civilem, puta si quis etiam roganti juraverit, se aliquid daturum, facturumve, ut ex pacto, vel pollicitatione constat obligationem non nasci. Jusjurandum cedit pro pacto, *l. 2. l. sed etsi*, *l. tutor*, *§. 1. de jurejur.* Eademque vis est pacti, & jurisjurandi, certe jurisjurandi non est major vis, quam pacti, *l. Stichum*, *§. naturalis*, *de solut. l. 1. §. pen. C. de natural. lib.* Imo nec jurati pacti, id est, jurejurando confirmati, nec iterati pacti. Nam & hoc obligationem non parit, nec ut pariat obligationem pactum jurejurando

Digitized by Google

cto confirmatum constituitur, in *l. si quis major*, *C. de transact.* sed ibi pœna tantum statuitur in perjurum. Unus tantum casus est, quo ex jurejurando nascitur civilis, & naturalis, sive plena obligatio, puta si libertus post manumissionem patrono præsenti juraverit se donum, vel munus, vel operas officiales daturum, qui casus exceptus est lege Julia & Papia, *l. 7. de op. libert. l. 13. de acceptil. l. 6. §. si quis absente, de confess. l. ult. de lib. caus.* Et eo genere, id est, jurejurando liberti contrahitur verborum obligatio, sicut stipulatione, & dictione dotis, ut Cajus scribit *2. Inst.* Ergo ex jurejurando illo liberti, quod præsenti patrono juravit, nascitur obligatio, & consequenter pro eo quoque fidejussor acceptus obligatur, *l. 8. in fi. de oper. libert.* fidejussor, inquam, qui intervenerit, & promiserit quanti interest operas præstari, *l. 44. eod. l. inter, de fidejuss.* At si is, qui libertus non est, extraneo juraverit, se ei præstaturum operas officiales tanquam patrono, ex hoc jurejurando nulla nascitur obligatio, id est, neque civilis, neque naturalis, quia jusjurandum, quod est inutile, pro pacto non cedit: sicut nec stipulatio inutilis pro pacto cedit, ut pariat naturalem obligationem, *l. 14. §. si quis ita, de verb. oblig.* Et ideo recte Paulus ait, pro eo, qui cum libertus non esset, juravit se operas daturum, non obligari, nec fidejussorem quidem, nempe quia nulla subest principalis obligatio, quæ vel jure naturali consistat: fidejussor accedere posset naturali obligationi, sed eo casu nulla est, vel civilis, vel naturalis obligatio, cui accedat.

AD *§. Item si filius.* In hoc §. proponitur casus singularis, quo obligationi naturali fidejussor non accedit utiliter, vel quo naturalis obligationis fidejussor inutiliter accipitur, qui regulariter vel naturali tantum obligationi accedit utiliter, ut & reus constitutæ pecuniæ. Casus hic est. Si filius à patre, vel servus à domino stipuletur sibi dari, etiamsi ex ea stipulatione filio, vel servo pater, vel dominus obligetur naturaliter, ita scilicet, ut nec rursus à filio, vel servo, cui ea obligatio quæsita est, ea obligatio recurrat ad patrem, vel dominum, & ei quæratur, *l. frater à fratre, §. quæsitum, de condict. indeb.* tamen, qui pro patre, vel domino, qui naturaliter est obligatus, filio, vel servo, fidejussor intercessit, non obligatur, quia si filio, vel servo obligaretur, statim ea obligatio fidejussoris per filium, vel servum, cui quæsita est, patri, vel domino adquireretur jure potestatis, atque ita eveniret, ut fidejussor pro patre, & patri obligaretur, quod nec jus, nec natura patitur, ut scilicet idem sit ejusdem rei, vel pecuniæ debitor, & creditor. Debitor, pro quo fidejussor obligetur, & creditor, cui fidejussor obligetur, *l. qui hominem, §. quidam filium, de solut.* Et hac ratione fit, ut in hac specie naturali obligationi fidejussor accedat inutiliter. Nota autem differentiam inter propriam patris obligationem, qua naturaliter filio suo tenetur, & obligationem alienam, qua scilicet extraneus eidem tenetur: Hæc enim, qua extraneus tenetur, confestim adquiritur patri. Illa, qua pater tenetur filio suo, non adquiritur patri, quia natura, quæ inter eos constituit obligationem, non dividit, vel separat filium à patre. Ex diverso, si pater à filio, vel dominus à servo stipuletur, filius, vel servus patri, vel domino naturaliter obligatur, & fidejussor quoque, qui apud patrem, vel dominum intercessit pro filio, vel servo, quia obligatio fidejussoris per patrem, vel dominum adquiri non potest filio, vel servo. Absurdum enim esset, si is, qui adquirit nobis omnino, per nos ipse quidquam adquireret, *l. cum dos, §. si vero filia, de pac. dotal. l. quod dicitur, de verb. obligat.* Et ita hoc posteriore casu non potest evenire, quod eveniebat priore casu, ut fidejussor obligaretur pro eodem apud eundem.

AD *§. Si nummos alienos.* Sciendum est, ei, qui nummos alienos credendi causa suo nomine dedit, quasi suos, eum, qui accepit, quandiu nummi exstant, neque civiliter, neque naturaliter teneri ex causa mutui, vel crediti, id est, non teneri certi condictione ex numeratione, certi condictione de rebus creditis, *l. certi condictio, de rebus cred.* quia nummi ejus facti non sunt, nec numeratione facta à non domino ejus fieri potuerunt. Ideoque vindicari nummi exstantes à domino possunt, & nullum mutuum contractum esse intelligitur numeratione alienæ pecuniæ. Mutuum enim dicitur, quod de meo tuum fiat, sicut Varro patria licentia atque acumine nec sum, quod nec suum sit, quia sum veteres dicebant pro suum, sos, ut Festus scribit pro suos, sis oculis, pro suis, ergo si de meo tuum non fiat quod do, quod numero, non est mutuum, quandiu nummi exstant. At si is, qui accepit nummos bona fide consumpserit, tunc ei, qui dedit licet alienos dederit, incipit competere certi condictio ex consumptione quasi ex mutuo, quæ dicitur condictio de bene depensis, id est, de bona fide depensis, quia consumptione illa nummos fecit suos, aut fecisse intelligitur, quia nec jam ulla actione peti possunt, cum sint bona fide consumpti, atque ita consumptio mutuum facit, quod initio mutuum non erat, consumptio bona fide facta, perficit quod implere numeratio non potuit, *l. si à furioso, & l. seq. l. non omnis, in fine, de reb. cred. l. pater filiæ, de jur. dot.* Et ideo, ut ait hoc loco consumptis nummis, fidejussor, quem dedit is, qui pecuniam accepit, obligatur: quia & tum is, qui accepit obligatur, & in omnem causam fidejussor ille acceptus videtur, quæ ex ea numeratione nasci, aut subnasci potest: quæ nascitur ex consumptione, subnascitur ex numeratione, nec male etiam ex numeratione nasci dicitur. Exstantibus vero nummis, fidejussor ille non obligatur, quia nec is, pro quo fidejussit ullo modo interim obligatur, nisi is, qui dedit, stipulatus sit pecuniam sibi reddi, & fidejussor stipulationi accesserit, *l. 2. C. si cer. pet.* quo casu, qui eam pecuniam accepit, tenetur condictione ex stipulatione, ergo & fidejussor ejus.

AD *§. Pro furti actione.* Ostenditur hoc §. omni obligationi, ut ait *l. 1. h. t.* fidejussorem accedere posse, non tantum ortæ ex contractu, sed ex delicto, vel quasi delicto, ut ex furto, pro actione furti, vel ex damno injuria dato, pro actione legis Aquiliæ, vel ex bonis raptis, pro actione vi bonorum raptorum, vel ex injuriis, pro actione injuriarum, *l. Græce, §. sed etsi, l. si à reo, §. ult. h. t.* Non tamen posse fidejussorem accedere obligationi, quæ ex populari causa descendat, non pro actione populari, ut sepulcri violati. Ratio est, quia non ante intelligitur ex ea causa cuiquam ex populo deberi, quam privatim ea res ad aliquem pertineat, non antequam litem contestatus fuerit, *l. pœnales, ad leg. Falc. l. 12. de verb. signif. l. pen. de pop. act.* post litem contestatam ei debetur, & fidejussorem accipere potest, quia sæpe pars pœnæ ei debetur, qui instituit popularem actionem, *l. lege, §. 1. & ult. de Senatusc. Syllan.*

Ad L. XCVIII. de Solut. *Qui res suas obligavit, postea aliquam possessionem ex his pro filia sua dotem promittendo obligavit, & solvit: Si ea res à creditore evicta est, dicendum est, maritum ex dotis promissione agere posse, ac si statuliberum remve sub conditione legatam dotis nomine pro filia pater solvisset: Harum enim rerum solutio non potest, nisi ex eventu liberare: scilicet quo casu certum erit remanere eas.*

Ad §. Diversum *respondetur in ea pecunia, sive re, quam patronus post mortem liberti per Favianam aufert. Hæc enim actio cum sit nova, partam liberationem non potest revocare.*

Ad §. Huic applicatur minor 25. *annis, qui à creditore circumscriptus, in rem ex causa debiti solutam restituitur.*

OStenditur in hac lege, quibusdam casibus solutionem non statim liberare debitorem, sed ex casu, & eventu tantum, sive ex post facto, ut si is, qui creditori pignori obligavit omnia sua bona, deinde ex iis bonis fundum dotis pro filia promissæ nomine genero obligaverit, & solverit, id est, dederit in solutum, ut recte glossa interpretatur, & jure dominii eum permiserit à genero possideri, *l. cum dominam, C. de pign.* Postea vero prior creditor eum fundum evicerit actione hypothecaria instituta contra generum, hoc casu genero adversus socerum non tantum competit utilis actio ex empto pro evictione, quia datio in solutum vicem venditionis obtinet, *l. 4. C. de evict.* sed etiam genero competit adversus socerum pristina actio ex

dotis

Digitized by Google

dotis promissione, *l. si quis aliam*, *hoc tit. l. eleganter in pr.* A *sup. de pig. act. l. libera*, *C. de sent. & interloc.* competit, inquam, pristina actio ex dotis promissione, quia non intelligitur solvisse, vel in solutum dedisse, qui ita dedit, ut habere non possit is, qui accepit, *l. qui concubinam*, *§. si heres, de leg. 3.* solutio non liberat, nisi perfecte res, vel pecunia, quæ solvitur, fiat accipientis, *l. cum quis, §. qui hominem*, *hoc tit.* Non videtur autem perfecte ejus fieri, & in plenum, quod ex casu ei auferri potest, *l. omnes actiones*, *§. 1. de regul. juris.* Hoc igitur casu solutio fundi jampridem alii obligati non liberat patrem, nec fundum genero adquirit, nisi ex eventu, id est, eo casu, quo fundus apud generum remanere potest, puta dimisso priore creditore, & perempta hypotheca ejus: *si ea res*, inquit, *à creditore evicta est*, id est, si ea possessio, is fundus, *ut infra, harum rerum*, id est, hominis, vel fundi, *ut leg. interdum, qui potio. in pignor.* B *hab.* ad armandam eam rem, id est, navem. Et Varro de Re Rust. Quos alii *μελιτροφεῖα* appellant (ea sunt alveatia apum) eandem rem quidam mellaria. Idem vero dicendum, si pro dote promissa filiæ nomine pater statuliberum solverit, cui relicta est libertas sub conditione: vel si solvit fundum sub conditione legatum. Nam & hæc solutio non protinus liberat patrem, quandiu pendet conditio libertatis, vel legati: quia ex casu, puta existente conditione avelli ea res genero potest, sed tunc demum ex ea solutione liberatio contingit, & genero adquiritur, quum certum esse cœpit eam rem, quæ soluta est, remansuram apud generum, puta defecta conditione libertatis, vel legati: pendente conditione, pendet etiam liberatio debitoris, & dominium solutæ rei. Et hæc ita procedunt, si ex ea causa, eaque actione, res, quæ soluta est, evinci & auferri possit, quæ sit solutione vetustior, non si actio sit recens C & nova, qua ea res evincitur: solutio vetusta. Nam ut actio ex empto pro evictione competit, re evicta ex causa, quæ venditionem præcessit, *l. 1. C. de per. & comm. rei vend.* non re evicta ex causa nova, quæ supervenerit post contractam venditionem, *l. Lucius*, *de evict.* & eodem modo actio pristina, quæ cum illa concurrit, manet integra, si res soluta evincatur ex causa vetustiore, quam solutio sit: non si ex causa, & actione nova, quæ post solutionem emerserit. Cujus rei Paulus hoc loco duo ponit exempla. Unum est, si libertus in fraudem patroni, quo minus ad eum legitima portio perveniret, per gratiam, per gratificationem, ut & nostri loquuntur, solverit pecuniam, vel dederit rem in solutum creditori, sive participanti fraudem, sive non, nihil refert, ut glossa recte notat, ac deinde post mortem D liberti patronus rem, aut pecuniam solutam creditori evincat actione Fabiana, vel Calvisiana. Nam hoc casu non est creditori liberti integra actio contra heredem liberti: quia actio Fabiana, qua res creditori soluta evicta est, nova est actio, nata scil. post solutionem, & mortem liberti. Nec enim ante Fabiana patrono competit, quam mortuus libertus fuerit, *l. 2. C. si in fraud. pat.* quia nec ante mortem liberti patrono debetur legitima portio. Et ideo per solutionem vetustiorem parta liberatio liberto non potest revocari, id est, creditori non potest dari pristina actio rescissa liberatione semel parta. Alterum exemplum est hujusmodi: Si minor 25. annis circumscriptus à creditore, ei dederit in solutum ornatissimum quendam fundum majorum suorum, ac deinde impetrata restitutione in integrum contra eam solutionem, eum fundum creditori evicerit, E restituta ei à prætore in rem actione, restituto dominio: Nam hoc quoque casu creditori non est integra actio pristina in minorem 25. annis: quia actio, qua fundus ei evictus est, nova est actio, quæ post solutionem causa cognita beneficio prætoris minori circumscripto extra ordinem restituitur, & redintegratur, & ideo per solutionem vetustiorem parta liberatio minori non revocatur, id est, creditori contra minorem non datur actio pristina. Et hoc est quod ait, *huic applicatur minor*, id est, patrono similis est minor, &c. Quæ duo exempla novæ actionis exercendæ sunt notanda.

Ad §. Rem autem *castrensis peculii solventem patrem, perinde accipere debemus, ac si alienam dedisset, quamvis possit resi-* A *dere apud eum, cui soluta est, prius mortuo intestato filio. Sed tunc adquisita creditur, cum filius decesserit, & utique cujus fuerit eventus, declaret. Sitque & hoc ex his, quæ post factis in præteritum, quid fuerit declarent.*

POst hæc, casibus propositis initio hujus legis, quibus solutio creditori facta non liberat debitorem, nisi ex eventu & casu, Paulus adjungit alium casum in *§. rem.* Pater creditori suo solvit, vel in solutum dedit rem castrensis peculii filii sui, & postea filius eam rem paterno creditori evicit quasi suam pleno jure, an creditori contra patrem integra sit pristina obligatio & actio? Respondet esse: quia non videtur exstincta solutione ea, quæ patrem non liberat, nisi ex eventu, id est, cum certum esse cœperit, eam rem remansuram apud creditorem, cui soluta est, puta filio mor- B tuo intestato superstite patre, quia eo casu peculium castrense redit in potestatem patris, quasi peculium paganum: peculium militare habetur pro peculio pagano, quod docuimus lib. 11. ejusdem Pauli sup. *ad l. 18. ad leg. Falcid.* Patre autem præmortuo, vel filio testato de peculio castrensi, ejus rei irrita est solutio, perinde ac si quamlibet aliam rem alienam creditori solvisset, & ideo nec liberationem ea solutio parit debitori, sive patri, nec rei dominium transfert in creditorem. Denique eventus declarat cujus fuerit res castrensis peculii. Nam filio præmortuo intestato, patris fuisse, atque adeo recte soluta fuisse intelligitur: filio autem præmortuo testato, vel patre præmortuo intelligitur fuisse filii: & consequenter nec recte soluta a patre fuisse. Et hic casus, inquit, est unus ex iis, qui post factis quid in præteritum fuerit declarat: quod sæpe in jure & in aliis, quam solutionum ca- C sis evenit, nimirum ut post factis declarentur ante facta qualia sint, aut fuerint, *l. quidam, de reb. dub. l. 25. §. 1. de usuf.* Quod etiam ostendi *lib. 5. ad leg. 10. de fund. dot. sup.*

Ad §. Mihi dare decem pure, *aut Titio Kalendis, vel sub conditione: aut mihi Kalendis Januariis: Titia Februariis utiliter stipulor. Quod si mihi Kalendis Februariis, Titio Kalendis Januariis: potest dubitari. Sed rectius dicitur, utiliter stipulatum. Nam cum in diem sit, ea quoque obligatio, etiam mihi solvi potest ante Februarias. Igitur & illi solvi poterit.*

PRima quæstio hujus l. fuit de casibus certis, quibus solutio debitæ pecuniæ debitorem liberat ex casu & eventu tantum, non statim. Secunda quæstio, quæ perducitur ab hoc *§. mihi dare* usque ad *§. aream*, est de adjecto so- D lutionis gratia, is est extraneus quilibet, cui etsi non possim stipulari utiliter, quia stipulatio alteri facta non valet, tamen mihi stipulando eum adjicio utiliter sub disjunctione, ut quod mihi caveo & stipulor obligationis causa, id ei quidem non perinde debeatur, ac mihi, sed solvi ei recte possit etiam me invito. Id fit hoc modo, *mihi, aut Titio centum dari spondes? spondeo.* Et hanc adjectionem extranei placet valere non tantum si pure, aut si in diem, vel sub conditione eadem stipuler *mihi, aut Titio dari*, sed etsi stipuler *mihi dari pure*, *aut Titio sub conditione*, vel *ad diem*: vel *si alio die mihi*, *alio Titio*, hoc modo, *mihi Kalendis Januariis*, *aut Titio Kalend. Februariis*, *l. ult. §. cum mihi*, *de verb. obligat.* Diversitas diei non vitiat adjectionem, At ex diverso si stipuler *mihi Kalend. Febr. aut Titio Kalend. Januar. dari*, dubitatur an utilis sit adjectio. Dubitandi causa est, quia E solutio, quæ confertur in personam Titii, anterior est obligatione, quæ confertur in personam meam: quod est præposterum, ut solutio præcat obligationi: & tamen Paulus ait hoc loco, utilem esse adjectionem, utilem stipulationem, etiam adjectione collata in citeriorem diem, stipulatione in longiorem, quia eo modo petitio tantum, & solutio confertur in longiorem diem, obligatio autem nascitur statim, *l. cedere diem, de verb. signif.* atque adeo mihi ante diem soluta re, vel pecunia in stipulatum deducta, reo non competit condictio indebiti, *l. in diem, de condict. indeb.* *l. fidejussor*, *mand.* Denique mihi ante Kal. Febr. recte solvi potest, *l. quod in diem*, *hoc tit.* Ergo & Titio adjecto solutionis gratia, recte solvitur Kal. Janu. ante Februarias.

Ad

Digitized by Google

Ad §. *Qui stipulatus sibi, aut Titio, si hoc dicit, si Titio non solveris, dari sibi; videtur conditionaliter stipulari. Et ideo etiam sic facta stipulatione,* mihi decem, aut quinque Titio dari? *quinque Titio solutis, liberabitur reus à stipulatore. Quod ita potest admitti, si hoc ipsum expressim agebatur, ut quasi pœna adjecta sit in persona stipulantis, si Titio solutum non esset. At ubi simpliciter sibi, aut Titio stipulatur, solutionis tantum causa adhibetur Titius, & ideo quinque ei solutis, remanebunt reliqua quinque in obligatione. Contra si mihi quinque, illi decem stipulatus sim: quinque Titio solutis, non facit conceptio stipulationis, ut à me liberetur. Porro si decem solverit, non quinque repetet, sed mihi per mandati actionem decem debebuntur.*

Docuit diversitatem temporis non vitiare adjectionem, nunc docet diversitatem rei, vel summæ non vitiare adjectionem, ut si stipuler *mihi decem, aut Titio quinque*, eo sensu expresso, ut si Titio non solvantur quinque, veluti pœnæ nomine mihi detur duplum, id est, decem, quo sensu stipulatio est conditionalis. Nam quinque Titio non solutis, quasi exsistente conditione mihi debentur decem: quinque autem solutis Titio, promissor à me liberatur, quasi conditione defecta, promissor solvitur obligatione, *l. decem, de verbor. obligat.* Nam & obligatio conditionalis obligatio est, *l. usufructus, de stipul. ser. l. is, cui, de oblig. & action.* Ideoque non male Paulus hoc loco, quinque Titio solutis, liberari reum à stipulatore, qui tamen in notis ad Papinianum in *d. l. decem*, nimio studio notandi eum reprehendit, quod eodem modo dixerit, vel innuerit reum solvi obligatione, eum conditio stipulationis deficit, qui non tenebatur, quia etsi non tenebatur simpliciter, tamen tenebatur sub conditione. Et Paulus ipse hoc loco in eandem reprehensionem incurrit, quo vel uno argumento dicere possis, merito ab Imperatoribus Theod. & Valentin. *l. 1. C. Theod. de respon. prud.* Pauli notas ad Papinianum abrogatas fuisse tanquam calomniosas. Porro, si expressim non sit actum, ut Titio quinque non solutis, mihi dentur decem, sed simpliciter mihi decem, aut Titio quinque dari, pura stipulatio est, & Titio solutis quinque, mihi superest petitio aliorum quinque: contra, ut subjicit, si stipuler mihi quinque, aut Titio decem dari, Titio solutis quinque, tantum mihi superest petitio reliquorum quinque, quæ mihi sum stipulatus: solutis autem Titio decem, nulla mihi petitio superest contra promissorem, sed contra Titium tantum, quem adhibui solutionis gratia mihi competit actio mandati, ut recipiam decem, quæ ei soluta sunt, quod ait in fine hujus §. & confirmat *lex Julianus, §. 1. de verb. oblig. §. plane Instit. de inutil. stipulat.* Cur vero actio mandati? quia adjecto ante mandavi, ut decem acciperet meo nomine, vel etiam postquam accepit meo nomine, id ratum habui, & ratihabitio mandato comparatur.

Ad §. Mihi Romæ, *aut Ephesi Titio dari stipulor: an solvendo Titio Ephesi, à me liberetur, videamus. Nam si diversa facta sunt, ut* Julianus *putat, diversa res est. Sed cum prævalet causa dandi, liberatur. Liberaretur enim, & si mihi Stichum, illi Pamphilum dari stipulatus essem, & Titio Pamphilum solvisset. At ubi merum factum stipulor, puta insulam in meo solo ædificari, aut in Titii loco, numquid si in Titii loco ædificet, non contingat liberatio? Nemo enim dixit, facto pro facto soluto liberationem contingere: sed verius est liberationem contingere, quia non factum pro facto solvere videtur, sed electio promissoris completur.*

Docuit diversitatem temporis, vel summæ non vitiare adjectionem, nunc docet, idem esse dicendum de loci diversitate, ac supradictum fuit de diversitate temporis, ut si stipuler *decem mihi Romæ, aut Titio Ephesi dari*, valet adjectio, & promissor Ephesi decem solvendo Titio, à me liberatur, quia ut eleganter significat, etsi diversitas loci, secum afferat diversitatem factorum: aliud enim est Romæ quid facere, aliud Ephesi idem facere, circunstantia loci variat idem factum, diversitas autem factorum, sic diversitas rerum. Tamen quia datio pecuniæ, id est, decem his factis immixta est eadem, nempe datio decem, causa dandi, id est, datio prævalet, & quasi potior præcipue intuenda est. Et ideo qui decem Titio Ephesi solvit, protinus à me liberatur: *sed cum*, inquit, *prævalet causa dandi*, *liberatur* (*cum* pro *quoniam*) & diversitas etiam rerum, ut subjicit, non vitiat adjectionem, ut stipuler *mihi Stichum*, *aut Titio Pamphilum*, valet adjectio: at si reus solvat Titio Pamphilum, à me liberatur, non ipso jure quidem, quia non eam rem solvit, quam mihi debuit Stichum, non Pamphilum, sed liberatur per exceptionem conventionis, aut doli mali, *l. ult. §. cum mihi*, de *verb. oblig. l. obligationem*, *§. accessio*, de *oblig. & action. & l. qui hominem, §. stipulatus*, *sup. hoc tit.* atque ita in hoc §. & in d. §. *stipulatus*, in quo idem proponitur, verbum *liberetur* ita accipiendum est, ut scilicet reus liberetur per exceptionem, non ipso jure, ut in *l. 37. hoc tit.* liberari est liberari per exceptionem, non ipso jure. Liberatur autem reus per exceptionem in specie proposita, quia quod solvitur adjecto, stipulatori solvi videtur, d. *l. qui hominem*, *& l. si ita stipulatus sum, hoc tit.* Et licet stipulatore invito solvatur adjecto, tamen æquum est promissorem liberari, cui semel stipulator permisit electionem, nempe ut adjecto solveret, si mallet, quod postea stipulator mutare non potest. Et hoc casu stipulatio obligat ultro citroque, & tenet utrumque, *l. vero, §. pen. hoc tit.* Postremo addit in hoc §. etiam si datio ejusdem summæ non sit admixta diversis factis, ut in priore specie, *decem mihi Romæ, aut Titio Ephesi dari*, sed sint mere facta diversa, nulla permixta datione, *ut domum ædificari in meo solo, aut in Titii solo*, promissorem, si ædificaverit in Titii solo, etiamsi me invito, & prohibente id fecerit, à me liberari. Nec obstat, ut annotat eleganter, quod factum pro facto solvi invito non potest, sicut nec res pro re, *l. 2. §. mutui*, *de reb. cred. l. si quis aliam*, *hoc tit.* quia & eo modo, quum reus ædificat in solo Titii, non solvit factum pro facto, sed ex duobus factis, quæ in stipulatum disjunctim deducta sunt, eligit promissor quod mavult: in disjunctivis electio est promissoris, *l. plerunque, §. ult. de jure dot.*

Ad §. Si servus *fructuarius ex re fructuarii domino proprietatis, aut fructuario stipuletur, inutilis est stipulatio: ut ex re proprietarii, si ipse domino, aut fructuario stipuletur, recte stipulatur. Tantum enim solutionis capax est fructuarius hoc casu, non etiam obligationis quoque.*

Hic §. est de adjecto solutionis gratia, & sententia ejus est hujusmodi. Si servus fructuarius, in quo alius habet usumfr. alius proprietatem, ex re fructuarii stipuletur proprietario, aut fructuario dari, inutilis est stipulatio, quia uterque est capax adquirendæ obligationis, & fructuarius ex re sua, & proprietarius ex re fructuarii, quod nominatim servus ei stipulatus sit. Et non apparet in utrius persona consistat obligatio, uterve sit adjectus solutionis gratia. Denique, *τὸ ἐνάζον* corrumpit stipulationem, par scil. causa proprietarii & fructuarii, quod utrique possit adquiri obligatio, *l. 1. §. si fructuarius*, *l. 9. §. ult.* adhibitis quatuor seqq. ll. *sup. de stipul. serv.* Ex contrario, si fructuarius servus non ex re fructuarii, sed ex re proprietarii, vel aliunde stipuletur proprietario, aut fructuario dari, stipulatio utilis est, quia apparet fructuarium, cui obligatio ex re proprietarii adquiri non potest, esse adjectum solutionis gratia. Et nullum hic intervenit *τὸ ἐνάζον*. Ideoque solvendo fructuario promissor liberatur, quæ est sententia hujus §. Et ita proponitur à Juliano in *d. l. 1. §. si fructuarius*, *de stipul. serv.* & in id quoque ipsum Julianus ad testimonium vocatur in *l. 28. in princ. eod. tit.* Unde notum est, cum ex h. *§. si servus*, *& ex d. l. 28. eod. tit.* tum ex fine *d. §. si fructuarius*: prima ejus *§. si fructuarius* verba esse trajecta, quæ ponunt servum fructuarium esse stipulatum non proprietario, aut fructuario, ut oportuit, sed vice mutata fructuario, aut proprietario. Male, quia eo modo concepta stipulatio ex re proprietarii esset inutilis, quasi collata inutiliter obligatione in personam fructuarii, *l. Cajus*, *sol. matrim.* Ac proinde etiam inutiliter adjecto proprietario, quia si inutilis obligatio est, inutilis etiam est adjectio, *l. ult. § ult. de verb. oblig.* Nec eo modo concepta stipulatione fructuario, aut proprietario ex re proprietarii potest fructuarius, qui priore loco nominatus est accipi pro adjecto, adjectus nominatur

Digitized by Google

tur posteriore loco, non priore: Denique fructuarius ita concepta stipulatione, neque est creditor, neque adjectus, ut nec proprietarius quoque est creditor, neque adjectus: & ideo inutilis est stipulatio. Et tamen in fine §. *si fructuarius*, habetur pro adjecto, & promissor liberari dicitur solvendo fructuario: nimirum, quia ita concepta fuit stipulatio, ut in hoc §. & in *d. l.* 28. proprietario, aut fructuario ex re proprietarii, non è converso, fructuario, aut proprietario, ut perperam legitur vulgo.

Ad L. XC. de Reg. jur. *In omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda sit.*

AD superiorem quæstionem de adjecto solutionis gratia adaptari potest lex 90. *de regul. jur.* Cujus verba sunt, *in omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda est.* In omnibus, id est, negotiis sive causis, *l. placuit, C. de jud.* In omnibus rebus, in pactis utique, quia solo æquitatis vinculo sustinentur, non jure civili: & in contractibus, in quibus bonam fidem considerari æquissimum est, quæ æquitatem summam desiderat, *l. bona fides, depos. l. 4. C. de obligat. & act.* Maxime tamen in jure, id est, in quæstionibus juris, quales sunt quæstiones horum librorum. Exemplo sit §. *mihi Romæ, sup.* de adjecto solutionis gratia, si stipuler mihi, aut Titio, & aliam rem designem, in personam meam, aliam in personam Titii, puta mihi decem, aut Titio hominem, mihi Stichum, aut Titio Pamphilum: si forte quæratur Pamphilo Titio soluto, an promissor liberetur? Dicendum est non liberari quidem eum ipso jure, quia aliud solvit, quam quod debuit: Stichum debuit, non Pamphilum, quem solvit, Stichus solus fuit in obligatione, quæ collata est in personam meam: quoniam tamen æquitas potius spectanda est, dicam ex stipulatu conventum promissorem audiendum esse, si se defendat exceptione doli mali, ut docuimus in *d. §. mihi Romæ*: æquitas defensionis infringit actionem, quæ jure competebat, *l. qui æquitate, de doli except.* Redeo ad l. 98. §. aream.

Ad L. IIC. de Solut. *§. Aream promisi alienam: in ea dominus insulam ædificavit, an stipulatio exstincta sit quæsitum est? Respondi, si alienum hominem promisit, & is à domino manumissus est, liberor: nec admissum est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse. In perpetuum enim sublata obligatio, restitui non potest, & si servus effectus sit, alius videtur esse. Nec simili argumento usus est, ut si navem, quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde iisdem tabulis compegerit, teneri te. Hic enim eadem navis est, quam te daturum spopondisti, ut videatur magis obligatio cessare, quam exstincta esse. Homini autem manumisso simile fiet, si ea mente dissolutam esse navem posueris, ut in alios usus converterentur tabulæ, deinde mutato consilio easdem compositas. Alia enim videbitur esse posterior navis, sicut ille alius homo est. Non est his similis area, in qua ædificium positum est. Non enim desiit in rerum natura esse. Imo & peti potest area, & æstimatio ejus solvi debebit. Pars enim insulæ area est, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit. Diversum dicemus: si servus promissus ab hostibus captus sit, hic interim peti non potest, quasi ante diem, sed si redierit postliminio, recte tunc petetur, cessavit enim hic obligatio. Area autem exstet, sicut cætera, ex quibus ædificium constitit. Deinde lex duodecim tabularum tignum ædibus junctum vindicare posse scit. Sed interim id solvi prohibuit, pretiumque ejus dari voluit.*

SI aream alienam dare stipulanti promisi, & antequam per me staret, quo minus darem, dominus in ea ædificium posuerit, quæritur, an exstincta sit stipulatio, quasi exstincta area, quia jam non est area simpliciter, sed domus, aut villa, an sim liberatus à stipulatore, quasi re perempta ante moram, quod posset quis tentare, quia jam nulla videtur esse area, quæ inædificata est, & nullius rei nulla est debitio. Item ducta similitudine à servo alieno promisso, qui si postea ante moram promissoris (quod semper intelligendum est) à domino manumittatur, promissor liberatur, perinde atque si mortuus servus esset, manumissio est similis morti, *l. si tibi alienum, hoc tit.* At si is rursus post manumissionem lege aliqua servus effectus sit, vel quod censeri noluerit inter cives, vel quod militiæ nomen dare noluerit, ut M. Tullius declarat in extremo orationis pro Cæcinna, eum peti non posse, quia in perpetuum, inquit, sublata obligatio, restitui non potest: sublata autem est manumissione, ergo resuscitari non potest, eodem homine rursus cadente in servitutem. Iis autem verbis, *in perpetuum, &c.* utrum hoc significat Paulus hanc regulam esse perpetuam, *l. in perpetuum, hoc tit. l. de accessionibus, de div. & tempor. præscript.* an vero hoc dicit, in perpetuum exstinctam, vel sublatam obligationem, ad differentiam ejus, quæ pendet, quæ cessat ad tempus, & interquiescit, non penitus exstincta est? Nam & perpetuam illam regulam non esse ostendit *lex si cum quis, §. ult. de furt.* At regulariter semel exstincta obligatio restitui non potest, vel semel parta liberatio revocari non potest, ut in §. 1. *hujus l.* Quod & philosophi dicunt qui negant à privatione ad habitum dari regressum. Hæc vero regula generalis est, & valet tam in legatis, quam in stipulationibus, *l. si servus, §. 1. de adim. leg.* Ubi eadem ratione utitur Paulus, qua hoc loco, ut ideo non restituatur, aut renascatur obligatio servi promissi, vel legati, quæ manumissione exstincta est, si rursus in servitutem reciderit, quia alius homo est, & novus homo est, non idem, qui obligatione continebatur, nova est servitus, ergo novus servus: nec enim pristinæ servituti restituitur, sed in novam cadit. Et merito Paulus nominatim improbat, vel non admissam esse ait Celsi sententiam, qui in *l. si chorus, §. ult. de leg.* 3. scribit, *servum legatum, si manumittatur interim*, id est, *antequam dies legati cedat, & postea servus factus sit, peti posse ex testamento.* Inanis autem est labor illorum, qui conantur Celsum, quem Paulus ipse nominatim hoc loco reprehendit, conciliare cum Paulo. Est enim inter eos dissidium evidentissimum, cujus componendi nulla ratio est, non discrimen legatorum à stipulationibus: non item (ut quidam volunt) discrimen servi alieni, & servi proprii, quasi scilicet servus proprius legatus, deinde manumissus à testatore, post reversus in potestatem ejus non debeatur legatario, *dicta l. si servus, §. ult.* nisi ex nova voluntate testatoris. Servus autem alienus legatus, & mox manumissus à domino, & lege aliqua postea servus effectus omnino debeatur. Distinctio hæc non placet, quia Celsus indistincte servum legatario deberi ait, ergo, & alienum, & proprium: & Paulus contra, non deberi, nulla facta differentia inter alienum, & proprium, aut inter legatum, & promissum, quæ etiam nulla est, nisi in hoc tantum, quod qui proprium servum legavit, potest mutare voluntatem, & servum manumittendo adimere legatum: qui vero promisit servum proprium, non potest mutare voluntatem, nec manumittendo servum liberatur, imo vero eo magis tenetur stipulatori, quod ejus facto servus commercio hominum exierit, *l. si servum, §. 1. de verb. oblig.* Celsus autem sententiæ suæ confirmandæ causa non recte utebatur comparatione navis alienæ promissæ, vel legatæ, quæ debetur, ut constat inter omnes, etiam si dominus eam dissolverit, si modo eam postea iisdem tabulis compegerit, hæc enim causa longe dissimilis est, quia iisdem tabulis compacta navis, eadem navis est, quæ fuit ante, quæque promissa est, ut quandiu fuit dissoluta, cessasse tantisper videatur obligatio, non penitus esse sublata, aut exstincta, *l. inter, §. sacram, de verb. obligat.* Unde apparet quam distet obligatio sublata in perpetuum ab ea, quæ cessat: nec enim cessat in perpetuum, sed ad tempus tantum. At servus alienus, qui promissus est, si à domino manumittatur, deinde servus efficiatur, non idem homo est, qui fuit promissus: manumissio exstinxit, & interemit priorem hominem, quia eo animo, eoque voto facta est, ut perpetuo liber esset: dissolutio navis non exstinxit navem, quia eo animo facta est, ut reficeretur navis. Quod si alio animo dissolvatur navis, puta ut tabulas dominus convertat in alios usus, tunc recte navis dissoluta homini manumisso comparatur. Nam etsi postea dominus mutato consilio tabulas non transtulerit in alium usum, sed iisdem compegerit navem, hæc navis peti non poterit, quia alia est navis, quam quæ promissa est,

sicut

Digitized by Google

sicut ille alius homo est, qui post manomissionem cecidit A in servitutem, prior homo, priorve navis interiit. At navis, quæ dissolvitur reficiendi causa, non recte comparatur homini manumisso, quia homo, qui fuit ante manumissionem, intercidisse videtur; navis, quæ fuit ante dissolutionem nondum intercidisse videtur, *d. §. sacram.* Celsus utebatur etiam similitudine areæ, ut patet ex *d. l. si chorus, §. pen.* sed male. Nam area aliena promissa, vel legata, si sit inædificata, ac rursus area facta exusto, vel diruto ædificio, certe peti potest, servus alienus promissus, deinde manumissus, ac denuo servus effectus peti non potest, quia servus secuta manumissione servus esse desiit. Area autem imposito ædificio, area esse non desiit, imo est pars maxima ædium: quandoquidem ei etiam superficies cedit, id est, quod inædificatum est cedit, *l. 23. & 34. de verb. obligat. l. ult. de superf. l. domo, de pignor. act. l. 3. §. sed si, uti possid.* B quod idiotismus Gallorum exprimit his verbis, *dans le coustumier, le pied saisit le chef*, id est, solo cedit superficies: area, & solum idem est. Itaque areæ imposito ædificio non exstinguitur obligatio: imo & area peti potest, quia exstat, ut & tignum exstat, quo ædificium constat. Verum quia præstari area non potest, quandiu ædificium manet, æstimatio ejus in condemnationem venit, quo exemplo utitur Paulus, ut quum quis tignum alienum suis ædibus junxit, lex 12. tab. de tigno juncto, tignum, inquit, vindicari posse scit, ut in *Nov. 38. νόμος ἐπίσταται, lex scit*, & Theophil. in tit. de Testam. ordin. *νομοθεσία ἐπίσταται*: & nihil interest inter scire, & sciscere, nam & in Comœdiis Plauti ita legimus, *accedo, ut sciscitam quid velis*. Tignum ergo junctum alienis ædibus lex 12. tab. vindicari scit, id est sciscit, quia exstat, id est, non peremptum est. Id tamen non vult C exemptum ædibus domino præstari, sed æstimationem ejus tantum. Itaque si eventum judicii spectas, si effectum rei, tignum non vindicatur, id est, non evincitur, non solvitur, non eximitur, quia lex 12. tab. id vetat, quæ ita concepta est: *tignum junctum ædibus, vineæve concapes ne solvito* (ut doctissimus Scaliger emendat rectissime) sic vocatur pedamentum vineæ, cujus caput junctum est capiti vineæ, id est, radici: non dixit, *ne vindicato, sed ne solvito*, solvi vetat, non vindicari omnino, sed ita vindicari, ne solvatur, & eximatur ædibus. Et ita accipienda est *lex 1. de tign. junct. l. gemma, ad exhib. l. in rem, §. pen. de rei vindic.* Exemplo etiam tigni impositi ædificio, area peti non potest, sed ejus æstimatio tantum in condemnationem venit, quia ipsa non potest præstari, salvo ædificio. Et ita Paulus de area censet: aliter ergo, quam de homine promisso; ho- D mo alienus promissus, ac deinde manumissus à domino, neque ipse peti, aut solvi potest, nec æstimatio ejus, quia liberi hominis nulla æstimatio est, manumissio exstinxit obligationem. Aliud dicendum in homine promisso, ac deinde capto ab hostibus: nam quandiu est apud hostes, cessat obligatio, non exstincta est, ideoque postliminio reversus homo, peti potest. Interim peti non potest, quasi ante diem, in quem captivitas suspendit obligationem. Nam etsi ante diem nascatur obligatio, petitio tamen non nascitur ante diem, ut ostenditur hoc loco, dum ait, *interim*, id est, quandiu apud hostes est, peti non potest, quasi ante diem. Idemque ostendit, *l. 14. l. interdum, de verbor. obligat. l. nihil, de regul. juris l. certi, §. 1. de reb. cred.*

E

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XVI. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXI. de Hered. vel act. vend. *Venditor ex hereditate interposita stipulatione, rem hereditariam persecutus, alii vendidit: quæritur, quid ex stipulatione præstare debeat: nam bis utique non committitur stipulatio, ut & rem, & pretium debeat, & quidem si posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio: credimus pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est: tunc rem debebit. Si ergo hominem vendiderit, & is decesserit: an pretium ejusdem debeat? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo si nulla mora præcessisset. Sed ubi hereditatem vendidi, & postea rem ex ea vendidi: potest videri, ut negotium ejus agam, quam hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest credi: nam si eundem hominem tibi vendidero, & nec dum tradito eo, alii quoque vendidero, pretiumque accepero: mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci: pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, & sic fit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam, non actionem: at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id præstem emptori: quasi illius negotium agam: quemadmodum fundi venditor fructus præstet bonæ fidei ratione: quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit: nisi si culpa ejus argueretur. Quid si rem, quam vendidi, alio possidente petii, & litis æstimationem accepi? utrum pretium illi debeo, an rem? utique rem: non enim actiones ei, sed rem præstare debeo, & si vi dejectus, vel propter furti actionem duplum abstulero: nihil hoc ad emptorem pertinebit: nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas præstare debebit, non rem: & sic æstimationem quoque: nam & aream tradere debet, exusto ædificio.*

HÆC lex continet multa notatu digna, & proprie pertinet ad stipulationes emptæ, & vendi- C tæ hereditatis, quæ ex utraque parte interponuntur inter heredem, qui hereditatem vendidit, & emptorem, *§. ergo siquidem, Inst. de fideicom. hered.* namque heres emptori stipulanti promittit, quanta pecunia ad se ex hereditate sua pervenerit, dolove malo suo factum est, eritve, quo minus perveniat perveneritve, quæque sibi eo nomine actio, petitio, persecutio erit, adversus eum, qui quid defuncto debuit, ea omnia recte præstari, *l. 50. de verb. oblig.* Emptor autem heredi stipulanti promittit certum pretium, *l. 20. §. ult. de stipul. serv.* Promittit item, quantam pecuniam heres nomine hereditario dederit, solverit, præstaverit, tantam heredi præstari, *l. 18. hoc tit.* Et ad has stipulationes pertinet *l. 2. hoc tit. & lex pecuniæ 176. de verbor. signific.* Quo præmisso, finge. Venditor hereditatis, quod initio hujus l. dicitur venditor ex D hereditate, ut venditor ex fundo, id est, venditor fundi: venditor igitur hereditatis, interposita supradicta stipulatione, qua ipse promitit emptori, quanta pecunia ad se ex illa hereditate pervenerit, &c. servum quendam hereditarium persecutus, eum alii vendidit separatim, & pretium accepit. Quæritur *ejus servi nomine ex stipulatione supradicta, quid emptori præstare debeat, utrum servum, an pretium?* Nam & servus ad eum pervenit, & pretium. Utrumque non debere præstari certum est, & si primum servus, deinde pretium ad eum pervenerit, æquum non est utrumque præstari emptori hereditatis: æquum non est bis committi stipulationem, idemque bis quodammodo præstari: rem & pretium rei: præda est bis idem exigere, *l. 25. de adm. tut.* Quæstio igitur hæc est, *utrum rem, an pretium ex ea stipulatione debeat heres emptori hereditatis?* Paulus distinguit: aut ven- E ditionem servi secuta est venditio hereditatis, & stipulatio, aut præcessit venditio hereditatis venditionem servi. Priore casu, ex stipulatu heres pretium debet, quod jam ad eum pervenerat tempore venditæ hereditatis, & interpositæ stipulationis, *l. 2. §. pervenisse, hoc tit.* Posteriore casu, id est, quum post venditam hereditatem servum ex ea vendidit heres, servum debet emptori, non pretium, quia servum habuit tempore venditæ hereditatis. At quid si eodem casu, quum prius veniit hereditas, quam servus, atque ita servus deberi cœpit emptori hereditatis: quid, inquam, si postea is servus vita decesserit suo fato, an tunc pretium servi debetur emptori hereditatis, quod heres accepit, videlicet si servus interierit ante moram heredis, id est, priusquam super eo heres interpellaretur? Posset dici, nec hoc casu servum de-

beri, quia periit ante moram, nec pretium ejus, quod heres A accepit, ut mortuo ante moram Sticho, qui stipulanti promissus est, certum est, nec Stichum, nec pretium deberi, etiamsi interim eo alii vendito, pretium ejus promissor sit consecutus, sed omnimodo liberari promissorem, *l. si ex legati causa*, *de verb. obl.* Paulus tamen contra in specie proposita putat, pretium deberi emptori hereditatis, quia multum interesse ait, utrum venierit hereditas, quod est jus successionis universum, jus incorporale: an venierit res singularis, id est, corpus aut species certa. Dicamus primum de hereditate vendita. Si tibi vendidi hereditatem, deinde alii Stichum ex ea hereditate, quia eum quasi heres vendidi jure meo, etsi Stichus perierit ante moram, debeo tibi pretium Stichi, quod accepi, aut actionem pretii, quia in eo vendendo videor tuum negotium gessisse, cui jam debebam jus omne successionis, videor, inquam, tuum B negotium gessisse magis, quam negotium meum, aut hereditatis meæ. Et hoc est quod ait, *potest videri, ut negotium potius ejus agam, quam hereditatis ejus*, id est, emptoris hereditatis potius, quam negotium hereditatis, quod est negotium meum, quia hereditas est mea, ut infra ait, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id præstem emptori quasi negotium illius agam, Et hac ratione emptori hereditatis debeo pretium, quod redegi ex venditione servi hereditarii, aut actionem pretii, debeo cedere emptori hereditatis actionem ex vendito; denique quodcumque quasi heres percepi, id servare debeo emptori hereditatis, idque agi tacite videtur inter heredem & emptorem hereditatis, & hæc de hered. vend. Dicamus nunc de re singulari vendita, si tibi primum vendidi Stichum, non tradidi, deinde alii eundem servum vendidi, & pretium accepi, C mox Stichus interierit ante moram, id est, antequam per me staret, quo minus eum traderem tibi, nihil tibi debeo, nec pretium quidem, quod accepi, quia id non ex Sticho ipso percepi, sed ex negotiatione & solertia mea, mihi, non tibi gesto negotio, sicut post perfectam venditionem, & ante traditionem ex re vendita percepissem, ut si ex fundo vendito fructus percepissem, eos tibi deberi, *l. Julianus*, *§. si fructib. de act. emp. l. videamus*, *§. ex causa*, *de usur. & l. pen. C. eod.* quia ex die emptionis, omnes fructus pertinent ad emptorem, si pretium omne numeraverit, ut adjecit Paulus 2. *Sent. tit. ex emp. vend.* illo loco sicut legendum, ex abstrusioribus, & castigatioribus libris, ex die emptionis, si pretium, &c. si percepissem, inquam, pretium. Nam de fructibus percipiendis non teneor, si forte fundum neglexi ut alienum, neque colui, nisi dolus aut culpa mea ar- D guatur, qua factum sit, ut cum fructus percipere possem ex re vendita, non perceperim, quo casu perinde habeor, ac si eos percepissem. Quod significatur in hac lege his verbis, *quemadmodum fundi venditor fructus præstet bonæ fidei ratione*, actione scilicet ex empto, quæ est bonæ fidei, quamvis, inquit, si neglexisset ut alienum, id est, si fructus non percepisset ante traditionem fundi, nihil ei imputari posset, nisi si culpa ejus argueretur. At servum tibi venditum, si postea alii vendidi & pretium accepi, pretium non accepi ex re vendita, nec enim ea res pecuniam gignit. Ideoque id priori emptori præstare non teneor, domino rei teneor, *l. si eum servum*, *de reb. cred.* Emptori nondum facto domino nondum teneor, & perinde liberor, atque si eum servum alii non vendidissem, ut & si Stichum tibi venditum manumisissem, post ille interiisset ante moram, E perinde liberor, atque si eum non manumisissem, *l. is, qui ex stipulatu*, *de oblig. & action. l. si mihi alienum 92. de solut.* quia Stichum tibi debui, & is desiit esse in rerum natura sine dolo aut culpa mea: non debui tibi actionem ex vendito, actionem pretii contra posteriorem emptorem, ergo nec debeo tibi pretium, quod forte per eam actionem consequutus sum: cui non debetur actio, nec emolumentum actionis debetur, & contra, cui non debetur emolumentum actionis, nec debetur actio. Et ita interpretandum quod ait, *tibi enim rem debebam*, *non actionem*, id est, actionem pretii, actionem ex vendito: nam hac ipsa ratione utitur Paulus in quæstione sequenti. Finge: Rem singularem tibi vendidi, quam alius possidebat, non ego, venditionis tempore. Postea ab eo possessore rem vindicavi, & eo judicis arbitrio non restituente rem juxta ordinem, *l. qui restituere*, *de rei vindic.* litis æstimationem, id est, pretium rei possessori extorsi, quæ res similis est venditioni. Litis æstimatio similis est emptioni & venditioni, *l. litis*, *pro empt. l. si propter*, *rer. amot.* Hoc casu cum teneor priori emptori, quid debeo, rem, an pretium, aut litis æstimationem? Et respondeo ei rem deberi, aut quanti interest rem præstari: hoc semper intelligitur, quia rem ei præstare debui, non actionem in rem, non actionem pretii. Ergo nec quod ea actione consequerer, eademque ratione si rem vendidi, cujus possessione vi eram dejectus, vel quæ fuerat mihi furto subrepta ante venditionem, ac deinde per actionem furti duplum sim consequutus, id non debeo præstare emptori, quia rem ei debui, non actionem: ergo nec ei debui commodum actionis. Et hoc si jam venditionis tempore rei possessionem amiserim. Nam si post venditionem hoc contigerit sine culpa mea, etiam quamcunque actionem emptori debeo, *l. eum, qui, de furt. l. quod sæpe*, *§. si res*, *de contr. emp.* Si debeo actionem, ergo & commodum actionis, puta duplum, quod actione furti sum consequutus, ut addit in fine h. legis. Si post venditionem rei venditor sine dolo aut culpa desierit rem possidere quodam alio casu, si modo absit ejus culpa & dolus, actiones tantum suas debet præstare emptori, non rem. Ergo & quod propter eas actiones consequutus fuerit, ut litis æstimationem, aut pœnam dupli, vel quadrupli, ut & sine culpa ejus exusto ædificio vendito post venditionem, debet præstare emptori aream tantum, quæ restat, non ædificium, qui tamen si vendidisset ædificium jam exustum, omnino deberet præstare ædificium, vel id quod interest ædificium præstari, vel aream solam, *l. demum*, *de cont. empt.* Ad hæc notandum hoc tantum, quod tentat Accursius in hac lege, eum, qui servum uni vendidit, nondum tradidit, ac deinde etiam eundem vendidit alteri, & pretium accepit, mortuo servo ante moram, ex æquitate pretium debere priori emptori: hoc, inquam, non esse verum, quia quod Paulus tradit palam pretium non deberi, id sumit ex æquitate, quæ in quæstionibus juris maxime spectanda est. At quo argumento movetur Accursius? nempe quod pœna falsi teneatur is, qui eandem rem duobus vendidit in solidum diversis temporibus, *l. qui duob. 12. ad leg. Corn. de fals.* Si pœna coercetur, ergo & pretium rei venditæ ei auferri debet, & præstari potius priori emptori, ne quid lucretur ex facto, cujus pœnam subiit. Verum ita demum is, qui eandem rem vendidit duobus, coercetur pœna falsi, si utrique obligatus maneat: at si alterius obligatione liberatus fuerit, puta rei interitu, qui contigerit ante moram, veluti in hac specie, extra crimen est, & pœnam falsi. Movetur etiam Accursius *l. 1. §. licet*, *in fide peric. & comm. rei vend.* ubi agitur de eo, qui vendidit vinum, & diem præstituit emptori ad metiendum vinum, quo cessante, nec admetiente vinum intra præstitutum diem, lex ait, venditorem, qui vasis vinariis indiget, posse vinum effundere, si modo testato prius denuntiet emptori, ut tollat vinum, aut sciat futurum ut effundatur. At subjicit: *si tamen cum posset vinum effundere*, *id non fecerit venditor*, *laudandus est*. Nam satis est si emptor ei præstet mercedem vasorum, quæ forte conduxit, cum interesset ejus habere vasa, in quæ vinum infunderet, aut inania esse vasa, in quibus vinum fuit venditum: Et sane, inquit, commodius est conduci alia vasa, nec reddi vinum emptori, nisi reddat mercedem conductionis aliorum vasorum: aut certe venditor debet vinum bona fide alii vendere, & exinanire vasa, quibus indiget, pretium autem servare emptori, & sic in ea specie pretium debetur emptori. Sed hoc ideo, quia ibi bona fide negotium gessit emptoris, nolens effundere vinum, quod poterat effundere in perniciem emptoris, dedit operam eo modo, ut quam minimo detrimento ea res esset emptori, id est, negotium egit emptoris, ne vinum emptor amitteret, & pretium. At in specie proposita venditor suum negotium gessit, non emptoris.

Ad L. LXXI. de Evict. *Pater filiæ nomine fundum in dotem de-*

dedit, evicto eo, an ex empto, vel duplæ ſtipulatio committatur, quaſi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur: non enim, ſicut mulieris dos eſt, ita patris eſſe dici poteſt, nec conferre fratribus cogitur dotem à ſe profectam, manente matrimonio, ſed videamus, ne probabilius dicatur, committi hoc quoque caſu ſtipulationem. Intereſt enim patris, filiam dotatam habere, & ſpem quandoque recipiendæ dotis, utique ſi in poteſtate ſit, quod ſi emancipata eſt, vix poterit defendi ſtatim committi ſtipulationem: cum uno caſu ad eum dos regredi poſſit, numquid ergo tunc demum agere poſſit, cum mortua in matrimonio filia, potuit dotem repetere, ſi evictus fundus non eſſet: an & hoc caſu intereſt patris dotatam filiam habere, ut ſtatim convenire promiſſorem poſſit: quod magis paterna affectio inducit.

HÆc lex eſt de dote profectitia, quam ſcilicet pater genero dedit pro filia, & deinde quidam evicit genero. Pater igitur fundum, quem à Lucio Titio emerat filiæ nomine, genero dedit in dotem. Quidam quaſi dominus eum fundum jure, judicioque genero evicit, & abſtulit. Quæritur, aut patri contra Lucium Titium auctorem ſuum ſtatim competat actio ex empto evictionis nomine quanti intereſt: vel ſi eodem nomine interpoſuerit pater ſtipulationem duplæ, an competat actio ex ſtipulatu ſtatim evicto fundo, non ſibi, ſed genero? Dubitationem facit, quia nihil videtur intereſſe patris fundum non evinci, qui bonis ejus abſceſſit, & in filiæ bonis eſſe cœpit, *l. 1. §. ult. l. ult. de dot. collat. l. pater, ad leg. Falcid.* Dotis datio eſt alienationis ſpecies, *l. quoties, §. ult. de pec.* Cujus autem non intereſt, ejus nulla poteſt eſſe actio in id, quod intereſt, vel in id, quod eſt loco, & vice ejus, quod intereſt, ut duplum pretii, quod evictionis nomine in ſtipulatum deducitur: & fundum filiæ nomine in dotem datum non eſſe in bonis patris, ex eo apparet, quod is pater emancipatus à patre ſuo, eum fundum non cogitur conferre fratribus ſuis, qui remanſerunt in poteſtate, quum agitur de ſucceſſione communis parentis: quia conferre cogitur tantum bona propria, & is fundus ejus deſiit eſſe proprius. Atque ita proditum eſt in *l. filium, de collat. bon.* Et verum eſt, ut hoc loco Paul. adjicit, manente matrimonio filiæ: nam ſoluto matrimonio morte filiæ, & dote reverſa ad patrem, non eſt dubium patrem fratribus ſuis filiæ ſuæ patruis eam dotem debere conferre, quia jam eſt in bonis ejus. Quod recte Accurſius tradit in *l. dotem, de collat. bon.* Et Paulus aperte hoc loco ex contrario ſenſu, dum ait, *manente matrimonio*, quaſi idem non ſit dirempto matrimonio. Verum hac ratione, quod ſcilicet is fundus deſierit eſſe in bonis patris, nihil movetur Paulus, quin dicat, probabilius eſſe ſtatim evicto fundo dotali, pro evictione contra auctorem ſuum actionem dari, quia etſi fundus in bonis patris eſſe deſierit, tamen ejus intereſt filiam dotatam habere, quæ facta eſt indotata evicto fundo. Intereſt ejus filiam dotatam habere propter ſpem, quam habet recipiendæ quandoque dotis, quocunque caſu dirempto matrimonio, vel mortua filia in matrimonio: quo caſu ſuperſtes pater dotem recipere debet jure civili, ne & filiæ amiſſæ, & pecuniæ damnum ſentiat, ne vulous geminetur afflicto, *l. jure, de jur. dot. l. dotem, ſol. matrim. l. dos, C. ſol. matr.* vel etiam divortio facto bona gratia, aut culpa mariti, aut mortuo marito, nam & his modis ſoluto matrimonio pater dotem repetit adjuncta, & conſentiente filia. Qua ratione exactio dotis dicitur eſſe communis patris, & filiæ, imo & dos ipſa, *l. 2. §. 1. l. 3. ſolut. mat. l. filiæ, C. eod. l. Titia t. §. qui invita, de leg. 2. l. qui hominem, §. ſi gener, de ſolut.* Denique manente matrimonio dos eſt propria filiæ, ſoluto matrimonio morte filiæ dos eſt propria patris, à quo profecta eſt: ſoluto matrimonio alio modo dos, dotiſque repetitio eſt communis patris, & filiæ: videtur autem hoc loco deeſſe aliquid, & vero deeſt. Videtur autem Paulus ſcripſiſſe hoc loco, intereſſe patris filiam dotatam habere, propter affectionem (hæc deſunt) & ſpem quandoque recipiendæ dotis, quod & ſubindicat finis h. leg. Intereſſe, inquam, patris, filiam dotatam habere, duplici ratione, ratione affectionis, quæ ſane in æſtimando eo, quod intereſt ſpectatur, *l. cum ſervus, mandat. l. 6. & 7. de ſerv. expor.* Et ratione ſpei dotis ad ſe quandoque redituræ. Quæ hactenus dicta ſunt, accipi velim de filia, quæ eſt in poteſtate patris. Videamus an eadem dici poſſint de emancipata filia, pro qua pater genero dotem dixit? Et forte videtur in filia emancipata aliud eſſe dicendum, nempe evicto fundo, ſtatim ex empto actionem patri non dari, vel duplæ ſtipulationem non committi ſtatim; quia non adeo intereſt patris filiam emancipatam dotatam habere, atque filiamfam. quandoquidem dos à patre data nomine filiæfam. omni caſu, ſi vixerit pater, ad eum reditura eſt ſoluto matrimonio. Dos autem à patre data filiæ emancipatæ nomine, uno tantum caſu ad patrem redit, videlicet filia emancipata mortua in matrimonio, ut hoc loco docet Paulus, & comprobat *l. ſi ab hoſtibus, ſolut. matr. l. ſi filia, de divort. l. profectitia, §. ſi pater pro filia emancipata, de jur. dot.* Et ratio id exigit, quæ eadem intervenit in filia emancipata, & filiafam. quia miſeria una, uni patri eſt affatim amiſſio ſcilicet filiæ: nec æquum eſt, ut pecuniam à ſe profectam etiam amittat. Atque ita Theodorus notat ad *l. dos, C. ſol. mat.* Accurſius id ignorabat, cujus Gloſſa ad verbum, uno caſu circumſcribenda eſt, quia dos data pro filia emancipata, ea præmortua, redit ad patrem ipſo jure, etſi patre in eum caſum ſtipulatus non ſit dotem ſibi reddi. Et ideo poſset quis dicere non ſtatim atque evictus eſt fundus, patri competere actionem pro evictione, ſed tum demum, quum ille unus caſus extiterit, quo pater fundum dotalem, ſi evictus non eſset, repetere potuiſset, puta filia emancipata mortua in matrimonio. Verum hac opinione rejecta, ad extremum Paulus idem eſse ſtatuit in filia emancipata, & filiaf. nempe, ut evicto fundo, ſtatim committatur ſtipulatio duplæ, & competat patri actio pro evictione adverſus venditorem; Quia filia emancipata, etiam in matrimonio mori poteſt ſuperſtite patre, & locum facere patri ad dotem repetendam, & recipiendam, vel propter ſpem hujus ſolius caſus, ſtatim intereſt patris filiam quoque emancipatam dotatam habere. Et hanc ſententiam, quæ nullam hac in re differentiam facit inter filiamf. & filiam emancipatam Paulus approbat, & ait hanc opinionem magis inducere affectionem patris, qui non minus affectus eſt erga hanc, quam erga illam filiam. Multa dantur affectioni parentum, ex eaque ducitur ſæpe æſtimatio ejus quod intereſt, *l. pen. §. 1. de ritu nupt. l. Cajus, ſol. matr. & d. l. cum ſervus, mand.* Quod, inquit, magis paterna affectio inducit: *quod*, id eſt, quam opinionem, ut inter filias nullum ſit diſcrimen, & idem auctor ait in *l. ult. qui ſine manumiſſ. favor*, inquit, *priorem inducit opinionem*. Ergo eſt communis affectionis ratio inter utramque filiam, licet communis omnino non ſit ſpes recipiendæ dotis utrique datæ, quandoquidem divortio facto, aut marito mortuo, ſi data ſit pro filiafam. patri repetitio competit adjuncta filia. Si vero data ſit pro filia emancipata, repetitio ſoli filiæ competit, *l. ſi cum dotem 23. §. eo autem, & l. Titia 35. ſol. matr.* quod & *l. unica, §. extran. C. de rei uxor. act.* indicat, dum divortio facto exigit, ut pater, qui dotem repetit filiam habeat in poteſtate: nam ſi emancipata ſit, ei ſoli, non patri, dotis repetitio competit. Cum igitur Paulus, nullum inter hanc & illam filiam faciat differentiam, movetur pars ratione affectionis paternæ erga utramque, quod efficit, ut interſit ejus utramque videri donatam, non plane pari ratione ſpei, quia nec par eſt omnino in utraque. Non movetur Paulus eo, quod attingit Accurſ. quod ipſemet pater, qui agit in actorem ſuum pro evictione, etiam genero teneatur pro evictione, quia nec proponitur hoc loco fundum æſtimatum dediſse in dotem, nec ſe obligaſse pro evictione. Quibus ſolis caſibus genero pater tenetur pro evictione quaſi ex empto, vel ex ſtipulatu, *l. non ſolum 53. de jur. dot. l. 1. C. eod. tit.* Movetur præcipue Paulus, ut tollat hac in re omne diſcrimen, ratione affectionis paternæ, quæ eadem eſt erga utramque filiam,

Digitized by Google

JACOBI CUJACIJ J. C.

In Lib. XVII. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XXII. Ad leg. Falcid. *Nesennius Apollinaris Julio Paulo. Ex factis, domine, species ejusmodi incidit. Titia filias suas tres numero æquis ex partibus scripsit heredes: & à singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus ejus, quam extraneis, ut Falcidiæ sit locus: quæro, an adversus coheredes suas, à quibus legata & ipsa accepit, uti possit Falcidia? & si non possit, vel doli exceptione summovenda est, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiæ iniri possit: Respondi: Id quidem, quod à coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis perficere, quo minus Falcidiam patiantur, sed cum is, qui legatum præstaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit: non est audiendus, desiderans uti adversus eum Falcidiæ beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris, suppleat, quod deducere desiderat. Plane cæteris legatariis non universum, quod coheredi præstat, imputabit: sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet.*

Ad §. Servo herede *instituto si à domino fideicommissa, à servo legata data sunt: prius ratio legatorum habenda est: deinde ex eo, quod superest fideicommissorum, dominus enim idea tenetur, quod ad eum pervenit: pervenit autem, quod deductis legatis superest, plane Falcidiam exercet.*

Ad §. Sed & si dominus, *omissa hereditatis aditione, servum sibi substitutum adire jussit, prius erogantur, quæ ab ipso domino data sunt, tunc eorum, quæ à servo relicta sunt, ratio initur, si patitur Falcidia.*

Ad §. Si debitori *liberatio legata sit, quamvis solvendo non sit: totum legatum computetur: licet nomen hoc non augeat hereditatem, nisi ex eventu. Igitur si Falcidia locum habeat, hoc plus videbitur legatum, quod huic legatum esset. Cætera quoque minuentur legata per hoc, & ipsum hoc per alia, capere enim videtur, eo, quod liberatur.*

Ad §. Sed si alii *hoc nomen legetur, nullum legatum erit, nec cæteris contribuetur.*

IN h. L. tres sunt quæstiones, Prima ducitur ex specie, quæ ex facto inciderat in auditorio Nesennii Apollinaris, de qua idem judex consulit Paulum, cohonestans illum *domini* appellatione, qua etiam conjuges se invicem, & subjecti principem, & inferiores, superiores ea ætate donare solebant. Species hæc est. Mater tres filias habebat 1. 2. 3. quas heredes scripsit ex æquis partibus, id est, singulas ex triente, & à singulis prælegata invicem dedit, puta, à prima prælegavi aliquid 2. & 3. & vicissim à secunda 1. & 3. ejus coheredibus, à tertia autem legavit tam primæ & 2. ejus coheredibus, quam etiam extraneis quibusdam, & prorsus exhausit legatis trientem adscriptum 3. ita ut beneficium legis Falcidiæ, cujus ratio in singulis heredibus poni solet separatim, *l. in singulis, h. t.* soli 3. competat, eoque freta unciam retinere possit, quæ est sui trientis quarta sive Falcidia. At quæritur, an etiam hoc beneficio Falcidiæ 3. uti possit contra sorores coheredes suas, à quibus vice mutua prælegata accepit, ita ut prælegata ab eis ferat, & præterea Falcidiam legatorum, quæ eis præstat, & si non possit ipso jure contra eas uti Falcidia, aut si doli exceptione summove[illegible]t, id est, ratione compensationis, quæ inducitur per exce[illegible] [illegible]em doli mali, ut in *l. qui non militabat, de heredibus instit.* Si, inquam, non possit 3. uti Falcidia contra sorores, easdemque collegas, quæritur, quemadmodum adversus extraneos Falcidiæ ratio iniri debeat? Paulus docet, heredem scriptum ex parte, prælegata diverso jure capere, id est, partim prælegata capere jure hereditario à semetipso pro triente, quia ponimus 3. heredem scriptam ex triente, partim etiam capere à coheredibus pro besse, ut *l. in quartam, h. t. l. heredi, l. eum, qui, §. ult. de his, quib. ut indign.* & partem quidem eam, quæ jure hereditario percipitur, imputari in Falcidiam; partem autem,

A quæ à coheredibus percipitur jure legati, ipso jure non imputari in Falcidiam, quoniam ea tantum in Falcidiam imputantur, quæ jure hereditario capiuntur, non quæ alio quocunque modo, *d. leg. in quartam, l. quod autem, & l. seq. h. t.* Id quod à coheredibus, inquit, legatorum nomine percipitur, non proficere legatariis, quo minus Falcidiam patiantur, id est, non imputari in quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, sed supra hanc quartam eam sibi habere etiam quodcunque à cohered. accepit jure legati. Et in hac ergo specie etiam 3. ipso jure non imputat in Falcidiam suæ portionis quod à coheredib. vice mutua percepit nomine legati, sed opposita exceptione doli mali, eam id quod vice mutua percepit nomine legati, compensare debere cum eo, quod jure Falcidiæ ex legatis à se vicissim coheredibus relictis deducere desideret. Fac eorum legatorum,
B quæ præstat coheredibus Falcidiam esse 30. & totidem eam à coheredib. vicissim percipere jure legati: ea compensare debet cum Falcidia. Compensatio inducitur coheredibus opponentibus exceptionem doli mali, desideranti Falcidiam, atque ita coheredes nihil Tertiæ Falcidiæ nomine præstabunt. Et hoc est quod ait, *sed cum is, qui legatum præstaturus est,* veluti Tertia, quæ legata præstitura est coheredibus, ab iisdem coheredibus legatum sibi vice mutua relictum petit, non est audienda, id est, submovenda est exceptione doli mali, vel etiam hodie ipso jure, quia in omnibus judiciis tandem obtinuit compensationem fieri ipso jure, *l. 21. de compens. non est,* inquam, *audienda desiderans uti adversus eos, easve coheredes Falcidiæ beneficio, videlicet si quod jure legati ab eis testamento perceptura est, suppleat quod Falcidiæ nomine deducere desiderat.* Et eum hoc responso Pauli consentit
C dicta *lex qui non militabat & lex heredi, de his, quibus ut indign. & l. filiæ, hoc tit. & lex deducta, §. accepit, ad Trebell. & lex filium, quem, C. fam. ercisc.* an igitur (nam & adhuc residet hæc inspectio, an igitur Tertia Falcidiam non detrahit pro rata ex legatis à se coheredibus relictis) an eam integram detrahit ex legatis extraneis relictis, imputata portione prælegati hereditaria, ut habeat unciam integram? Minime: sed id tantum ex legatis extraneorum detrahit, quod detraxisset, si & Falcidiam detraxisset ex coheredum legatis. Detraxisset autem eo casu ex legatis extraneorum paulo minus semiuncia, si, verbi gratia, tantum fuit in legatis extraneorum, quantum in legatis coheredum. Ergo non imminutis, vel rescissis legatis per legem Falcidiam, non plus detrahit ex legatis extraneorum, quam semiuncia paulo minus. Et hoc est, quod ait Paulus in fine hujus legis, plane
D cæteris legatariis, puta extraneis Tertia non imputabit in solidum legata, quæ sororibus, & coheredibus suis præstat integra, sed id tantum, quod coheredibus datura esset, si nihil ab eis vice mutua percepisset, id est, si compensationi locus non fuisset. Eis autem cum datura esset non universa legata sine detractione Falcidiæ, sed quod Falcidia detracta superesset duntaxat, id est, dodrantem Falcidiæ: nam & ex prælegatis coheredibus relictis Falcidia detrahitur, *d. l. qui non militabat, §. pen. h. t. l. à coherede, C. h. t.* Summa autem ratione hoc dicit Paulus, non plus deducere Tertiam ex legatis extraneorum, quam quod deduxisset, si & à sororibus Falcidiam deduxisset, quia æquum non est, ut ratio compensationis, quæ efficit, ne quod sorores contribuunt Tertiæ Falcidiæ nomine, oneret legatarios extraneos, ut ne quod illis esset levamini, his sit oneri, aliisque ulla causa, & ita explicata est hæc quæstio.

E AD §. *Servo herede.* Altera quæstio est in *§. servo herede.* Certa est regula juris, à domino, vel patre heredis instituti fideicommissa relinqui posse, *l. 11. de leg. 1. l. 4. de leg. 3. l. si servus, in princ. de leg. 2. l. si servum, si quis omiss. caus. test.* fideicommissa, inquam, non legata, ut Ulp. declarat lib. singul. Reg. de fideicommiss. & interveniente forte lege Falcidia, dominus ex fideicommissis à se relictis, si modo extraneis relicta sunt, ut declarat *d. l. 2.* Falcidiam detrahit ex persona servi, ut heres, quia dominus per servum fit quasi heres, & heredis solius est beneficio Falcidiæ uti, non legatarii, aut fideicommissarii, ejusque, qui alio jure ceperit, aliove titulo, quam hereditario. At ut proponitur

hoc

Digitized by Google

hoc loco, si servo alieno herede instituto, ab eo legata relinquaotur, à domino ejus fideicommissa, prius præstanda sunt legata, quam fideicommissa: nam dominus fideicommissis non obligatur, nisi pro modo ejus, quod ad eum ex hereditate pervenerit per servum, jussu ejus adeuntem hereditatem, id est, pro modo ejus, quod ex tacito judicio testatoris per servum adeuntem jussu ejus ex hereditate illa quæritur. Hæreditas enim intelligitur cujusque, quæ deductis legatis superest, quia legata delibant hereditatem, legatum est delibatio hereditatis, *l. legatum de leg.* 1. Et quod ea delibatione facta superest illibatum, id solum hereditatis est, id solum domino per servum adquiritur, & pro ejus modo fideicommissa relicta à domino præstantur, deducta Falcidia, si fideicommissa onerent, vel exhauriant id, quod superest deductis legatis à servo relictis. Et ita (qua similitudine Paulus utitur) domino herede ioltituto, & servo ei substituto vulgariter, si & à domino herede iostituto, & à servo ei substituto legata relicta sunt, domino omittente testamentum, & servo jussu ejus adeunte hereditatem ex substitutione, ait, prius ex universo præstanda esse legata à domino relicta herede instituto, quæ & à servo substituto repetita intelliguntur constitutione Severi: ante constitutionem debebantur à servo, vel domino, cui per servum hereditas jure substitutionis adquiritur, debebantur, inquam, ex sententia edicti, *si quis omiss. caus. testamenti*, quia videtur omisisse testamentum in fraudem legatorum à se relictorum quæ est sententia *legis cui servus*, *si quis omiss. caus. testam.* Deinde ex superfluo deberi legata relicta à servo substituto detracta Falcidia, qui ordo servatur etiam in *l. 6. eod.* Denique & in hac specie consimili prius solvenda sunt legata à domino herede instituto, quam legata relicta à servo ejus vulgari modo substituto. Verum huic conclusioni obstat *lex Julianus*, *si quis omiss.* neque est meo judicio, qui non cernat quemadmodum ille nodus sit executiendus. Lex *Julianus* ponit, patrem fuisse heredem institutum, & filiamfamilias ei fuisse substitutam, patrem omisisse institutionem, & jussu patris filiam adiisse hereditatem ex substitutiooe. Et tamen ait prius præstanda esse legata à filia substisuta relicta, quam legata relicta à patre instituto. Nihil est, quod facilius expediri possit. Quod traditur in *l. Julianus*, traditur ex Juliano, cujus ætate nondom extiterat constitutio Severi, quæ legata relicta ab instituto volt deberi à substituto. Juliano nota oon erat constitutio Severi, quia Julianus Adriani ætare vixit, noo Severi. Idque apparet ex *l. si Titio, & Mævio, §. ult. de leg.* 2. Eademque ratione hæc constitutio incognita erat Celso, ut patet ex *l. Celsus*, *§. ult. de leg.* 2. Et ideo Juliani, aut Celsi ætate legata à patre instituto relicta, à substituto non debebantur ipso jure: sed in ea specie debebantur ex sententia tantum edicti, *si quis omiss. caus. testam.* & ideo non priore loco debebantur, sed posteriore. At hodie, ut hic proponitur: quia legata relicta à patre instituto herede, debentur à filia substituta, vel filio ipso jure, & similiter legata relicta à domino herede instituto, hodie debentur à servo substituto, ipso jure ex constitutione Severi, & ideo priore loco debentur quasi & priore loco relicta priusquam debita. Prima quæstio fuit de legatis à coheredibus perceptis compensandis cum eo, quod coheres ex legatis iisdem coheredibus vice mutua relictis, Falcidiæ nomine deducere desideret, ita ut si ab eo tam coheredibus, quam extraneis legata relicta sint, ratione compensationis contra coheredes beneficio legis Falcidiæ non otatur, sed contra extraneos tantum, à quibus tamen non plus ferat, quam si & contra heredes legis Falcidiæ beneficio usus fuisset, ut in hac specie. Si tres sorores heredes institutæ sint, prima, seconda, & tertia, singulæ ex triente, & tertiæ triens exhaustus sit legatis tam coheredibus, quam extraneis relictis, tertia per legem Falcidiam debet babere unciam, quæ est quarta pars trientis: hæc uncia dividenda est in tres partes, quæ singulæ vocantur *duellæ, aut binæ sextulæ*, & unam quidem duellam, quam tertia jure hereditario capit, quia est heres ex tertia parte, imputare debet in Falcidiam: alteram autem duellam compensare debet cum legatis à coheredibus vice mutua perceptis, & tertiam duellam detrahere debet ex legatis extraneorum, non plus: proinde ac si alteram duellam detraxisset ex legatis coheredum, quam quo minus detraxerit, compensatio facit. Secunda quæstio fuit de legatis à servo herede instituto, & de fideicommissis à domino relictis, item de legaris à domino herede instituto, & à servo ei substituto relictis, ut scilicet non confundantur, non veniant in contributionem, id est, ut calculo communi noo subjiciantur, sed prius ratio ponatur legatorum à servo, vel domino herede instituto relictorum, deinde fideicommissorum à domino relictorum, vel legatorum relictorum à servo substituto ejus. Et hæc quoque legata, posterius: illa vero solvantur prius, in utrisque salva Falcidia heredi instituto, vel domino ex persona heredis.

AD *§. ultimum.* Tertia quæstio est in *§. ult. hujus leg.* Testator debitori suo, qui ei quadringenta debebat, liberationem legavit. Si & aliis plerisque legata reliquerit, ita ut Falcidiæ locus sit, & is debitor solvendo non sit, tamen in ineunda ratione legis Falcidiæ, ratione bonorum, & legatorum, nomen ejus debitoris, id est, *γραμματεῖον*, id est, quadringenta, quæ debet, in solidum computantur, quasi legata, perinde ac si solvendo esset, & ex eis centum jure Falcidiæ remanent in obligatione, & trecenta tantum ei accepta feruntur, quia bona ejus aucta esse intelliguntur remisso nomine, sive legata liberatione, & aucta tanto, quanto fuit nomen. Non augetur quidem hereditas nomine debitoris minus idonei, nisi ex eventu, ut *l. qui res, de solut.* Locutus est ex casu, ex post facto, puta si quid postea debituri facultatis ad solvendum accesserit, si postea Deus aliam ei fortunaverit horam, *l. cum quo, de pecul.* Non augetur ergo hereditas nomine, quod minus idoneum est, nisi ex eventu, id est, non augetur, sed augeri potest. Augetur tamen statim ipse debitor, augenturve debitoris bona liberatione legata, quia quantum bona ejus nominis ratio minuebat, tantum ei accedere, tantum capere videtur remisso debito, & nomine, eo quod liberatur. Et respicit ad illa verba legis Falcidiæ, *capere licito*: capere videtur eo quod liberatur, ut *l. 2. de calumn. l. 18. §. 1. l. 35. §. ult. de mort. caus. don.* Et ideo Falcidiam patitur, id est, nominis tantum dodrans ei accepto fertur, id est, trecenta. Ulpian. in *l. quærebatur*, *hoc tit.* quum liberatio relinquitur debitori minus idoneo, ipsum sibi idoneum, & solvendo esse videri, & quod ad se attinet divitem esse. Itaque si locus sit legi Falcidiæ, hoc plus videri testatorem legasse, quod debitori, tametsi egeno liberationem legaverit quadringentorum, quæ debebat, & cæterorum legata minui, hujus legati facta contributione, ac vicissim ipsum quoque liberationis legatum minus contributis cæteris legatis, communique calculo subjectis. Et hoc si ipsi debitori liberatio legata sit: nam si alii nomen debitoris legatum sit, nihil ei videtur legatum, si debitor nihil facere possit, ideoque legatum tale non venit in contributionem legatorum, noo minuit cætera legata, non venit in computationem legis Falcidiæ, etsi ex eventu possit debitor quandoque locupletior fieri, quia quod ex eventu pendet, interim pro nihilo est, *l. 169. §. 1. de reg. jur.*

Ad L. IV. de Sent. pass. & restitut. *In metallum damnata mulier, eum, quem prius conceperat, edidit: deinde à principe restituta est: humanius dicetur, etiam cognationis jura huic restituta videri.*

SPecies hæc est: Libera mulier, cum esset prægnans, in metallum est damnata, atque ita facta serva pœnæ: dum ea pœna fungitur, edidit partum, quo erat gravida damnationis tempore. Post beneficio principis ea pœna liberata est, restituta in integrum, eaque ratione recepit libertatem, & civitatem, & jura cognationis, quæ amiserat maxima capitis deminotione, id est, damnatione in metallum, *l. 1. §. filio ad Tertull.* Quæritur, an etiam filio ejus concepto ante damnationem, & edito post damnationem ad metalli fodinam jura cognationis restituta intelligantur? Et ait humanius esse dicere, etiam jura cognationis filio restituta videri. Huic enim hoc loco, id est, filio, quasi dicat beneficium principis plenissime esse interpretandum. *l. 1. C. eod. l. Mela 14. de alim. leg. l. pen.*

l.pen.de consl.princ. Et hoc quidem responso significat Paulus, cognationis jura filium non habuisse, ergo servum editum fuisse, servum fisci, matrem fuisse servam pœnæ, filium servum fisci, quod pugnat cum *l.4. C.de pœn. & cum l.5. §.pen.de stat.hom.* Hæ omnes leges dicunt, liberum nasci eum, quem libera mulier concepit antequam damnaretur in metallum, aut alio genere serva fieret, etiamsi ex ea nascatur jam effecta serva. At dicendum est ex constitutionibus Principum eum liberum nasci, quæ significatur verbo placuit in *d.l.5. §.pen.* nota ex constitutione Antonini, *d.l.4.C. de pœn.* jus separandum esse à constitutionibus, ut fit sæpe in his libris, *l.falsa, de cond. & demonst. l.4. §.contra, de dol.except.* Jus esse jus vetus, constitutiones jus novum. Jure veteri, quod in hac lege Paulus spectat, tempus editionis inspici, non tempus conceptionis, id est, conceptum ex libera liberum: editum ex serva, servum nasci. Et editionis tempus inspici ostendit *lex 9. ad municip.* Verum est igitur, editum ex muliere damnata in metallum, quem prius libera conceperat, servum nasci ex sententia juris auctorum diversa à sententia Principum ex jure veteri: sed ut ait hoc loco, restituta matre beneficio Principis, filio etiam jura cognationis restituta videri.

Ad L. IXC. de Reg. jur. *Quotiens duplici jure defertur alicui successio, repudiato novo jure, quod ante defertur, supererit vetus.*

EXpendamus verba legis 4. *de sentent. pass.* & intelligemus cum eadem lesse conjungendam hanc legem 91. *de regul. jur.* quæ est ex eod. lib. quæ ita definit, *quoties duplici jure, &c.* Ita scilicet conjungendas, & liquido constabit, quod huic regulæ exemplum proprie conveniat, quod non sunt assequuti, & ut dicamus, hunc filium, quia etiam ei intelliguntur restituta jura cognationis succedere posse matri intestatæ per bonorum possessionem *unde cognati:* vel per bonorum possessionem unde legitimi ex Senatusconsulto Orfitiano, quoniam duplici jure ei defertur successio matris intestatæ. Jure novo, per bon. poss. *unde legitimi* ex Senatusconsulto Orfitiano, *l.2.§.ult.und.legit.* Et jure veteri, quod obtinuit ante Senatusconsultum Orfitianum, id est, per bon. poss. *unde cognati.* Prius autem ei defertur jure novo, quam jure veteri, quia in edicto prior est bonorum possessio *unde legitimi*, bonor. possessione *unde cognati.* Et repudiato novo jore, id est, bon.poss. *unde legitimi*, seu Senatusconsulto Orfitiano, quod & jus novum dicitur, *l.tutelas, de cap.minut.* filio superest jus cognationis, quod etiam ei restitutum videtor, id est, filio superest bonorum possessio unde cognati, quod est jus vetus. Et ita est conjungenda hæc regula cum *d.l.ult.* & ad eam tamen regulam, aliud exemplum apponi potest ex Observat. 8. *cap.23.* Et similiter in contractibus, quod non novatur, quod non transfertur in novationis causam, jure pristino, jure antiqoo peti potest, *l.3. §.1. de action. emp. l.4. §.ult. de usur.*

Ex libro 18. nullæ desumptæ sunt leges.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XIX. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLVI. Solu. matr. *Qui dotem stipulanti uxori promiserat, eidem testamento quædam legaverat: ita tamen, ne dotem ab heredibus peteret. Ea, quæ legata erant, uxor capere non potuerat, respondi, dotis actionem mulieri adversus heredes non esse denegandam.*

DIVORTIO soluto matrimonio mulier dotem repetit vel actione ex stipulatu, si ei stipulanti in eum casum se dotem redditurum maritus promiserit: vel actione rei uxoriæ. Et in actione quidem rei uxoriæ locus est edicto *de alterutro*, cujus fit mentio in *l. un. §. scientum, C.de rei uxor. act. & l.ult.C.Theod. de test.* locus est edicto de alterutro, id est, si maritus mulieri quædam testamento legaverit, & si nominatim ea non legaverit dotis nomine, eligere mulier debet alterutrum, id est, dotem, vel legatum, utrumque consequi non potest. Legatum si id eligat pari pecunia doti compensabitur: dotem vero si eliget, legatum ex testamento non capiet, nisi nominatim caverit testator, ut utrumque perciperet, *l.Lucius, §. maritus, ad Trebell.* In actione autem ex stipulatu de dote non est locus edicto de alterutro, id est, non datur mulieri actio ex stipulatu dotis recuperandæ gratia, atque etiam actio ex testamento legati nomine, non compensato doti legato, nisi nominatim testator id ei dotis nomine reliquerit: ut similiter si debitor creditori aliquid legaverit, nisi compensandi debiti causa id ei legaverit: creditori tam legati, quam crediti petitio competit, nec alterutro contentus esse rogitur, *l.cum pater, §.Titius, & l.creditorem, de leg. 2. l.12. & l.14. ad leg. Falcid. l.6. C.eod. tit.* Quum autem dotis nomine legatum uxori relinquitur, vel ita, ne ab heredibus dotem petat, ut in hac l.proponitur, eo casu, electo legato dotem amittit, *l. si filia, §. pen. famil. ercisc. l.6. quan. dies leg. ced. l.quum ab uno, de leg. 2. l.2. §.1. de dote præleg.* Electo legato, quod vice dotis datum est, dotem amittit, videlicet si legatum capere possit, qood elegit. Nam si capere non possit, ut scilicet si legata uxori sit tertia, aut quarta pars bonorum pleno jure, ut hic Dorotheus ait, quia lege Papia vir, & uxor regulariter inter se nihil capere possunt ex testamento, nisi decimam unam matrimonii nomine, & dotem prælegatam, & tertiæ partis usumfructum. De qua parte vide Ulpianum libro regularum tit. *de decimis:* Et sunt hujus juris vestigia multa in his lib. de decimis, *l.qui uxori, de auro, & arg.leg.* & de tertiæ partis usufructu in *l. partis, de præscrip. verb. & l. verbi, l. Lucius, §. maritus, ad Treb. l.pen. de usur. & l.ult. de usufr. leg.* & generaliter de incapacitate uxoris aut conjugum invicem, *l. un. C.de his, qui se deferunt, lib.10. & l. ult.de iis, quibus ut indign.* Si ergo uxor legatum, quod ei datum est ita, *ne dotem peteret ab heredibus*, per errorem elegerit, quod capere non potest: cum putaret, se ejus esse capacem, tum integra est ei repetitio dotis, sive actio ex stipulatu, qoæ est sententia hujus legis, sicot creditori evicto fundo soluto pro re aut pecunia debita, integra est actio pristina, *l. si quis aliam, l. qui res 98. de solut.* Sicut item patrono, qui elegit legatum, qood falso sibi testamento liberti relictum putabat, integra est petitio bonorum possessionis contra tabulas: nec quidquam electio legati facta per imprudentiam ei officit, *l. mater, de inoffic. testam. l. Paulus 1. inf. de bonis libert.*

Ex libro vigesimo nullæ leges sumptæ sunt.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXI. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XVI. de Jure codicill. *Ab intestato factis codicillis relicta, etiam postea natus intestati successor debebit: quicunque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli: nam unus casus est, nec interest, qui succedit, dum intestato succedat. Ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli, & (ut manifestius dicam) intestato patrefamilias mortuo, nihil desierant codicilli, sed vicem testamenti exhibent: testamento autem facto, jus sequuntur ejus.*

HÆC lex differentiam facit inter codicillos factos ab intestato, & codicillos factos ex testamento: quia qui facti sunt ex testamento, pertinent ad testamentum, quod quoquo tempore testator fecit, sive id fecit ante codicillos, sive post, pertineot ad test. id est, jus testamenti sequuntur, & ex eo vires accipiunt, adeo ut si non valeat testamen. non valeant etiam codicilli: si rumpatur testamentum, forte agnatione postumi præteriti, rumpantur etiam codicilli, *l.3. §. ult. l.14. hoc tit. l.1. C. eod.tit.* Illi autem codicilli, qui sunt facti ab intestato, non rumpuntur agnatione postumi, *l. pen. hoc tit.* Ideoque fideicommissa (nam legata in eis relinqui non possunt) in

cis

eis relicta debentur à quocunque herede legitimo, etiam A à postumo, qui natus est post codicillos factos, maxime si fideicommissa non nominatim relicta sint à certa persona, quæ ab intestato succedere potest, sed simpliciter hoc modo, L. Titio peto 100. dari, L. Titio centum dari desidero: vel generaliter, *quisquis mihi heres erit, bonorumve possessor, ejus fidei committo, l.3. hoc tit. l.9. de leg.3.* Ita relicta fideicommissa, quisquis legitimus heres extiterit, ab eo præstari debent. Nam unus casus est, inquit, in quem scilicet fideicommissa relinquuntur, puta si quis sibi ab intestato heres, aut bonorum possessor erit. Itaque quincunque heres erit ab intestato, fideicommissis obstringitur. Testamento autem facto plures sunt casus, in quos legata, aut fideicommissa relinqui possunt. Primus, si quis sibi ex institutione heres erit, Titio dato centum: Secundus, si quis repudiata institutione, sibi ex substitu- B tione heres erit. Tertius, si quis testamento irrito, vel rupto, vel rescisso, ab intestato sibi heres bonorumve possessor erit. Quartus, quisquis quoquo jure, id est, testamento, vel ab intestato sibi heres erit. Testamento ergo facto plures sunt casus, nec temere in unum casum relicta legata, aut fideicommissa, & in alterum relicta intelliguntur, *l. si quis testamento, de leg.2. l. qui liberis, §. ult. de vulg. subst.* Unus vero ille casus, in quem fideicommissa ab intestato codicillis relinquuntur, omnes tenet, quicunque succedunt ab intestato, & ut ait eleganter codicilli facti ab intestato nihil desiderant: codicilli facti ad testamentum, desiderant ut valeat testamentum. Codicilli, inquam, facti ab intestato nihil desiderant, sed per se subsistunt, & vicem testamenti exhibent: Et ait, quia scilicet paterfamilias creditur ab intestato succedentibus suis, vel agnatis, sua C sponte relinquere legitimam hereditatem, *l.6. & 8. hoc tit.* Atque ita habentur, perinde atque si heredes scripti essent, *l.3. hoc tit.* Codicillus factus ab intestato est imago, seu imitatio testamenti, sicut epistola fideicommissaria, aut libellus fideicommissarius est imitatio codicilli, *l. un. §. sancimus, C. de lat. lib. toll.* Codicillus, inquam, factus ab intestato instar testamenti est, quia per se subsistit ut testamentum, nec pendet ex potestate judicii alterius. Codicillus vero factus ex testamento pro parte testamenti est, & observationem juris inde traditam subsequitur, & servat, *l.14. hoc tit. l. pen. test. quemadm. aper.*

Ad L. LXXXIV. de Leg. II. *Si quis servo suo fideicommissam libertatem relinquit, & aliud quid adscripsit: quidam dicunt, quia placebat, ab herede eum manumitti debere: futurum esse,* D *ut non admittatur ad fideicommissum: sed hoc iniquum est: in hujusmodi enim persona utriusque quodammodo dies cessit, & libertatis, & pecuniæ petendæ: adeo ut putem, si mora fiat præstandæ libertati, etiam fideicommisso moram videri factam: & usurarum onus accedere: nam & cætera, quæ medio tempore adquisivit domino, dum moratur præstare libertatem, eidem restitui oportere, rectissime responsum est.*

Quidam servo suo fideicommissariam libertatem, & certæ pecuniæ fideicommissum reliquit pure: libertatis dies cedit ab adita hereditate, quia ab herede manumitti debet, quem testator rogavit, ut servum manumitteret: fideicommissi pecuniarii dies cedere videtur ex apertis tabulis lege Papia, vel hodie mortis testatoris tempore. Quod si ita est, ut quidam existimabant teste Paulo, E proculdubio inutile est pecuniarum fideicommissum, quia dies ejus cedit inutiliter, nempe eo tempore, quo nondum cessit dies libertatis, servo proprio inutiliter legatur sine libertate, quæ competat statim, atque dies legati cedit, alioqui inutile est legatum. Et ideo æquius esse ostendit Paulus, ut hoc casu dicamus diem fideicommissi pecuniarii non cedere ex apertis tabulis, vel à morte testatoris. Denique non ante cedere, quam cesserit dies libertatis, non cedere ante aditam hereditatem, quod & confirmant *l. 8. quand. dies leg. ced. l. 8. C. de fideicomm. l. qui concubinam, §. cum in testamento, tit. seq. l. un. §. libertatibus, C. de ead. toll.* alioqui fideicommissum intercideret, si dies ejus cederet maturius. Et simili modo Paulus ait moram, quæ fit ab herede præstandæ fideicommissariæ libertati, & fideicommisso pecuniario fieri, quoniam utrumque eodem die cedit, & ex mora usuras accedere pecuniæ per fideicommissum relictæ, & omne quodcunque servus heredi interim adquirit, *l. quæsitum, §. ult. sup. tit. prox. l. is, qui fideicommissum, tit. seq. l. impuberem, §. item si servo, ad leg. Corn. de fals.*

Ad L. XI. de Annuis leg. *Cum in annos singulos legatur: plura legata esse placet, & per singula legata jus capiendi inspicietur. Idem in servo inspiciendum ex persona dominorum.*

In hac l. si in annos singulos alicui dena legata sunt, ostenditur, quod est ex Masurii Sabini sententia, quæ obtinuit, plura esse legata, non unum, *l.4. hoc tit. l.10. quando dies leg. ced.* & ideo, non semel ejus legati diem cedere, sed per singulos annos in ingressu cujusque anni, *l.12. hoc tit. l.1. quando dies ususfruct.* & per singulos annos inspici conditionem legatarii, an jus capiendi legati habeat, vel conditionem dominorum ejus, an jus capiendi legati habeant, *l. 23. qu. dies leg. ced.* quia nonnihil ex persona dominorum, quibus per servum adquiruntur legata, cum servo testamenti factio est, *l. debitor, §. servo, de leg.2.* Idemque dicimus de annuis legatis, quum scilicet legantur *annua dena*, quia nihil interest legentur dena in annos singulos, an quotannis, vel annua tantum, *d. l. 12. §. novissime, l. pater, §. ult. de cond. & demonst.* Et recte Justinianus in *l.45. C. de episc. & cler.* quæ est Græca constitutio, καθ' ἕκαστον ἔτος τίκτεσθαι τὴν ἀγωγὴν, id est, *per singulos annos actionem nasci*, quia quot anni sunt, tot etiam sunt actiones, tot legata. Et primi quidem anni legatum purum est, cujus dies cedit statim à morte testatoris: sequentium autem annorum legata sunt conditionalia: inest enim hæc conditio, si vivat legatarius, quia annua ei testator relinquit alimentorum causa, ut haberet, quo tolerare vitam suam. Vita ergo amissa, annua legata finem accipiunt, & ejus quidem anni, quo moritur legatarius, legatum heredi ejus debetur, si solutum non sit, sed non sequentium annorum, *l. 4. & 8. hoc tit. l. 1. §. si in annos, ad leg. Falcid.* Denique legatum relictum in annos singulos, vel in dies, aut menses singulos, vel quotannis, quot diebus, quot mensibus, vel alio modo, si relicta sint annua quædam, vel diurna, vel menstrua, cum anima legatarii legata exspirant, hæc sunt certa. Cur tamen aliud dicatur in stipulatione videamus. Stipulatio concepta in annos singulos una est, non multiplex, & perpetua, id est, quæ non finitur morte stipulatoris: & dies ejus cedit semel, non per annos singulos, & conditio stipulatoris ex conditione domini, in cujus potestate stipulator est, semel inspicitur, non per singulos annos, *l. Senatus, §. ult. de mort. cau. donat. l. 16. §. ult. de verb. oblig.* Ratio differentiæ inter legata, & stipulationes pendet ex providentia testatoris, & consilio, & ex mente contrahentium. Testatores annua legata, sive pensiones annuas relinquunt, ut vitæ consulant eorum, quibus ea relinquunt, ut se tueantur, & inde se alant præbito annuo demenso, & eas quidem pensiones annuas non prudentibus, vel frugi hominibus relinquunt, non his, qui industria, aut facultatibus valent, sed inopibus, vel ignavis, prodigis, luxuriosis, quibus si unam ingentem summam dederint, eam statim sint absumpturi, *dantur*, inquit Martialis, *vitiis annua, vel mensura, &c.* Datur cibus minutatim. Prudentibus hominibus legare annua, dimetiri victum injuria est potius, quam honor, quæ arguit tacite illorum vel imprudentiam, vel ignaviam, quæ nulla in eis est, quoniam ipsi satis sunt sibi idonei ad hanc rem procurandam. Relinquuntur igitur iis tantum annua, qui sibi providere non possunt. Ideoque ea legata personis eorum cohærent, & cum personis eorum exstinguuntur, nec transeunt in heredes eorum, quia tacitam conditionem habent, *si vivat legatarius*, cujus scilicet victui, & cultui consulere voluit testator. Qui autem stipulanti promittit pensionem annuam, non agit, ut stipulatoris vitæ consulat, quandoquidem non inchoat

choat contractum, sed id quod agit stipulator, qui auctor est stipulationis contrahendæ, subsequitur & promittit, cujus stipulatoris mens est, ut sibi, suisque heredibus consulat in perpetuum, & paret reditum annuum, *l. si pactum, de probat.* in qua dicitur, nos sæpe tam nostris heredibus, quam nobismetipsis cavere. Denique divisis pensionibus per annos consulitur promissori potius quam stipulatori. Et hæc est ratio differentiæ, quæ valde notanda est, quia si animus forte promissori fuerit ut stipulatori consuleret, & stipulatori, ut sibi consuleretur, ignavo forte, aut prodigo aut egeno, tum idem juris erit in stipulatione, quod in legato. Plures scilicet erunt stipulationes, & morte stipulatoris interituræ, l. *sancimus, §. pen. & ult. C. de donat.* Et retro si divisis pensionibus in annos, animus fuerit testatori parcendi heredi suo, non consulendi legatario, qui forte providentia testatoris non indiget, tum idem juris erit in legato, quod in stipulatione, id est, legatum erit unum & perpetuum, cujus dies cedet semel tantum, *l. si cum præfinitione* 20. *& l. Firmio, §. ult. quand. dies leg. ced.* Eadem ratio idem jus efficit in utroque negotio. At quia sæpe alia est ratio legati, alia stipulationis annuæ, inde orta est illa differentia inter stipulationem annuam & legatum annuum.

Ad Leg. VII. de Servitute leg. *Cum a pluribus heredibus institutis via legata est, quia partem non recipit, singuli heredes in solidum conveniuntur, quia & uno ex heredibus adeunte vindicari potest.*

SI a pluribus heredibus legata relicta sunt, eorum nomine tenentur, vel pro virilibus portionibus, vel pro hereditariis, juxta *l. turpia, §. ult. & l. si heredes nominatim, de l. 1.* Et hoc si legata divisionem recipiant, si pro parte præstari possint. Nam si divisionem non recipiant, ut si ab omnibus heredibus legetur via, vel iter, vel actus, vel aquæductus, quia harum servitutum usus est individuus, nec cedi, præstari, aut relioqui pro parte potest, *l. viæ, de servit. l. 2. §. ex his, l. stipulationes non dividuntur, de verb. oblig.* Ideo singuli heredes hujus legati nomine in solidum tenentur, & in potestate legatarii est, à quo in solidum petat viam sibi legatam, vel uno tantum ex pluribus heredibus adeunte hereditatem, ab eo viam in solidum vindicare potest, quæ est sententia hujus legis. Unde colligit Accursius, diem servitutis legatæ, veluti viæ, cedere ab adita hereditate, quod est falsum, quantum ad transmissionem attinet, ut Bartolus recte sensit, idemque Dynus, quia dies legati viæ, vel alterius servitutis prædiorum, si pure, vel in diem legata sit, cedit statim a morte testatoris, ut a Justiniano constitutum est, restituto jure antiquo, ut olim obtinuit lege Papia, ex apertis tabulis testamenti. Et ita nihil vetat accipi *leg. 3. hoc tit. nimirum ut dies legatæ viæ cesserit ex apertis tabulis.* Quantum vero ad delationem legati attinet, ut scilicet via peti, vindicari, aut repudiari possit, verum est, non ante diem ejus cedere, quam per aditionem heres exstiterit aliquis, a quo petatur, aut vindicetur, quia si nemo adeat, nihil in testamento scriptum valet, *l. ult. §. ult. comm. præd.* Ex eadem distinctio, sed alia ratione, aliove modo fit in servitutibus personarum per legatum, aut fideicommissum relictis, veluti usu, usufructu, habitatione, quoniam harum servitutum dies nunquam cedit, quantum ad transmissionem attinet, quia non possunt transmitti ad heredes, sed cum anima legatarii exspirant, *l. unica, §. libertatibus, C. de caduc. toll.* Quantum vero attinet ad delationem, petitionem, aut vindicationem, dies earum cedit ab adita hereditate, *l. 2. quando dies leg. ced. l. un. §. dies, quando dies ususfr.*

Ad L. XXVII. de Adim. vel transf. leg. *Servus legatus est, & ei aliquid: si alienato eo adimatur quod ei legatum est, valet ademptio: quia & legatum potest procedere, si redimatur.*

Ad §. Servo legato, *& inter vivos manumisso, si legatum adimatur: nullius momenti ademptio est. Igitur legatum, quod ipsi datum est, capiet. Nam etsi rursus in servitutem ceciderit, non tamen legatum ejus resuscitabitur: novus enim videtur homo esse.*

HÆc lex confirmat differentiam, quam lib. 9. supra in l. proxima idem Paulus constituit inter venditionem & manumissionem servi. Sed lex proxima est de servo testamento manumisso, & postea vendito, vel manumisso inter vivos. Et ita de vendito ponamus speciem: Testator servum suum Titio legavit, eidemque servo aliud quid legavit, deinde servum eundem vendidit Cajo: postea factis codicillis ad testamentum, ademit servo eidem, quod ei dederat legatum. Inutilis videtur esse ademptio, quia venditione servi facta, mera & libera voluntate ademptum videtur legatum servi Titio relictum, *l. 18. hoc tit.* atque etiam legatum eidem servo relictum contemplatione Titii, nisi aliud senserit venditor, idemque testator, *l. 46. & 86. de condit. & demonstrat.* Hac ratione videtur ademptio legati servo relicti inanis esse. At contra Paulus ait, ademptionem valere, quia fieri potest, ut convalescat legatum servi Titio relictum ex nova voluntate, puta redempto servo, *l. 14. hoc tit.* Quo legato convalescente, consequens est & legatum servi Titio relictum eovalescere: non frustra ergo adimitur, quod ex casu convalescere potest. Et argumentatur hoc loco eodem modo, quo in l. *prox. sup.* datio legati, id est, datio servi, quod Titio legatum est, valere potest, si redimatur servus a testatore ex recenti voluntate. Ergo & ademptio legati servo relicti in eundem casum, puta, si redimatur, valere potest. Et hæc de servo Titio legato, cui & legatum adscriptum est, ac postea alii vendito. Nunc dicamus de eodem servo postea manumisso inter vivos, puta vindicta. Finge: testator servum Titio legavit, & eidem servo aliquid, deinde eundem servum manumisit inter vivos: post, Titio legatum ademit, an valet ademptio? Et ostendit non valere, quia satis manumissione servi Titio legatum ademptum est, nec illud spectatur, quod manumissus casu quodam potest redigi in servitutem, quia hunc casum in libero homine spectari inhumanum & incivile est. Ideoque eo non inspecto districte præcidimus, Titio legatum ademptum, quod satis manumissio adimit, inutiliter ademptum esse: legatum tamen sibi relictum manumissum capere posse, quia manumissione extinctum non videtur. Legatum autem Titio relictum avanuit, nec resuscitatur etiam manumisso rursus redacto in servitutem testatoris, quia alius homo est, non idem, qui fuit ante, quia novus homo est, quod latius exposui in *l. qui res, §. aream, de solut.* Liber homo redactus in servitutem capite minuitur, & novus homo est. Servus, qui mutat dominum, qui ab emptore redit ad venditorem, capite non minuitur, & idem homo est. Er casum servitutis, adversamque fortunam in libero homine spectari inhumanum & incivile est: nulla est inhumanitas in servo considerare novum hominem. Et ita magna est differentia inter manumissionem & venditionem servi legati. Itaque in *l. prox. sup.* docui vendito servo, cui legatum erat relictum cum libertate, si postea codicillis adimatur libertas, valere ademptionem, quia redire potest in potestatem testatoris per redemptionem. Eo autem manumisso non valere ademptionem, quia in libero homine teterrimum & ominosum est illud spectare capite minui, & libertatem, quam adeptus est, admittere potest.

Ad L. LXXXI. de Cond. & demonst. *Julius Paulus Nimphidio: quæsisti, si ita in testamento cautum esset:* Stichus, si rationes reddiderit, cum conturbernali sua liber esto: *eisque decem heres dato: an Sticho mortuo antequam rationes redderet, vel patiatore, vel reliqua habente, libera esset mulier: & an de legato idem accipiamus? Libertate data si rationes reddiderit, hanc conditionem rationum reddendarum, ut jussus videatur reliqua reddere, si qua habet, cum fide actus sui, quæ si nulla sunt, pure accepisse libertatem videbuntur: & si post aditam hereditatem decessit, competente libertate, etiam legatum eos secutum est, quod si, cum adhuc reliqua haberet, decessit: sub eadem conditione & contubernalis ejus libertatem accepisse videtur, & defecta videbitur conditione. Sed non inelegantur illud dicetur, Stichum quidem sub conditione manumissum, contubernalem autem*

Digitized by Google

ejus pure: & illam conjunctionem non ad conjungendam conditionem, sed ad necessitudinem demonstrandam pertinere. A

Ad §. Tunc demum *pro impleta habetur conditio, cum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat.*

HÆc lex proponit dominum, Stichum servum actorem rerum suarum, testamento liberum esse jussisse cum sua contubernali sub hac conditione, *si Stichus actus administrati rationes reddiderit*, eisque legavit decem millia: conditio adscripta libertati, videtur etiam adscripta legato, alioqui inutile esset legatum quasi pure relictum servis propriis sine libertate, *leg. prox. inf.* Illo loco, *etsi conditio etiam legato insita sit*, &c. Contubernalis autem dicitur, quæ juncta est servo quasi uxor & concubina, conjuncta conserva, Varroni 1. *de re rustic.* non uxor proprie, vel concubina, quia cum serva connubium aut concubinatus, qui connubii imitatio est, legitimus non est, B *l. si alienæ, hoc tit. l.3. C. de incest. nupt.* Sed si proprio nomine uti licet, contubernium est, hæc autem mulier & ipsa non nupta, non uxor, non concubina, quæ justam uxorem imitatur: sed contubernalis: servi etiam & servæ ejusdem familiæ invicem contubernales dicuntur. Plautus in Milite: *nisi quidem illa nos vult, qui servi sumus, propter amorem suum omnes crucibus contubernales dari.* Quæritur autem hic (quam quæstionem ait sibi fuisse a P. Nymphidio judice quodam propositam) & sunt hi fere qui a Paulo notantur, a quibus consultus fuit, Nymphidius, Latinus Largus, Nezennius & Licinius Rufinus. Quæritur, inquam, Sticho servo mortuo, antequam actus sui rationes redderet, an contubernalis ejus fiat libera, & perveniat ad legatum? Et Paulus ita distinguit: Aut Stichus pariator vita decessit, C aut reliquator, pariatori ex adverso respondet reliquator. *Pariator* dicitur administrator, qui nulla reliqua debet domino, qui quantum accepit, tantum erogavit, cujus denique ratio & calculus accepti & expensi atque utraque pagina par est. *Reliquator* autem, qui plus accepit, quam expendit, Gallice, *quand la recepte doit a la mise*. Si Stichus pariator fuerit, pure videtur accepisse libertatem, quia nulla sunt reliqua, quæ reddat & rationem reddere, nihil aliud est, quam reliqua reddere. Insunt quidem & alia huic conditioni, quæ explicantur in *leg. seq.* ut ponere calculum & instrumenta ad eam rem pertinentia exhibere: sed caput ejus præcipuum est redditio reliquorum, id est, numeratio reliquarum pecuniarum. Cujus autem par ratio est, par etiam ei ratio est adscribenda, *l.22. de manum. testam.* non reliquatio ulla. Itaque D Stichus si decesserit post aditam hereditatem, a quo demum tempore libertas ei competiit, quasi pure legata, *l. qui libertatis, §. servus, de evict. l.4. in fin. C. de test. manum.* Liber igitur vita decessisse videtur, & pro sua parte legatum transmisisse ad heredem suum: contubernalem quoque ejus sequitur pars legati, quia & hæc libertatem pure videtur accepisse, quum Stichus pariator invenitur. At si Stichus reliquator sit, & antequam reliqua redderet cum fide actus sui, quæ qualia exhibeatur docet Callistratus in l. sequenti: si, inquam, antequam reliqua redderet, cum fide actus sui vita decesserit, defecisse videtur libertatis utrique datæ conditio. Et similiter conditio legati eis dati, atque ideo, nisi mulier reliqua solverit de suo aliqua ratione (nam de peculio non potest) non potest ad libertatem & legatum pervenire. Et ita Juliano videtur, E quod conditio rationum reddendarum etiam contubernali injuncta sit his verbis, *si rationes reddiderit, cum sua contubernali liber esto.* Et ita ex Juliano est proditum in *l. si servo, de statuliber.* neque Paulus hoc loco negat. Sed hoc tantum tentari posse dicit pro muliere his verbis, cum sua contubernali, non esse eam junctam Sticho, ut in conditione libertatis & legati conjungerentur, sed ut demonstraretur conjunctio & necessitudo, quæ erat inter eos. Itaque soli Sticho conditionem adscriptam videri, pure autem contubernali libertatem datam, atque legatum. Sed meo judicio magis Juliani sententia est probanda, quia conjunctionem illam & necessitudinem satis demonstravit testator, dicendo *contubernalem*. Nec amplius dicendo cum sua contubernali, magis videbatur eam conjunctionem & necessitudinem demonstrare velle, & si verum amamus, quantum verba indicant, conditio utrumque tenet, sed hoc quasi animi gratia Paulus tentat, fœcunditas est ingenii Pauli nostri. Quod additur in extremo hujus legis, *tunc demum impleta habetur*, &c. accommodari potest ad superiorem speciem hoc modo, ut si Stichus plus expendit actum domini administrando, quam accepit, qui plusquam pariator est, quia ei debetur, nihil autem ipse debet, pariatori autem nihil debetur, nec ipse debet & per heredem mora fiat, quo minus rationes dispungantur, quod servo sit debiturus, atque adeo intersit ejus non excuti, non dispungi rationem, tum conditio libertatis & legati pro impleta habeatur, & Stichus statim ad utrumque perveniat cum sua contubernali, *ut in jure ubi legitur non impleri ex l. in jure, de reg. jur. l. Julianus ait, l. heres, in fine, l. cum pupillus, hoc tit.* conjuncta *l.26. §. ult. de fideicom. libertat.*

Ad L.XL. de Jure fisci. *Ita fidei heredis commisit:* Rogo fundum Titio des, de quo te rogavi. *Si Titius capere non possit, non evitabit heres pœnam taciti fideicommissi. Non enim est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest, cum recitatum est. Quemadmodum nec ille palam dat, qui ita scribit:* Rogo vos heredes, in eo, quod a vobis petii, fidem præstetis, *immo in priore specie majorem fraudem excogitasse videtur, qui non tantum legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quæ circa tacitum fideicommissum habetur. Quamvis enim fundum nominaverit: non tamen cognosci potest, de quo sit rogatus heres: cum diversitas rerum, obscurum faciat legatum.*

Ad §. Patronus *si tacite in fidem suam recipiat, ut ex portione sua præstet: cessare fraudem dicitur: quia de suo largitur.* C

PErtinet hæc lex ad tacita fideicommissa, quæ in fraudem legum incapacibus relinquuntur, non quidem palam & aperte, sed herede roganti testatori fidem dante tacitam incapaci restituendi fideicommissi: qua ex causa fideicommissum recidit in fiscum, quia uterque legibus fraudem facere nixus est. Quod si gerit verbis suis testator, ut palam incapaci relinquere videretur fideicommissum, neque tamen reipsa id palam reliquerit, etiam in dolo versatur, & quidem multo majore, ac proinde tacitum fideicommissum est, ut si ita dixerit, *heres meus rogo te fundum Titio dare, de quo te rogavi*: si modo jam antea eum tacite rogaverit, & heres tacitam fidem accommodaverit. Cæterum si non accommodavit, non ideo fideicommissum intelligitur esse tacitum, & apud heredem remanet potius, quam D apud fiscum recidit. Et ita est accipienda *l.3. hoc tit.* quæ alioqui cum hac lege pugnaret. Cum autem jam ante interpositam fidem tacitam testator obtegere conatur obscuro & insidioso sermone, ut in exemplo supradicto, majore odio dignus est, quia & pejore fraude id facit, quam si tacite duntaxat heredem rogasset incapaci aliquid restituere, pejore, quam si dixisset non expresso nomine fideicommissarii, nec adjecta fundi appellatione, hoc modo, *heres meus rogo te, ut in eo, quod a te petii, fidem præstes, l. Lucius, §. ult. de leg. 1.* quia hoc modo legum tantum verba & jussa eludere conatur, quæ incapaces faciunt, nec minus tacite loquitur, quam si nihil dixisset *palam*. Quum autem dicit, *heres meus rogo te fundum Titio dare, de quo te rogavi*, qualitatem rei relictæ exprimit, & nomen heredis, non E verbis tantum legis Juliæ & Papiæ, sed etiam sententia & interpretatione. Denique legibus omni ex parte quasi præstigiator fucum facere conatur, dum quasi palam dissimulat se agere, quod reipsa agit tacite, dum nominat fideicommissarium proprio nomine, & rem quoque relictam designat, puta fundum. Errat in hoc sermone fraus; in hac generali appellatione fundi, qui generali sermone utitur, non palam, sed obscure loquitur: in obscuro sermone errat semper fraus quædam & dissimulatio major, ideoque semper fit interpretatio contra eum, qui obscure est locutus, *l. veteribus, de pact.* nec tam insidiose agit, qui tacet prorsus, quam qui obscure loquitur. Quum autem quia dicit generaliter fundum, cum diversi sint fundi, obscure loquitur, quia non apparet quem dixerit: diversitas fun-

fundorum obscurum fideicommissum facit:in obscuro quid A dictum, in ambiguo utrum dictum sit quæritur. De qua separatione obscuri ab ambiguo vide *d. l. veteribus.*

AD §. *Patronus*. Tacitum fideicommissum est, si heres tacite rogante testatore in fidem suam recipiat, atque promittat se aliquid daturum incapaci ex bonis testatoris, non si ex suis propriis bonis ei donaturus, veluti inter vivos, quia unusquisque de suo liberalis esse potest, & incapax legatorum,non continuo etiam est incapax donationum inter vivos. Itaque si patronus testamento liberti heres institutus ex portione legitima, quæ debetur reverentiæ patronali,tanquam æs alienum, tacitam fidem interponat, se aliquid redditurum incapaci, fisco locus non est, quia largitur de suo, non de testatoris bonis, quæ intelliguntur eo deducto,quod æris alieni loco est, & deducto cætero omni B ære alieno; nec tamen etiam id, quod de suo tacite recepit se daturum,invitus præstabit incapaci, imo nec capaci si cavillet, *l.27. §.si patronus,l.60. ad Trebell. l. cum patronus, de leg.2. l. si patronus, de donat. l.45. & 46. de bonis libert.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXII.QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.LV. ad Leg. Aquil. *Stichum, aut Pamphilum promisi Titio: cum Stichus esset decem (milium) Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit. Quæsitum est de* C *actione legis Aquiliæ. Respondi: Cum viliorem occidisse proponitur: in hunc tractatum, nihilum differt ab extraneo creditor: quanti igitur fiet æstimatio? utrum decem(milium) quanti fuit occisus: an quanti est quem necesse habeo dare, id est,quanti mea interesst? & quid dicemus, si (&) Pamphilus decesserit sine mora? an pretium Stichi minuetur,quoniam liberatus est promissor? & sufficiet fuisse pluris, cum occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.*

HUJUS legis verba prima specie satis aperta videntur, cæterum subobscura sunt: Stipulanti promisi *Stichum, aut Pamphilum*, cum Stichus esset decem, Pamphilus 20. Stichus scilicet D vilior, Pamphilus pretiosior: electio est mea, utrum velim dare. Porro stipulator Stichum, qui vilioris erat pretii,occidit ante moram, Basil. πρὸ τῆς προθεσμίας, id est, ante tempus, quo alterutrum dare debui,antequam me interpellaret stipulator: non ideo omnino liberor, quia Pamphilus, qui superest, manet in obligatione, ut in *l.2. §.Scævola,de eo,quod certo loco,l.si in emptione, §. pen.de contr. emp.* Pamphilus, inquam, qui superest manet in obligatione,ut addit *lex cum res, §.sed si Stichus,de leg.1.* quæ opponitur ab Accurs. omnimodo præstandus est, qui superest: vel, inquit, mortui pretium. Sed ea lex de mortuo sua morte,suo fato loquitur, non de occiso, de quo agitur.Et sane morte Stichi, quæ promissori competit electio, ei non debet auferri, ut non possit se liberare offerendo mortui pretium: mor- E tui, inquam, non occisi ab extraneo,vel stipulatore:nam in pœnam occisoris solus Pamphilus, qui superest in obligatione, & in petitione est, solusque debet præstari, quia est pretiosior, ut eo nomine promissor in occisorem agat pœnali actione ex primo capite l.Aqu. quod est de occiso,quia injuriam ei stipulator fecit cum damno. Lex Aq.utrumque exigit, & damnum,& injuriam, *l.49.§.1.h.t.* Et in ea actione, non quanti fuerit Stichus, sed quanti Pamphilus, spectatur, quem promissor occiso Stichno necesse habet dare non offerens occisi pretium, & in hunc tractatum, inquit, nihilum differt ab extraneo creditor,id est, stipulator: nam sive extraneus, sive stipulator viliorem servum, puta Stichum,occiderit ante moram,mihi qui promisit Stichum,vel Pamphilum in extraneum, vel stipulatorem competit actio l. Aquil. in qua non tantum venit commodum medii temporis, quod per eum servum adquirere potui, sed venit etiam id quo pluris est Pamphilus, quem nunc necesse habeo dare. Est autem,ut initio posui,tanto pluris altero: idque ita procedit, etiam si postea eodem Pamphilo mortuo ante moram mihi plena liberatio contigerit, quia satis est, quod mea interfuit semel, vel momento temporis Stichum non occidi: satis est Stichum fuisse pluris cum occideretur, vel retro intra annum, ex quo occisus fuit:intelligitur fuisse pluris, etsi minoris fuerit, quia præstatio Stichi me liberasset à præstatione Pamphili, qui longe pretiosior est. Constat enim in lege Aquilia tanti hominem occisum æstimari, quanti is homo plurimi fuerit: & ideo plena est electio, vel quanti plurimi venire potuerit in anno proximo retrorsum non prorsum, computando in anno præterito, cessim, *à reculons*, repetitis 365. diebus, ex quo occisus fuit aut mortifere vulneratus, *l.ait lex, l. ita vulneratus, hoc tit.* Cajus Aquilius hujus legis oculos habuit in occipitio. Et hoc dicimus non tantum, si stipulator Stichum prius occiderit, mox Pamphilus mortem suam obierit ante moram meam, sed etsi prius mortem obierit Pamphilus intra annum, deinde ab stipulatore occisus Stichus fuerit, quia verum est, eo anno Stichum vixisse cum Pamphilo, atque ideo pluris fuisse. Semper autem in hoc judicio repetitur,& retro ducitur æstimatio hominis occisi, nec si vel momento fuerit pluris anno præterito, minuitur ea æstimatio ex post facto, quæ est sententia hujus legis. Verum quoniam lex loquitur de Sticho tantum occiso ante moram, videamus quid sit dicendum, si cum promisissem Stichum, aut Pamphilum, stipulator post moram meam Stichum occiderit, an mihi in eum competat actio legis Aquiliæ? Et ex contrario hæc lex, quæ loquitur tantum de occiso ante moram, argumentum præbet, mihi non competere actionem legis Aquiliæ adversus stipulatorem, qui Stichum occidit post moram,quia nihil damni feci,aut sensi, nihil mea interest, nec enim amisi, quod adquisiturus erat Stichus, si occisus non fuisset, quia id post moram ad me non pertinuisset, sed ad stipulatorem. Nec necesse habeo Pamphilum dare, qui superest, quia Stichus, qui alioqui mihi periisset post moram, non mihi periit, sed stipulatori, qui eum occidit. Si stipulatori periit, ergo pro eo est, ac si Stichum elegissem, & ei præstitissem. Proinde liberor omnimodo. Et nihil mea interfuit Stichum à stipulatore non occidi, & ut lex proxim. supr. ait de Sticho, qui solus est promissus, occiso post moram à stipulatore, stipulator eum occidendo post moram, sibi potius, quam mihi injuriam fecit. Nam suum periculum fecit, eum hominem occidendo, quod alias meum fuisset, eo homine sua morte defuncto, vel occiso ab extraneo post moram: nemo autem injuriæ, quam ipse sibi fecit, non alii actionem habet. At notandum est in specie eadem legis proximæ,& promissi Stichi tantum, non Stichi, aut Pamphili, Sticho à stipulatore occiso ante moram, nonnihil esse discriminis inter eam speciem, & speciem hujus legis, quæ est de Sticho, aut Pamphilo sub disjunctione promisso. Idque satis arguit quasi finitima vicinitas harum legum,quæ data opera contracta fuisse videtur, ut intelligeremus Sticho à stipulatore occiso ante moram, multum interesse, solus Stichus promissus fuerit, an Stichus, aut Pamphilus, quod idem & in hac l. hæc verba demonstrant, *in hunc tractatum*, inquit, *nihilum differt* ab extraneo creditor, quasi diceret non in superiorem tractatum, qui non est de Sticho, aut Pamphilo promisso, sed de Sticho tantum promisso, & occiso à stipulatore ante moram. Et sane in superiore tractatu, videlicet legis proximæ,ab extraneo creditor differt. Nam si extraneus Stichum, qui solus simpliciter promissus est, occiderit,stipulatori datur actio in extraneum, non quidem legis Aquiliæ,quæ soli domino datur.Actiones in personam, quæ solis dominis dantur,hæ sunt:actio legis Aquiliæ,condictio furtiva, vel rerum amotarum, aquæ pluviæ arcendæ, finium regundorum, arborum furtim cæsarum. Ergo stipulatori in extraneum, qui Stichum occidit ante moram datur quidem, sed non actio legis Aquiliæ, quia non fuit do-

dominus occisi mancipii, sed datur actio de dolo, quia ejus principaliter interest, *l. arbitrio 18. §. ult. de dolo*. Domino autem, id est, debitori non datur in extraneum actio legis Aquiliæ, quia occiso Sticho ante moram ab extraneo, debitor omnino liberatus est, nec ejus quidquam interest. At si stipulator ipse eum servum occiderit, tunc debitori, etsi sit liberatus, datur in stipulatorem actio legis Aquil. quia stipulator ei injuriam fecit cum damno medii temporis, quo per eum servum aliquid adquisiturus fuit, denique damnum ei injuria dedit, ut Græci dicunt in *l. 54. hoc tit.* *ὅτι τοῦ μέσου χρόνου διάφορον κατασκευάζει*. Sticho autem sub disjunctione promisso, aut Pamphilo, ut in h. l. ostenditur, nihilum differt ab extraneo stipulator, quia sive hic, sive ille occiderit, debitori competit actio legis Aquiliæ: vel quod nunc necesse habeat Pamphilum dare, qui solus remansit in obligatione.

B

Ad L. LVIII. de Fidejussor. *Si à colono stipulatus, fidejussorem accepi: una stipulatio est plurium pensionum: & ideo in universis pensionibus fidejussor tenetur.*

Ad §. Cum facto *suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio: veluti si moram fecit in Sticho solvendo, & is decessit.*

QUi colono locaverat fundum quendam in lustrum, in quod omnes locationes olim fieri solebant, id est, in quinquennium, constituta certa pensione sive mercede in annos singulos, fidejussorem accepit simpliciter, quem dedit colonus: simpliciter, inquit, in id quod conductor, sive colonus debiturus esset: Paulus ait fidejussorem teneri in universis pensionibus annorum quinque, quia illa stipulatio, cui se fidejussor simpliciter obstrinxit, una est stipulatio plurium pensionum: una stipulatio, quæ amplectitur pensiones omnes, ut stipulatio in annos singulos C una est stipulatio plurium pensionum, ut diximus *in l. 16. de ann. lega.* Nam & hæc, de qua hic agitur, tacita intelligitur esse concepta in annos singulos, quæ simpliciter concepta est in id, quod colonus debiturus est. Et adde etiam, eum fidejussorem teneri ob pecuniam dotis sive instrumentorum fundi, *l. 52. §. pen. hoc tit.* quia in omnem causam conductionis fidejussor intercessisse intelligitur, quæ in principalem obligationem venit. Hoc exposito subjungit Paulus, cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, &c. perpetuat Basil. *παρεκτείνει*, quod est producit, *l. si servum, §. an filiusf. de verb. oblig.* id est, perpetuam fecit obligationem, quæ sine facto debitoris re debita perempta, erat peritura, fidejussoris obligationem etiam durare. Et proponitur hoc loco regula vetus, quæ dictat, *facto suo* D *debitorem principalem non tollere obligationem suam, sed perpetuare*, id est, producere, ut si servum promissum promissor occiderit, vel si in eo solvendo moram fecerit, & post moram servus suo fato interierit, *d. l. si servum, §. seq.* Ad quam regulam additur, etiam moram, vel aliam culpam debitoris principalis perpetuare fidejussoris obligationem: cum facto suo, inquit, reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio. Et in *d. l. si servum, §. accession.* quæ ait, rei principalis culpam fidejussoribus quoque suis, qui locum ejus obtinent, perpetuare obligationem, addita hac ratione, quia in totam causam spoponderunt, quæ scil. in obligationem deducta est, & reos tenet, etiamsi simpliciter accepti sint, quod & initium hujus l. docet. Unde apparet, quam ei sit apte hæc subjecta sententia, cujus ratio ducitur ex nostræ legis initio, ni- E mirum, quia fidejussor etiam simpliciter acceptus, in omnem causam fidejussisse intelligitur, quæ principali obligatione continetur, non etiam in id, quod ex mora rei officio judicis accedere potest, ex mora rei perpetuari ipsius rei, atque etiam fidejussoris obligationem, non etiam augeri, *l. centum, & l. ult. de eo, quod certo loco*. Item ex mora rei damnari ipsum reum, vel etiam fidejussorem ejus posse in usuras, vel in id, quod interest officio judicis, *l. quæro, loc. l. 10. rem pup. sal. fo. l. 1. §. bellissime, ut leg. nom. caveat. l. initio, C. de pact. inter emp. & vend.* Ex mora rei igitur etiam fidejussorem officio judicis posse damnari in usuras, vel in id, quod interest; non tamen in id etiam obligari, id est, in obligatione non esse, quod officio judicis accedere

A potest. Hujus discriminis, & sententiæ effectum docui lib. 4. supra, ad dictam legem ult.

Ad L. XIV. Ad leg. Cornel. de fals. *Filius emancipatus, cum scriberet patris testamentum, jussu patris, servo communi Titii & sui legatum adscripsit. Quæro, quis exitus quæstionis sit? Respondi: plures quæstiones conjunxisti, & quidem quantum ad SC. quo prohibemur nobis, vel his, quos in potestate habemus, adscribere legatum, emancipatus quoque filius eadem pœna tenebitur, licet jussu patris scripserit. Excusatus enim is videtur, qui in potestate est, sicut servus: si tamen jussum ex subscriptione testatoris appareat: sic enim inveni senatum censuisse.*

Ad §. Sequens *quæstio est, an quoniam placet, id quod illicite scriptum est, pro non scripto esse: quod servo communi scripseris, & alterius adscriptum est, utrum in totum pro non scripto sit, an quantum ad eum tantum, qui adscripsit, cæterum socio totum debeatur, & inveni, Marcellum apud Julianum adnotasse: nam cum Julianus scripsisset, si sibi & Titio scripsisset, aut servo communi, cum pro non scripto sit, facillime quæri posse, quantum Titio, & socio adquiratur: ita adjicit iste Marcellus, quemadmodum socio debebitur, si quasi falsum nomen servi subducitur? quod & in præsenti quæstione observandum est.*

Ad §. Maritus *servum dotalem manumisit, & in testamento ejus legatum sibi adscripsit: quæsitum est, quid mulier ex lege Julia consequi possit? Respondi, & patronum incidere in pœnam edicti D. Claudii dicendum est: & filium emancipatum, licet prateriti possint petere bonorum possessionem. Ergo, si nihil habet patronus ex bonis liberti, non tenebitne mulieri. An ideo teneri potest, quod adiectum est in lege,* aut dolo fecit quo minus ad eum perveniat? *Sed nihil perfecit in fraudem* C *mulieris: non enim adversus illam hoc excogitavit. An ideo non denegamus huic actiones, quoniam alii restituturus est? atquin cum is, qui sibi jussu testatoris legatum adscripsit, etiam si fidei suæ similiter jubente testatore commisisset, uti id alii restitueret: Senatus jussit, eum nihilominus legato abstinere, idque apud heredem remanere cum onere fideicommissi.*

QUæstiones hujus legis, quæ sunt tres, pertinent ad Senatusconsultum Claudianum, & Libonianum, ex quibus Senatusconsultis pœna legis Corneliæ de falsis tenetur scriptor alieni testamenti, qui in eo sibi, vel ei, quem habet in potestate hereditatem, vel legatum, vel quodcumque aliud emolumentum adscripsit, dictante testatore, neque id, quod sibi adscripsit, capit, sed pro non scripto est, & consequenter apud heredem remanet, vel coheredem, vel D substitutum, non recidit in fiscum, quia, ut Plinius ait 2. epistol. in iis, quæ pro non scriptis sunt, delatori locus non est, *l. 1. & ult. de iis, quæ pro non script.* Initio autem hujus legis hæc proponitur species: filius emancipatus, cum patris testamentum scriberet jussu patris, servo communi suo & Titii legatum adscripsit, quæritur, quid de hac specie statuendum sit? Et respondet Paulus, duas præcipue oriri posse quæstiones. Prior quæstio est, an filius emancipatus, qui jussu patris sibi adscripsit, vel servo suo in totum, vel pro parte, servo, quem habebat communem cum Titio, an teneatur ex SC. Claudiano pœna legis Cornel. de falsis quasi falsarius? Et respondet teneri, quia patri ea in re obtemperare non debuit, quæ SC. prohibetur. Et aliam esse rationem filiifam. qui excusatur, si jussu patris sibi aliquid adscripserit, cum dictante patre, patris scripsisset testamen- E tum: si tamen jussu patris, vel ex generali scriptione ejus appareat, ut si pater perscripto testamento manu filiifam. ita generaliter subscripserit, *quod dictavi, & recognovi*. Hæc generalis subscriptio, & necessitas potestatis excusat filiumfam. ut & servum, ne teneatur pœna falsi, & ne quod sibi adscripsit, amittat. In filio emancipato, vel alio quolibet extraneo specialis subscriptio exigitur ad evitandam pœnam, & ad capiendum legatum, quod sibi adscripsit, ut puta, quod Lucio Titio dictavi, quodque sibi adscribere jussi, & recognovi, *l. 1. §. inter. l. seq. prox. §. & quatenus, hoc tit.* Generalis subscriptio extraneum, in quem nullum jus testator habuit, non excusat: filiumfam. vel servum excusat, quia parendi necessitatem habuit, *l. in fraudem, §. ult. de his, quib. ut indign. l. si tacitum, ad leg. Falcid.* & ita Core-

nelius Tacitus *3. annali.* refert adolescentem quendam, qui erat in potestate patris, se purgasse crimine civilis belli, quod patris jussa non potuisset detrectare. Quæ tamen purgatio jure nostro in atrocibus criminibus non admittitur, quia in eis est liber quilibet, & juris sui, nec ulli parere necesse habet, & mori malle debet, quam facinus admittere, quod sceleris atrocitatem habet, *l. 11. §. si tutoris, quod vi, aut clam, l. nec interest, ad l. Jul. de vi priv. l. 2. C. de sepul. viol.* Et ita quoque de servo, aut filiofam. qui sibi jussu domini, vel patris aliquid adscripsit, quod factum atrocitatem non habet, nominatim senatum censuisse Paulus scribit, cum esse venia dignum. Posterior quæstio pendet ex specie l. initio proposita, quæ talis est, an quod filius emancipatus jussu patris legatum adscripsit servo communi suo, & Titii in totum pro non scripto sit, an quantum ad filium emancipatum, qui scripsit, non quantum ad Titium socium ejus, ac proinde an Titio totum legatum per servum adquiratur: quod non potest adquiri scriptori alteri domino: Et huic quæstioni Paulus respondet ex notis Marcelli ad Julianum. Nam cum Julianus scripsisset libros 21. Digestorum, ut opinor, si quis sibi, & Titio legatum adscripserit, vel si quis servo communi suo, & Titii legatum adscripserit, quia certe pro non scripto est, quantum ad scriptorem attinet, facile quæri posse, quantum conjuncto, vel socio, id est, Titio adquiratur, vel debeatur, plane significans pro non scripto esse, quantum ad eum duntaxat, qui scripsit. Cæterum quæri posse, utrum adquiratur Titio totum legatum, an pars? Et priori quidem specie, quod notandum, cum sibi, & Titio adscripsit legatum, Paulus ipse definit *lib. 3. Sentent. tit. de legat.* totum legatum ad Titium pertinere: si quis, inquit, sibi & Titio legatum adscripserit, magis est, ut totum legatum ad conjunctum pertineat. Idemque, ut indicat, *l. si servus communis, de auctor. tutor.* Marcellus sensit cum Juliano, ac in posteriori specie, videlicet cum servo communi Titii, & suo legatum adscripsit, Juliano existimante etiam totum legatum ad Titium pertinere. Marcellus in notis ab eo dissentit. Hac ratione, quia ex Senatusconsulto Claudiano servi nomen, cui legatum adscriptum est, circumscribitur, & pro non scripto habetur. Et ideo nihil ei servo relictum videtur. Denique nihil eo nomine per eum servum nec scriptori, nec ejus socio adquiri potest: planeque totum legatum circumscribitur. In priori specie, cum adscribit sibi, & Titio, Titii nomen non subducitur, non circumscribitur, quia ipse nihil scripsit. Itaque magna est differentia inter priorem, & posteriorem speciem. Et sententiæ Marcelli in hac posteriori specie etiam Paulus accedit.

AD *§. Maritus*. Tertia, & ultima quæstio est in hoc §. Maritus servum dotalem manumisit: si solvendo sit, & dives, manumissio valet. Et si donante uxore id fecit, nihil eo nomine uxori præstat. Sin vero quasi negotio uxori gesto id fecit, volente uxore, id præstat uxori condictione ex lege Julia, quod ad eum ex liberti bonis pervenerit jure patronatus: si invita uxore id fecit, id omne quodcunque ad eum quoquo jure pervenit ex liberti bonis uxori præstare tenetur, quod scilicet jure patronatus ad eum pervenerit, quodve dolo malo fecerit, quo minus ad eum perveneri condictione ex lege Julia etiam constante matrimonio. Quod vero alio jure, quam patronatus ad eum pervenerit, id præstare tenetur uxori actione de dote, soluto matrimonio, quæ omnia ostenduntur in *leg. dotalem 62. & 4. aliir seqq. sol. matrim.* Inde quæritur, si maritus servum dotalem manumiserit invita uxore, vel negotium gerens non invitæ uxoris, & testamento liberti legatum sibi adscripserit, quid mulier ex lege Julia, id est, condictione ex lege Julia consequi debeat? Respondet Paulus, patronum, qui sibi legatum adscripsit testamento liberti incidere in pœnam edicti Divi Claudii, id est, in pœnam falsi, nec legatum capere posse. Edictum D. Claudii subsecutum est statim Senatusc. quo idem probavit Senatus, quod edixerat D. Claudius, atque ideo dicitur Senatusc. Claudianum, *l. 3. C. de his, qui sibi adscrib.* Et ita de majore sexagenario ducente uxorem, quod Svetonius adscripsit edicto Claudii, id Ulpianus lib. regul. tit. 16. tribuit Senatusconsulto Claudiano. Ac similiter, quod edicto D. Marci tribuit *l. si ventri, §. F. de reb. auct. jud. poss.* id Senatusconsulto tribuit facto auctore D. Marco *lex 1. in quib. cau. pign.* Non tantum orationes, quas per se habebant principes in Senatu, vel per quæstores solebant sequi SC. sed etiam edicta principum. Sed ad rem. Certum est, filium emancipatum, vel patronum præteritum, id est, neque institutum, neque exheredatum, qui modo legatum sibi relictum non agnoverit, quia eo agnito, probat judicium defuncti, posse petere bonorum possessionem contra tabulas. Sed non si ipse sibi hereditatem, aut legatum adscripserit, cum adhibitus esset ad scribendum testamentum patris, vel liberti, *l. 6. §. ult. hoc tit.* Ergo neque legatum, neque hereditatem capit, quam sibi adscripsit, neque admittetur ad bonorum possessionem contra tabulas, etsi nihil aliud ex liberti bonis ad patronum pervenerit, non tenebitur uxori condictione ex lege Julia, quia nihil cepit ex bonis liberti. Posset tentari, eum teneri ex clausula legis Juliæ, aut dolo malo fecit, quo minus ad eum pervenerit, *l. si vero, §. adjicitur, sol. matrim.* Sed ait Paulus, non videri dolo fecisse, qui sibi legatum adscripsit jussu testatoris, quia id non fecit in fraudem alterius, non est dolus malus, nisi qui lædit alterum, & fraudem fecit alteri. Id patronus, inquit, non excogitavit in fraudem suæ uxoris, sed jubenti testatori morem gessit. Rursus tentari potest, patronum posse capere legatum, quod sibi adscripsit jussu liberti hac ratione, quia id condictione ex lege Julia mox uxori restituturus est, ergo & propter uxorem, cui restituturus est, valeat legatum, sicut evenit sæpe, ut propter fideicommissarium, qui rogatus est restituere legatum, valeat legatum, quod incapaci relinquitur, *l. cogi, §. hi, qui, ad Treb. l. 1. §. pen. si quis alij. test. probib. l. avia, §. Titio, de cond. & demonstr. & Nov. 189.* At respondet Paulus, id non admitti, esse certum ex eodem Senatusconsulto, nec propter fideicommissarium admitti quemquam posse ad legatum, quod sibi adscripsit, sed abstinere se debere legato omnimodo, & legatum remanere apud heredem cum onere fideicommissi, si jubente testatore id scriptor testamenti, sive testamentarius sibi adscripserit, *l. cum quidam 17. hoc tit. l. ult. de his, quæ pro non scrip.* Ergo nec propter uxorem admittendum esse eum ad legatum, etiamsi uxori condictio competere posset ex lege Julia, quæ tamen nulla competit, quia patronus nihil habet, aut retinet ex bonis liberti.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXIIIQUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. LXXXIV. de Heredib. instit. *Si servo fideicommissa data sit libertas: heres hunc eundem servum cum libertate heredem reliquisset: quæsitum est, an necessarius fiet heres? & humanius est, & magis æquitatis ratione subnixum, non fieri necessarium: qui enim etiam invito defuncto poterat libertatem extorquere, is liber esse jussus, non magnum videtur beneficium à defuncto consequi: imo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem.*

Ad §. Idem probandum erit *& in illo servo, quem testator ea lege emerat, ut manumitteret, si heres fuerit institutus, nam & hic, deposito beneficio testatoris, proprio jure poterit ad libertatem pervenire ex constitutione Divi Marci.*

Ad §. Item *& in eo, qui propria sua data pecunia, emptus est ab aliquo: nam & hic poterit ab ipso testatore libertatem extorquere.*

SCIENDUM est, alios esse heredes voluntarios, qui non nisi volentes heredes fiunt, qui repudiare delatam hereditatem possunt. Alios necessarios, qui inviti, & ignorantes jure civili heredes existunt. Voluntarii fiunt heredes per aditionem hereditatis; hi existunt, id est, apparent confestim, etiam nolentes, aut nescientes, ἀναφαίνονται, ut Græci rectissime dicunt, id est, existunt, non fiunt, quia in eis non est necessaria aditio

tio

tio hereditatis. Rursus ex necessariis, alii sunt sui, & necessarii, ut liberi, vel qui liberorum loco habentur, ut uxor, quæ convenit in manum viri jure veteri: liberi, inquam, & qui liberorum loco habentur, & sunt in potestate parentis, & gradu proximiores delatæ hereditatis tempore. Alii sunt necessarii tantum, non sui. Hi sunt servi proprii ultro à dominis eodem gradu ex testamento cum libertate heredes instituti, vel substituti in primum, vel secundum casum. Et ii quidem sunt necessarii ex testamento tantum si instituti sint, ii, qui sunt sui, & necessarii etiam ab intestato, & (quæ est alia differentia) suis non etiam necessariis tantum jure prætorio datur, si hoc malint beneficium hereditate abstinendi se. In servis necessariis heredibus desidero, ut eis ultro dominus cum hereditate largiatur libertatem sua sponte, & gratuito non coactus: nam si, ut hoc loco ostenditur, heres, qui pure rogatus est servum manumittere, eum servum heredem instituerit cum libertate, erit ei heres voluntarius, non necessarius, quia debitam magis ab eo ex causa fideicommissi, quam gratuitam libertatem accepit, *l. proxime, de ritu nupt. l. 1. C. de libert.* Potuit enim servus, cui data est testamento prioris domini fideicommissaria libertas, heredi invito extorquere libertatem per prætorem fideicommissarium, *l. 4. in fine, inf. quibus ad lib. procl. l. de libertate, de fideicom. libert. l. Titius, de action. emp. l. mulier, §. non est, ad Trebell. l. vix, de jud.* Itaque libertatem ille servus habet beneficio prioris domini potius, quam beneficio heredis, qui eam non tam dedit, quam paruit defuncto, qui eam dederat prius: non dat beneficium, qui dat, quod etiam ut daret compelli potuit. Beneficium est, ut ait Seneca, *quod quis dedit, cum illi liceret non dare; nec quisquam id se dedisse, aut fecisse jactat, quod non dare, aut non facere potuit.* Et est aliquid, quod dominus servo præstare debeat, ut cibarium. Nemo id dixit beneficium. Unde sicut Papinianus ait in *l. unum ex familia, §. 1. de leg. 2.* facultas necessariæ electionis non est propriæ liberalitatis beneficium: ita dicimus facultatem necessariæ manumissionis, non esse propriæ liberalitatis beneficium, non esse proprium beneficium, sed alienum. Denique dicamus, quod necessario in heredem confertur, neque legatum, neque fideicommissum, neque donationem, liberalitatem, aut beneficium esse. Et recte *lex si quis pro uxore, de donat. inter vir. & ux.* non donare eum, qui necessarius oneribus, quæque subire debet, succurrit: quam in rem etiam vulgo affertur *lex rem legatam, de adim. leg.* Sed perperam: nam ejus legis sententia hæc est, si rem legatam postea testator vendiderit, distinguendum esse, utrum urgente necessitate rei familiaris, an mera voluntate vendiderit, quoniam eo casu legatum ademisse intelligitur, non esse beneficium cum urgente necessitate vendidit, *l. 11. §. si rem, de legat. 3.* Et hoc si vendiderit. At si rem legatam postea donaverit, omnimodo ademisse videtur legatum, nec supradictæ distinctioni locus est, quia nemo in necessitatibus in eo, quod necesse habet dare, liberalis existit, quæ verba significant necessitatem imminentem rei familiaris, sive imminentem egestatem, neminem urgere posse ad donandum: urgente necessitate rei familiaris neminem donare, ac proinde supradictæ distinctioni locum non esse. His vero consequenter, ut subjicit in hac lege, si quis cum libertate servum heredem instituerit, quem suis nummis, non servi nummis ea lege emerat, ut manumitteret, in eum non contulit beneficium libertatis, quia & citra ejus factum suo jure servus erat perventurus ad libertatem ex constitutione Marci ad Aufidium Victorinum, cujus sæpe fit mentio in libris nostris, etiam non addito tempore, intra quod manumitteretur, *l. ult. qui sine manum. l. naturalis, §. quod si tale, de præscr. verb.* Et ideo servus ille, quem heredem instituit cum libertate, ei non fiet heres necessarius, quia ei libertatem acceptam non fert, sed legi venditionis, & constitutioni Marci. Idemque erit si quis servum emerit servi nummis, non suis, interposita inter eum, & servum fide manumittendi statim post emptionem, & deinde eum cum libertate heredem instituerit. Nam & ei servus ille non fiet necessarius heres, quia libertatem dedit, quam & ei invito servus extorquere potuit ex constitutione Divorum fratrum ad Urbicum Maximum, *l. 4. de manumiss. l. 8. C. de liber. caus. l. qui se dicit, de judic.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXIV. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XLVI. de Action. emp. *Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore heres domino rei exstiterit: cogetur implere venditionem.*

SI quis alienam rem vendiderit, venditio dicitur esse satis illicita, *l. 1. C. de comm. rer. alien.* Et quemadmodum scriptum est in *l. cum hic status, §. si socer nurui, de donat. int. vir. & ux.* si socer nurui nuntium remisit: vel si ipsi consoceri nuntium remiserint, quod ad ipsos attinet, finitum esse diremptumque matrimonium, sed non quod ad conjuges. Ita licet nobis dicere, venditionem rei alienæ, quod ad ipsum emptorem, & venditorem attinet, consistere, & nasci obligationem ultro citroque, sed non consistere quod ad dominum in fraudem domini: dominum rem emptori auferre posse. Si quis ergo rem alienam vendiderit, deinde ejus rei dominium acquisierit, ut si medio tempore, inquit, id est, ante traditionem heres domino rei extiterit: nunc non potest quasi dominus retractare venditionem, sed eam adimplere cogitur, puta rem tradere, & cætera, quæ jure venditi continentur, vel si eam tradiderit, non potest quasi dominus vindicare, auferre, aut evincere emptori. Improbus ille est, qui evincit, qui vendidit, *l. 1. de except. rei vend. l. vindicantem, de evict.* Et ita, si quis rem alienam pignori dederit, deinde ejus rei dominus esse cœperit, pignoris conventioni stare debet, possessionemque ejus rei tradere creditori agenti hypothecaria, *l. rem alienam, de pig. act. l. 1. de pign. l. 5. C. si alien. rei pig.* Neque obstat huic sententiæ *lex si servo, qui, & à quibus man.* quam objicit Acc. ubi servo alieno manumisso, deinde adquisito manumissori, negatur confirmari manumissionem, & manumisso competere libertatem. Confirmatur tamen pignus, & venditio rei alienæ, dominio postea adquisito. Cur non & libertas, seu manumissio? Ratio est, quia ex manumissione nulla nascitur obligatio, qua adstringatur persona, aut res ulla manumissoris. At ex conventione pignoris, venditionisve nascitur obligatio, quæ nexam tenet rem pignoratam, & obstrictam personam tenet debitoris, aut venditoris. Ideoque impleri pignoris, aut venditionis conventio debet, & bona fide. Et improbe resistit debitor, aut creditor, quo minus eam impleat: differentia est. Non recte Accursius respondit ad eam leg. ipso jure ab initio non valere manumissionem servi alieni, venditionem rei alienæ ipso jure valere, *l. rem alienam, de contrah. empt.* quia certe nec venditio valuit ab initio, quod ad dominum attinet: & in pignore rei alienæ, quod Accurs. fatetur ab initio ipso jure non valuisse: idem tamen est, quod in venditione, ut scilicet ex æquitate dominii adquisitione convalescat pignus, ut & venditio.

Ad L. XXIX. de Novat. *Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt: perit privilegium dotis, & tutelæ, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelæ actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem: ut solet dici in his actionibus, quæ tempore, vel morte finiri possunt.*

HÆc lex ostendit, duo esse genera novationum, & inter ea differentiam constituit unam. Una est novatio voluntaria, alia necessaria. Novatio voluntaria fit per stipulationem: novatio necessaria fit per litis contestationem. Voluntaria fit ex consensu debitoris, & creditoris per stipulationem Aquilianam, vel per stipulationem novandi causa interpositam, qua quis ab alio stipulatur quod sibi alius debet, *l. 5. quando ex fact. tut.* Necessaria fit ex necessitate, ut docet *lex ult. de separ.* nimirum judicio accepto,

quod

quod, ut ait *l.inter, §. si Stichum, de verb. oblig.* invitus debitor accepit lite cum eo contestata, vel cum defensore ejus, vel cum alio ejus vice, quia lite contestata quasi contrahitur cum adversario, cum quo lis contestatur, *l.3. §. idem scribit, de pec.* Lis contestata in ll. nostris, lis contracta in lib. Ciceronis: utrumque idem potest. Litis contestatio contractus est, & obligatio nova. Nam & secuta condemnatione actio pristina convertitur in actionem judicati, atque ita novatur, *l.si fundus, §. si pluris, de pignor. l.pen. §.ult. de usur. rei judic. C.* Sunt autem innumeræ differentiæ inter hæc duo genera novationum. Prima fit ea, quæ hic proponitur. Novatio voluntaria perimit privilegium, quod habuit prior actio, ut si quod debebatur actione de dote, post divortium: vel actione tutelæ, post pubertatem, quæ actiones privilegiatæ sunt, transferatur, & deducatur in stipulationem novandi animo, ut olim obtinuit, ut hodie necesse est ex constitutione Justiniani, id est, ex *l. ult. C. de novat.* specialiter expresso novandi verbo. Hodie non est novatio, nisi dictum sit, ut novatio fieret, & ex ea constitutione certe Tribonianus in hac lege illum articulum inseruit specialiter, si id specialiter actum est, ut in *l.usumfr. de verb. oblig. l.31. §. 1. hoc tit.* Novatio autem necessaria, quæ fit lite contestata, non tollit privilegium, non nocet actori, quia necessaria est, non voluntaria, *l.22. de tut. & rat. distr.* Et litis contestatione, ut Paul. subjicit hoc loco, quod etiam subjecerat dictæ legi 22. ut probat *l.87. de reg. jur.* litis contestatione, inquam, per quam fit novatio necessaria, maxime ex parte rei, deterior non fit conditio actoris, sed plerumque melior, & deterior fieret conditio actoris litis contestatione, si ei perimeret suum privilegium. Tantum vero abest, ut litis contestatione deterior fiat conditio actoris, ut imo fiat sæpe melior. Nam litis contestatio actionem perpetuat, & in tutum redigit, quæ morte actoris, aut tempore erat interitura, *l.1. & 3. de feriis, l.ult. de fidejuss.tut. l.nam postea, §. si is, cui, de jurejur. l.ordinata, de lib. causa, l.1. §. sed interdum, l.2. ne de stat. defunct. l. 139. de reg. jur.* Quod ipsum etiam efficit novatio voluntaria, id est, perpetuat actionem, *l.24. de mort. cau. donat.* Excipit Accursius actionem de dolo, quæ litis contestatione non perpetuatur, sed omnino perit intra biennium, etiamsi intra biennium cœpta sit actio, necdum peracta, quod & verum est, *l.ult. C. de dolo.* Item litis contestatione omnes actiones etiam pœnales, quæ oriuntur ex delictis, ad heredes transmittuntur ab utraque parte, *l.87. & 164. de reg. jur. l.omnes, l.sciendum, de oblig. & act. l.un. C. ex delict. defunct.* Et hæc est differentia proposita in hac l. Addi possunt aliæ complures. Novatio voluntaria pignora perimit, quod accessit priori obligationi, cum id actum est, ut in universum ab obligatione discederetur, *l. seq.* ut scilicet perimeretur prima obligatio tam civilis, quam naturalis; ut & privilegium facta novatione voluntaria non aliter perit, quam si id actum sit, ut a prima & principali obligatione in universum discederetur, etiam abjecto privilegio, *l.2. de privil. credit. sive de reb.auct. jud. possid.* Contractus ex conventione legem accipiunt, ex eo, quod actum est inter contrahentes, *l.1. §.si conveniat, depos. l.contractus, de reg. jur.* At si quid secus non convenit, si nihil exceptum sit, sed si simpliciter inter aliquos novus contractus habitus sit, in universam causam, quæ præcessit, haberi intelligitur, ut de fidejussore simpliciter accepto diximus in *l.58. de fidejuss.* Et quod dicitur novatione voluntaria pignora, vel hypothecas perimi, verum est, novatione legitime facta, *l.18. hoc tit.* non novatione facta illegitime, ut interventu mulieris contra SC. Vellejan. *l. aliquando, §.1. ad Vell.* quia ea novatio est sine effectu, eamque Vellejanum SC. improbat, *l.16. in fine, eod. tit.* vel etiam interventu servi, qui domino expromittat novandi causa pro debitore domini. Omnis expromissio novatio est. sed non legitime fit interveniente servo, *l.quod servus, de pec. §.præterea, Inst. quibus modis obl. sol.* Novatione autem necessaria pignora non perimuntur, quia si lis contestata sit cum debitore, vel cum alio defensore debitoris, non tollitur obligatio principalis, quæ tamen tollitur facta novatione voluntaria interventu novæ personæ, *d.l.18 l.solutum, de pignor.* *act. l.un. C. etiam ob chirogr. pec.* Et prout tollitur, aut manet prior obligatio, vel naturalis, satis est manere naturalem, ita & accessionum omnium obligatio tollitur, aut manet. Qua ratione, & novatione voluntaria fidejussor, aut mandator, qui accessit primæ obligationi, liberatur, *l.4. C. de fidejuss.* non novatione necessaria, *l.23. & 28. C. eod. tit.* Itemque novatione voluntaria facta usuræ consistunt, id est, currere desinunt, quæ accedebant priori obligationi, *d.l.18. & l.27. hoc tit.* Facta autem novatione necessaria, id est, lite contestata usuræ currunt, *l.1. C. de usur. l.lite, de usur.* quæ lex 35. juncta cum *d.l.18. hoc tit.* ut utriusque inscriptio similis exigit, hanc differentiam monstrat. Item facta novatione voluntaria, pœna, quam præstari convenerat, si ad diem pecunia non solveretur, non committitur, *l.55. hoc tit.* facta novatione necessaria, non ideo minus pœna committitur, vel pœnalis stipulatio, *l.90. de verb. oblig.* Item separationis beneficium impetrare creditores non possunt facta novatione voluntaria: facta necessaria possunt, *l.1. §. illud sciendum, & l.ult. de separ.* Postremo novatio voluntaria tutorem, aut curatorem obligatum tenet, etiam post depositum officium: non etiam novatio necessaria, si judicium acceperit nomine pupilli, & secuta fuerit condemnatio post depositum officium: nam actio judicati non datur in tutorem, sed in adolescentem, *l.5. qu. ex fact. tut.*

Ad L.XX. Ad municip. *Domicilium re, & facto transfertur, non nuda contestatione: sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari.*

Sciendum est, originem potissimum, id est, nativitatem, vel domicilium, id est, incolatum nos subjicere oneribus reipublicæ, & non cives tantum ea sustinere debere, sed etiam incolas. Cives origo facit: incolas domicilium, *l.cives 7. de incolis lib. 10. C.* Et domicilium cujusque ibi est, ubi larem fovet, ubi sedes, & tabulas rationum suarum habet, ubi rerum, & fortunarum suarum summam constituit, ubi assidue versatur, negotiatur, ubi majorem suorum bonorum partem habet, ubi festos dies agitat, utitur foro eodem, balneo eodem, spectaculis iisdem, *l. in lege, de verb. signific. l.si eum libertatis, in fin. de fideicomm. libert. l.ejus, §. 1. inf. hoc tit. l.2. C. ubi Senat. vel Clarissimi viri. Marcus Tullius pro Archia poeta,* iisdem verbis, quæ & auctores nostri usurparunt in definiendo domicilio utitur: *An domicilium in Italia non habuit is, qui tot annis ante civitatem datam, sedem omnium rerum, ac fortunarum suarum Romæ collocavit?* Origo vero, & patria germana mutari non potest, *l.4. C. de munic. & orig.* Domicilii, & cœli unicuique libera est electio, & mutatio, domicilium mutare quisque, & in aliam civitatem transferre potest, persoluto, si ita mores ferant (ut quandoque tulere Atheniensium mores) eo tributo civitati, in quam migrarunt, quod μετοίκιον dicebatur, nam & ipsi incolæ μέτοικοι dicuntur, ἀποστάσιον, quasi dicas cassa palearum civitatum, & prædiis etiam, quæ habuerunt in ea civitate, à qua migrarunt in aliam, publicatis, si ea non vendiderint antequam migrarent, nisi princeps specialiter eis concesserit, ut ea bona retinerent, *l. certa, C. de jur. fisc.* à quo principe cœpit eadem exigi licentia mutandi domicilii, ut indicat *l.12. in fin. de excusat. tut.* & hodie cum sit nimis libera cuique facultas mutandi domicilii, quod cum sua pernicie compertæ sunt pleræque civitates, in discussionibus civilibus, præstaret ne quis temere mutaret domicilium inconsulto principe: antequam principes rerum potirentur in urbe, mutare cuique liberum erat domicilium: mutare autem domicilium reipsa, aut facto, non nudis verbis, aut nuda animi destinatione: alioquin plerique incolæ vocati ad munera civilia ea defugerent in fraudem reipub. facta nuda protestatione mutandi domicilii, puta, dicendo, non amplius utor hoc domicilio, muto domicilium, transfero domicilium Romam: non sic fit mutatio domicilii, facto opus est, id est, reali emigratione.

JACOBI CUJACIJ J.C.

In Lib. XXIIII. QUÆSTIONUM PAULI.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L.XI. de Usuris. *Cajus Sejus, qui rem publicam gerebat, fœneravit pecuniam publicam sub usuris solitis. Fuit autem consuetudo, ut intra certa tempora non inlatis usuris, graviores infligerentur. Quidam debitores cessaverunt in solvendis usuris: quidam plus intulerunt: & sic effectum est, ut omne quod usurarum nomine competebat, etiam pro his, qui cessaverant in usuris, suppleatur: quæsitum est, an illud, quod amplius ex consuetudine pœnæ nomine à quibusdam exactum est, ipsi Sejo proficere deberet, an reipublicæ lucro cederet? respondi, si Cajus Sejus à debitoribus usuras stipulatus esset, eas solas reipublicæ præstari oportere, quæ secundum formam ab his exigi solent: etiamsi omnia nomina idonea sint.*

Ad §. Quid si servus publicus *obligationem usurarum reipublicæ adquisiit? æquum est, quamvis ipso jure usuræ reipublicæ debeantur: tamen pro defectis nominibus compensationem majorum usurarum fieri, si non sit parata respublica universorum debitorum fortunam suscipere. Eadem fere in tutoribus Marcellus refert.*

CAJUS Sejus liber homo cum esset curator Reipublicæ cujusdam, vel administrator rerum ad eam pertinentium, ex pecunia publica nomina fecit, nempe pluribus publicam pecuniam fœneravit, non ejusdem, sed diversæ pecuniæ separatim plures factutus debitores, nimirum fœneravit primo centum: 2. alia centum: 3. alia centum: 4. totidem. Et à singulis suo nomine, vel simpliciter stipulatus est quotannis cujusque pecuniæ præstari solitas usuras, quæ in ea civitate frequentabantur, id est, quæ usitatæ, & receptæ erant, exempli gratia, aureos sex in centenis, quæ sunt usuræ semisses. Ea erat in illa civitate consuetudo, ut civitati semisses usuræ à debitoribus penderentur, quæ & civiles dicuntur usuræ, & modicæ à Plinio 14. *natur. histor.* & civitati eas ex more deberi, ab altero Plinio *lib. 7. & 10. epist.* Erat & alia consuetudo in ea civitate, ut non solutis semissibus usuris intra certa tempora, veluti intra triennium, pœnæ nomine debitoribus publicis usuræ graviores infligerentur, verbi gratia, centesimæ, quæ in centenos quotannis reddunt duodenos: ut eis, inquam, graviores infligerentur ex die contracti fœnoris, ex die pecuniæ fœnori occupatæ, nullis solutis usuris, quod notandum graviores ex die contractus infligi possunt, non si jam quædam usuræ solutæ sint, ne usuræ usuris accrescant, quod semper prohibitum fuit, sed jam solutis usuris quibusdam majores infligi possunt ex die cessationis, ex die, quo debitores cessaverunt in solvendis minoribus, quas tamen solverant jam aliquot annis, majores ex die cessationis infliguntur in futurum: non ex die contractus in præteritum, quia hoc esset usuris jam exactis superadjicere usuras, usurarum usuras exigere. Et ita est explicanda *l. 17. h. t.* Redeamus ad nostram speciem. Primus, & secundus defecti facultatibus cessaverunt in solvendis usuris, & nullas omnino unquam usuras intulerunt, 3. & 4. qui idonei erant, non solutis intra præstituta tempora usuris semissibus Cajo Sejo, curatori reipub. coacti sunt solvere centesimas ex die contractus, & hæ centesimæ sufficiunt ad id omne, quod usurarum nomine competebat. Quo etiam modo Paulus locutus est in *l. lecta, in fi. de reb. cred.* Denique centesimæ, quæ exactæ sunt pro ducentis, quæ acceperunt 3. & 4. sufficiunt ad usuras semisses quadringentorum, quæ acceperunt 4. debitores: atque ita sufficiunt pro iis, qui cessaverunt, vel defecerunt, id est, quod plus est in centesimis, quam in semissibus usuris id explet, quod ii, qui cessaverunt usurarum nomine inferre debebant: Quæritur, utrum id Cajo Sejo proficere debeat, id est, utrum majores usuræ, quas extorsit 3. & 4. Cajo Sejo proficere debeant, ne scilicet deperditorum nominum primi, & secundi debitoris periculum agnoscat, sed eas majores usuras compenset cum deperditis nominibus, an vero potius eæ majores usuræ cedant lucro Reip. eas Respub. sibi vindicat ex consuetudine, quæ non solutis ad diem levioribus usuris, debitores publicus subjicit gravioribus. Atque ideo contendit Respubl. majores usuras suo lucro cedere debere, quas Cajus Sejus exegit à 3. & 4. ac præterea Cajum Sejum nominum primi, & secundi periculum agnoscere debere. Contra Cajus Sejus majores usuras contendit sibi, non Reip. debere proficere, ex diverso sumpto argumento ex eadem consuetudine, quæ non aliter majoribus usuris subjicit publicos debitores, quam minoribus ad diem condictum non solutis. Et ait hoc casu, majoribus suppleri minores, quarum nomina defecerunt, atque ita pro soluto minores solutas, & Reipub. solutum, & satisfactum esse videri. Denique Remp. omnium pecuniarum consecutam minores usuras, ac proinde nihil ei debere pœnæ nomine. Et hoc est, quod ait Paulus, si Cajus Sejus usuras è debitoribus stipulatus sit, suo nomine scilicet, vel simpliciter: nam liber homo alteri stipulatur inutiliter; atque ita, si Cajus Sejus sibi adquisierit obligationem usurarum, eas solas usuras reipubl. præstari oportere, quæ secundum formam, id est, consuetudinem à debitoribus publici exigi solent, usuras solitas, id est, semisses: etiam si, inquit, non omnia nomina idonea sint, id est, etiamsi quædam nomina defecta, & deperdita sint, ut nomen primi, & secundi. Nam periculum eorum non pertinere ad curatorem Reip. si quod redigit ex majoribus usuris, suppleat minores, quæ defecerunt in persona primi, & secundi. Perperam vulgo hoc loco legitur affirmate, *etiamsi omnia nomina sint idonea.* Et rectius Basilica negate, κἂν μὴ τὰ πάντα χρέα ὦσιν εὔπορα, id est, *etiamsi omnia nomina idonea non sint*, & interpres quoque Dorotheus κἂν τὰ μάλιστά τινες τῶν χρεωστῶν ἐλαύνωσιν εἰς ἀπορίαν, id est, *licet debitores quidem perducti sint ad inopiam*: qui tamen Dorotheus in ponenda specie hujus l. mirum in modum hallucinatur, & in hoc tamen est utilis, quod docet textum Basilic. non esse corruptum, in quo negative legitur, & summæ hujus l. congruentissime, etiamsi non omnia nomina idonea sint: & ita ut dixi pro C. Sejo respondet Paul. Confligebat & in hac quæstione consuetudo eadem ipsa secum. Ea enim utraque pars nitebatur, pars Reip. & pars C. Seji. At secundum C. Sejum curatorem Reip. Paulus pronuntiat, ei proficere majores usuras ad supplenda nomina deperdita, quæ si majoribus suppleantur, satis est, nec amplius quidquam Resp. à C. Sejo exigere potest, quia habet solutas usuras quadringentorum. Ergo vel debet Resp. fortunam omnium debitorum suscipere, id est, in totum agnoscere, & approbare quod Cajus Sejus gessit in contrahendis nominibus, vel si ab eo rationem reposcat nominum defectorum, eum admittere eum defectis nominibus compensantem majores usuras, quæ implent omne id, quod competebat pro defectis nominibus eorum, qui eversi facultatibus usuras inferre nequierunt. Ad hæc quærit Paulus illo loco, *quod si servus publicus, &c.* quid sit dicendum, si servus publicus civitatis obligationem usurarum civitati adquisierit, id est, si à debitore Reip. stipulatus sit usuras sibi præstari, vel reipub. vel simpliciter, nihil refert: nam quoquo modo stipulatus sit, obligatio per servum publicum Reip. ipso jure adquiritur, *l. 1. l. 3. l. 15. de stip. serv.* Priore casu Cajus Sejus sibi quæsivit obligationem usurarum, non Reipub. quia per liberam personam obligatio adquiri non solet, *l. 24. §. ult. h. t. l. 3. quod vi, aut clam, l. solutum, §. pen. de pign. act.* Hoc vero posteriore casu per servum publicum ipso jure obligatio usurarum Reip. quæsita est. At quod attinet ad rationem majorum usurarum compensandam cum defectis nominibus, æquum est eam servari in utroque casu, sive curator Reip. usuras stipulatus sit, sive servus publicus, si non sit parata Resp. omnium nominum suscipere periculum, quæ ex pecunia publica contraxit curator, vel servus Reip. Et in fine h. legis eadem fere de tutoribus Marcellum referre ait, cujus sententia ab eodem Paulo latius explicata est in *l. quæritur, de admin. tut.* ut scilicet nomina, quæ tutores fecerunt ex pecunia pupilli, si sint partim integra, & ido-

Digitized by Google

idonea, partim defecta, & deperdita, & male contracta post A pubertatem, ea conditio deferatur adolescenti, non ut integra probet, deteriora improbet, non ut partim nomina probet, partim improbet, sed ut omnium nominum fortunam suscipiat, aut recedat ab omnibus, perinde atque si sibi tutores negotium gessissent, non pupillo, atque adeo, ut tum rejectis omnibus nominibus majorum usurarum, exactio tutoribus proficiat: satisque ab eis pupillo pecuniæ pupillaris præstari usuras solitas, & pupillares, quæ forte minores sunt ex more regionis, nec necesse habeant pupillo præstare majores, quas perceperint, *l. tutor, qui repertorium, §. si tutor pecuniam, de adm. tut.* Fere autem ait, eadem fere in tutoribus Marcellus refert quod Accursius nescit, ut explicare debeat, quia Marcellus non scripsit, ut Paulus, nominatim de majoribus usuris à tutoribus perceptis compensandis pro defectis nominibus, adolescente nolente suscipere omnium B debitorum periculum, sed tantum id ex Marcelli sententia colligi potest, & consequens est ejus, quod scripsit, optionem adolescenti deferri, ut, aut nomina reprobet, aut agnoscat omnia. *Fere ergo* idem in tutoribus Marcellus scripsit, non iisdem verbis, sed sensu, & effectu eodem.

Ad L.VI. de Naut. fœn. *Fœnerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando, quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum, propriisque fœneratoribus obligatarum, si quid superfuisset, pignori accepit: quæsitum est, nave propria perempta, si qua totum solvi potuit, an id damnum ad creditorem pertineat, intra præstitutos dies amissa nave, an ad cæterarum navium superfluum admitti possit? respondi: Alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris,* C *non etiam ad creditoris pertinet. Sed cum trajectitia pecunia ita datur, ut non alias petitio ejus creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit: ipsius crediti obligatio, non exsistente conditione, defecisse videtur: & ideo pignorum quoque persecutio perempta est: etiam eorum, quæ non sunt amissa. Si navis intra præstitutos dies periisset: & conditionem stipulationis defuisse videri. Ideoque sine causa de pignorum persecutione, quæ in aliis navibus fuerunt, quæri: quando ergo ad illorũ pignorum persecutionẽ creditor admitti potuerit? scilicet tunc cũ conditio exstiterit obligationis, & alio casu pignus amissum fuerit, vel vilius distractum: vel si navis postea perierit, quam dies præfinitus periculo exactus fuerit.*

Titulus de usuris, qui præcedit, fuit etiam de fœnore, sed de terreno, seu mediterraneo. Hic titulus est de fœnore nautico, quod & trajectitium dicitur, & maritimum. D Inter quæ duo fœnoris genera multum interest, nam fœnoris terreni usuræ legibus finitæ sunt, nec fœnerator quisquam modum eorum egredi potest: fœnoris autem nautici usuræ hodie etiam finitæ sunt ex constitut. Justiniani. Sed si jus spectamus, quod obtinuit ante Justinianum, quodque in his Pandectis spectari semper oportet, quandoquidem Codex Justiniani repetitæ prælectionis, quem habemus post Pandectas editus est, usuræ maritimæ infinitæ sunt, ut Paulus scribit 2. *Sent. tit.* 1. Hoc est fœneratori nautico liberum est usuris immensis, & infinitis negotiatori navigaturo pecuniam fœnerari, ut 2. 3. aut 4. centesimis si velit. Ratio differentiæ ex eo pendet, quod pecunia terrena, quæ fœnori datur, sit periculo debitoris, qui eam accipit, id est, quod perempta ea pecunia terrena casu aliquo majore, aut peremptis cæteris, aut omnibus bonis debitoris, non ideo minus debitor E teneatur in sortem, & in usuras, *l. incendium* 11. *C. si cert. pet. l. ult. C. hoc tit.* Pecunia autem maritima fit periculo fœneratoris, id est, creditoris, quia plerumque agitur, ut pecunia nautica, aut merces ex ea comparatæ navigent periculo fœneratoris, *l.* 1. *&* 3. *hoc tit.* Et hæc ratio suscepti periculi permittit fœneratori infinitas, & immodicas usuras. Eademque ratio efficit, ut usuræ nauticæ etiam ex pacto nudo sine stipulatione debeantur, *l.* 5. *&* 7. *hoc t.* cum tamen mediterraneæ pecuniæ usuræ non debeantur sine stipulatione, *l. Titius, de præscr. verb. l.* 3. *C. de usur.* Suscipit autem sæpe fœnerator pecuniæ nauticæ periculum naufragii, non omne periculum, non periculum jacturæ, aut incendii, non periculum piratarum. Potest tamen & omne si velit, quidni? Is autem, qui pecuniam nauticam mutuam accepit, obligat se, & pignora sæpe, & hypothecas sub conditione simul, & in diem, puta, ut demum fœneratori teneatur reddere pecuniam cum usuris maximis, si intra certum tempus, verbi gratia, intra tricesimum diem navigationis, navis pervenerit in portum, forte Athenarum. Sin autem naufragio perierit intra eum diem, ut neque sortis, neque usurarum fœneratori repetitio sit adversus eum, & ita in hac lege proponitur tota obligatio sub conditione, & in diem fuisse collata. Eademque conventio est apud Demosth. ut nave amissa, neque sortes, neque usuræ fœneratori reddantur. Conditione obligationis existente periculum desinit esse fœneratoris, & ei fors deberi incipit cum usuris maritimis, puta nave salva intra præstitutum diem perducta in portum. Conditione autem deficiente, puta nave amissa intra præfinitum periculo diem, periculum pertinet ad fœneratorem, & nihil ei debetur, *l.* 4. *h. t.* Hujus autem legis species hæc est: L. Titius negotiatori trans mare navigaturo pecuniam fœneravit, qua instrueret navem, & remigium omne, & compararet merces, quas eveheret, & fœneravit ea lege, ut naufragio amissa nave intra tricesimum navigationis diem, damnum pertineret ad fœneratorem; nave autem salva, & intra eum diem delata in portum Athenarum, pecunia ei reddetur cum maritimis usuris: & in eam rem, id est, in sortem, & in usuras placuit, ut merces eidem navi impositæ pignori essent, ut in specie *l. qui Romæ, §. Callimachus, de verb. oblig.* Et ita in oratione Demosth. κ τὴν λακρίτου παραγραφὴν, *adversus Lacriti præscriptionem.* Placuit etiamsi ex mercibus in navem propriam impositis totum debitum servari non possit, jure pignoris, ut aliarum mercium, quæ aliis navibus impositæ, & propriis fœneratoribus obligatæ erant, ὑπεροχὴ pignori esset: ὑπεροχὴν voco cum Tryphonino in *l. pen. qui pot. in pign.* quod Paulus hoc loco vocat superfluum, id est, prævalentiam aliarum mercium, quodque impletis propriis fœneratoribus superest, *la plus value:* quæritur autem nave propria perempta intra tricesimum diem cum mercibus, ex quibus si non periissent, totum debitum Titius servare potuit, an Titius jure pignoris regressum habeat ad aliarum mercium aliis navibus impositarum ὑπεροχὴν? Et Paulus ait, regulariter pignorum majore casu amissorum, periculum ad debitorem quasi dominum pertinere, & ad fidejussorem ejus quasi obtinentem ejus locum, *l.* 53. *de fidejuss. l. pignus, C. de pigner. act.* Sed in specie proposita, quia fœnerator pecuniæ nauticæ fortunam, & periculum in se suscepit intra præfinitum diem, nave amissa intra eum diem, ei perire pecuniam, atque adeo perimi principalem obligationem creditæ pecuniæ, quasi defecta conditione obligationis, & consequenter perimi obligationem pignorum omnium, etiam eorum, quæ non sunt amissa, id est, obligationem hyperochæ aliarum mercium aliis navibus impositarum, quæ salvæ manserunt; quum principalis obligatio non consistit, nec pigneratitiam, quæ sequitur, & accedit locum habere. Et secundum hæc recte concludit, non aliter Lucium Titium posse admitti ad persecutionem hyperochæ jure pignoris, quam si exstiterit conditio principalis obligationis, nave salva in portum delata, non si defecerit conditio nave amissa intra præfinitum diem, quia omnis obligatio perimitur: ut contra nave salva omnis obligatio manet. Ponit 4. casus, quibus solis integra est fœneratori persecutio hyperochæ, jure hypothecæ. Primus est, si exstiterit conditio principalis obligationis, nave intra diem salva delata in portum. Secundus casus hic est, si navis alio casu perierit, quam quem in se Titius recepit. Fac recepisse casum naufragii, & subito incendio exustam esse navem cum mercibus pigneratis, hoc etiam casu perit navis, perit pecunia, periere merces navi impositæ debitori, creditori integra est principalis obligatio, atque etiam obligatio hyperochæ cæterarum mercium. Tertius casus est, si nave salva delata in portum, debitor vili pretio vendiderit merces proprio fœneratori pigneratas, quæ in propriam navem impositæ erant, si eas vendiderit minore pretio, quam sit in toto debito. Nam id quod plus est in debito, manet in obligatione principali, *l. creditor, de rebus creditis.* Et id sibi

cre-

creditor jure hypothecæ ex hyperocha servare potest. A Quartus est, si navis perierit post diem periculo præfinitum, quia & hoc casu principalis obligatio manet, ergo etiam obligatio hyperochæ pigneratitia.

Ad L.XIX. de Op. no. nuntiat. *Sciendum est, denegata exsecutione operis novi, nihilominus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem prætor denegat.*

HÆc l. ostendit eum, qui nuntiavit novum opus ædificanti, qui prohibuit molientem ædificare, ne ædificaret temere, ei denegata postea exsecutione novi operis, veluti vicino satisdante de opere restituendo, quod fecerit, si forte id eum non jure fecisse pronuntiatum postea fuerit, *l.prætor ait, §.1. & l.stipul. §.1. hoc tit.* vel etiam procuratori denegata exsecutione novi operis, qui nuntiaverat novum opus, & à vicino, cui nuntiatum erat, oblata satisdatione de opere restituendo, conventus procurator interdicto, ne vis fiat ædificanti, non satisdedit judicatum solvi. Quam ob causam procuratori denegatur persecutio nuntiationis novi operis, *la poursuite, l.7. hoc tit. denegata*, inquam, *executione novi operis*. Et cui denegata est integras esse legitimas actiones, id est, civiles actiones de servitutibus, quibus intendat, vicino non esse jus ædificandi: ut & denegata statim ab initio novi operis nuntiatione, ut fit à prætore ex certis causis, veluti si quis *rivum* reficere, vel cloacham purgare velit: vel si dilatio operis periculum allatum sit, *l.5. §. si quis rivos, hoc tit.* denegata ergo statim ab initio nuntiatione novi operis, & prohibita edicto prætoris, ei, cui denegatur integram manere actionem in rem, confessoriam, vel negatoriam. Et ita est proditum nominatim in *l.pen. §.pen. de rivis*. Unde sic concludamus: denegato uno jure, non videri etiam denegatum aliud: denegata una actione, non videri denegatam aliam actionem.

Benedictio, & gloria, & sapientia, & gratiarum actio, & honor, & virtus, & fortitudo Deo nostro in sæcula sæculorum, Amen.

JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES.

AD HERENNIJ MODESTINI DIFFERENTIARUM LIBROS NOVEM.

Anno 1587.

AD LIBRUM PRIMUM.

Ad L.XL. de Adoption. & emancipat. & aliis mod. quib. patria pot. solvit. *Adrogato patrefamilias, liberi, qui in ejus erant potestate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur: simulque cum suo patre in ejus recidunt potestatem: quod non similiter in adoptione contingit: nam nepotes ex eo in avi naturalis retinentur potestate.*

Ad §. Non tantum *cum quis adoptat, sed & cum adrogat, major esse debet eo, quem sibi per adrogationem, vel per adoptionem filium facit. Et utique plena pubertate, id est, decem & octo annis eum præcedere debet.*

Ad §. Spado *adrogando, suum heredem sibi adsciscere potest: nec ei corporale vitium impedimento est.*

MODESTINUS Lib. IX. differentiarum exposuit omnes differentias, quæ jure civili introductæ sunt inter res negotiave civilia, & inter personas: adeo ut pervenerit ad patrem, & filium, & docuerit hisce libris, quid distet pater à matre, quid filius à patre, quæ diligentia & nos accuratissimos reddere debet in jure, vel discendo, vel docendo, ne vel minimum quidquam omittamus unquam. Si quid scriptum sit de filia, ne temere id trahamus ad filium, & sic de similibus. Multæ enim jure B civili differentiæ introductæ sunt, non inter res tantum, sed & inter personas, atque inter actiones, & judicia, quæ Modest. his 9. libr. persecutus est. Et primo quidem libro differentiam, quæ est inter adoptionem, & arrogationem, quarum una proponitur in *l.40. de adopt.* quæ est ex hoc libro primo. *Adrogari patremfam.* id est, eum, qui sui est juris, vel potestatis, principis auctoritate, adoptari autem filiumfam. patre, qui eum habet in potestate, eum dante in adoptionem imperio magistratus. Et adrogati quidem filios transire una cum adrogato in familiam, & domum adrogatoris, in familiam adrogantium filios, tanquam nepotes adrogatoris ex filio; atque adeo non tantum eum, qui adrogatur, sed etiam filios ejus capite minui: nam mutant familiam: adoptati autem filios, quum scilicet pater dat in C adoptionem, manere in potestate avi naturalis, qui filium suum dedit in adoptionem, nec transire in familiam adoptatoris, sed remanere in potestate avi naturalis: quandoquidem eos retinuit in potestate, & solum filium dedit in adoptionem: ergo adoptati filios capite non minui, id potissimum ostendit *l.2.§.ult.& l.15.h.t.* quia scilicet non mutant familiam. Mutatio familiæ capitis deminutio est. Avo autem naturali mortuo, quod not. Gl. filios adoptati recidere in potestatem adoptatoris, Gl. perperam, *adoptatoris*, pro *adrogatoris*. Id vero omnino falsum est, & plane circumscribenda illa glossa, quia morte avi naturalis, nepos, quem retinuit avus in potestate, filio dato in adoptionem, plane sui

juris fit: nec enim poteſt recidere in poteſtatem patris ſui naturalis, qui non eſt ſuæ poteſtatis: qui eſt in poteſtate aliena, non poteſt habere filium in poteſtate. Denique non poteſt filius ejus recidere in ejus poteſtatem, *l.21. ad leg. Jul. de adult.* Ergo nec recidere poteſt in poteſtatem adoptatoris, id eſt, ejus, qui patrem adoptavit. Quod adeo verum eſt, ut nec ſi poſtea filius à patre in adoptionem datus, nepote ex eo filio retento in poteſtate, ſoluta adoptione per emancipationem reciderit in poteſtatem patris naturalis, forte per adoptionem, mortuo avo nepos poſſit recidere in patris ſui poteſtatem, idque oſtendit *l. 41. ſeq.* Non eſt dubium, quin & alias ho. libro differentias Modeſtin. adjecerit, quæ intercedunt inter adoptionem, & adrogationem; veluti in adrogatione exigi conſenſum ſolius patrisfam. qui ſe dat adrogandum. In adoptione autem non tantum conſenſum patris, qui filiumfam. dat in adoptionem, requiri, ſed etiam filii, ne invitus mutet familiam, quod oſtendit *l. 5. h. t.* Idem adrogationem fieri cauſa cognita, non temere, non profuſe. Adoptionem, patre ſcilicet rem peragente fieri ſine cauſæ cognitione, *l.15. §. ult. h. t.* quod & Gellius oſtendit *lib.5.c.19.* Item ante conſtitutionem Antonini, qui permiſit adrogationem impuberis patrisfam. impuberem adrogari non potuiſſe, ne cauſa quidem cognita, quod Ulp. docet lib. ſing. reg. *tit. de adopt.* Adoptari autem potuiſſe dante patre in adoptionem, etiam infantem, *l.42. h. t.* ita, quantum fieri poterit, quæ deſunt Mod. ſemper ſupplebimus, quæ ſemper veriſimile erit eum non præteriiſſe. Verum maxime notandum eſt, his libris eum non tantum expoſuiſſe differentias, quæ eſſent inter hanc rem, vel illam, vel actionem, vel perſonam, ſed etiam quæ eſſent inter eaſdem res communia, cum eadem ſaliva, eadem manu explicaſſe, ut ex hac lege apparet in qua ſubjiciuntur, quæ ſunt communia inter adop. & adrogat. ut puta adrogatorem, vel adoptatorem, eo quem ſibi filium ſumit, quem ſibi filium aſſerit ætate majorem, annis ſaltem 18. eſſe debere; ut ſi velit adoptare, vel adrogare juvenem 20. annor. ipſum attigiſſe jam debere 38. annos. Debet enim adoptio imitari naturam, quæ & imago naturæ dicitur in *l. filia, de lib. & poſt.* debet igitur adoptator major eſſe adoptato: portentum eſſet, ſi minor eſſet pater filio: nec fictiones recipiuntur in jure portentoſæ, & alienæ à rerum natura: Obiterque notat hoc loco Modeſtin. illum numerum 18. ann. quo adoptator, vel adrogator ſuperare debet ætatem adoptati, vel adrogati conficere plenam pubertatem, *ἀκμαιοτάτην ἥβην*, ut loquitur Arrianus in Indicis: pubertatem conficere annos 14. in maribus plenam pubertatem 18. ann. illa ætate 14. ann. non omnes re ipſa pubeſcere, id eſt, non omnes induere lanuginem illam: hac vero ætate 18. ann. neminem eſſe, qui non pubeſcat: qui tardius pubeſcit, vel hac ætate ad extremum pubeſcit. Item commune hoc eſſe utriuſque adoptionis, quod ſpadones adrogare, vel adoptare ſibi filium poſſunt, quamvis generare vix poſſint propter illud corporale vitium, quo affecti ſunt, quodq; illis dat ſpadonem nomen. *Spado*, inquit, *heredem ſibi adſciſcere poteſt adrogando*, nec ei corporale vitium impedimento eſt, ſubintellige adoptando, ex *l. 2. ſup.* *Et ſuum heredem*, inquit, *adſciſcere.* Poteſt adoptio eſſe ſui heredis aſſumptio. Caſtratus vero idem non poteſt, id eſt, cui verecundior illa pars penitus abeſt. Et varietatis ratio eſt in promptu, quia fictiones juris, quam minime fieri poteſt, à natura recedere debent, *l. confeſſionibus, §. 1. de interr. in jur. fac.* Et adoptio nihil aliud eſt, quam fictio juris. Adoptatur fictitius filius, à qua fictione longe recedit, ſi adoptat is, cui pars illa penitus deeſt, veluti caſtratus: parum vero, aut prope nihil à natura recedit is, qui parte illa, quamvis non valet admodum, non caret tamen, ut eſt ſpado: & hæc ſufficiunt ad hanc legem. Docuit etiam hoc lib. differentiam cauſarum, & negotiorum, quæ geruntur à pupillis.

Ad L. XXXVIII. de Pigneratitia actione, vel contra. *Pupillo capienti pignus propter utrum pigneratitiæ actionis neceſſaria eſt tutoris auctoritas.*

Ad L. XI. de Fideicom. libert. *Ex cauſa fideicommiſſi ſervo libertatem dare ſine tutoris auctoritate pupillus non poteſt.*

HÆc differentia ex eo naſcitur, quod in aliis cauſis pupillis ſit neceſſaria tutoris auctoritas, in aliis non item. Harum ſcilicet cauſarum diſcrimina hoc libro Modeſtin. executus eſt, quod enarrabo quam breviſſime fieri poterit. Si quid pupillus, qui ejus ætatis eſt, ut intellectum capiat, ſtipuletur ſibi dari, non eſt neceſſaria tutoris auctoritas, & generaliter alium ſibi poteſt pupillus obligare ſine tutoris auctoritate. Item dominium, aut poſſeſſionem rerum alienarum, jure legitimo adquirere poteſt ſine tutoris auctoritate, *l. obligari 9. de auct. tut. l. pupillus, de adqu. rer. dom. l. 1. §. 3. l. quamvis 32. §. ult. de acq. poſſ.* non eſt etiam pupillis, ſuis heredibus, aut neceſſariis ad acquirendam hereditatem neceſſaria tutoris auctoritas, quia ipſo jure heredes exiſtunt, etiam inviti; & invitis tutoribus, & æri alieno defuncti inviti obligantur, etiamſi ſolvendo non ſit hereditas. Sed beneficio prætoris ſe abſtinere poſſunt ſui heredes, *l.8. de adquir. hered.* & eleganter Paulus 4. Sentent. apud Licinium Ruf. *In ſuis heredibus*, inquit, *adeo ad mortem teſtatoris rerum hereditariarum dominium continuatur, ut nec tutoris auctoritas pupillo ſit neceſſaria, nec ſi forte ſolvendo non ſit hereditas:* Sic legendum, quamvis ſe abſtinere poſſint. Et hæ quidem ſunt cauſæ, in quibus pupillis neceſſaria non eſt tutoris auctoritas: aliæ ſunt cauſæ, & multo plures, in quibus omnino eſt neceſſaria tutoris auctoritas, puta, ſi quid alienet de ſuo, venditionis genere, vel quocunque alio modo, veluti pecuniam mutuam dando, vel ſolvendo pecuniam debitam. Nam & mutuum, & ſolutio ſpecies alienationis ſunt. Et nullæ quidem hæ alienationes ſunt, ſi fiant à pupillo, non adhibita tutoris auctoritate, *d. l. obligari*, item ſi ſervos ſuos manumittat, neceſſaria eſt tut. auctoritas: nam & manumiſſio quaſi alienatio eſt, *d. l. obligari*, *l. alienatio*, *§. qui fideicommiſſario*, *de fideicom. lib. l. ult. C. de reb. al. non al.* nec tamen proprie alienatio eſt. Ubi enim dominium, quod manumiſſione transferatur in alium? Alienatio eſt proprie dominii translatio. Itaque manumiſſio proprie alienatio non eſt, *l. proſpexit 15. qui, & à quib. manum.* Et ab alienatione quoque frequentiſſime in jure ſeparatur manumiſſio. Sed idem plerumque jus obtinet in utraque, *l. ex judiciorum 20. de accuſ. l. ult. C. ad l. Jul. majeſt. l. 3. §. ſed quia, C. com. de leg. l. 9. C. de uſuf.* tantum autem abeſt, ut pupillus ſervum ſuum ultro ſua ſponte manumittere poſſit ſine tutoris auctoritate, ut nec pupillus heres inſtitutus à locupletiſſimo quodam homine, & ab eo rogatus ſervulum forte ſuum manumittere ſuum, nec ex cauſa fideicommiſſi eum manumittere poſſit ſine tutoris auctoritate, *l. cum quaſi 30. §. ſi vero pupillus, de fideicomm. lib.* quod & iis de cauſis hoc libro tractans Modeſt. quæ deſiderant tutoris auctoritatem, cum à pupillo peraguntur, ſcripſit hoc ipſo lib. in *l. 11. de fideicom. lib.* quam proxime explicabimus. Hujus legis verba ſunt brevia, ut ſunt fere omnes leges ſumptæ ex his libris perbreves. *Ex cauſa*, inquit, *fideicommiſſi ſervo libertatem dare ſine tutoris auctoritate pupillus non poteſt.* Cauſa eſt, quia etiamſi manumiſſor libertum habiturus ſit, & jura patronatus in eo, atque etiamſi non gratuitam, ſed debitam libertatem præſtet ex cauſa fideicommiſſi in *l. 1. C. de libert. & eorum lib.* tamen non jure eam præſtat ſine tutoris auctoritate, non jure ſolvit debitam libertatem, ſicut nec debitam pecuniam ſolvit recte ſine tut. auctoritate. Et huic ſententiæ Modeſtini *d. l. 11.* locus eſt indiſtincte, ſive ſervum proprium, ſive hereditarium pupillus heres inſtitutus, rogatus ſit manumittere: quia adita hereditate, dominium hereditarii ſervi adipiſcitur. Eadem igitur, & in eo ratio intervenit, ut & eum, quaſi ſervum proprium cum effectu alienare manumittendo non poſſit ſine tutoris auctoritate. Ratio eſt aperta. Itaque Gl. male hoc loco aliud ſtatuendum eſſe ait in ſervo hereditario. Quid ſi rogatus ſit manumittere ſervum alienum, non ſuum, vel hereditarium? Et hoc quoque caſu dico neceſſariam eſſe tutoris auctoritatem, quia non poſſit ſervum alienum manumittere, niſi eum redemerit à domino, atque emere non poteſt ſine tutoris auctori-

ctoritate, sicut nec quodcunque aliud negotium civile gerere, ex quo mutua nascatur obligatio, & ubi sederit, & acceperit, ac proinde acquisierit dominium ejus, etiam eum quasi jam proprium effectum, consequens est, ut non possit manumittere sine tutoris auctoritate. Iis addamus necessariam quoque esse tutoris auctoritatem, si pupillus se quoquo modo obliget alii, vel stipulanti promittendo, vel ex his causis, ex quibus ultro citroque obligatio nascitur; veluti empt. vend. locatione conduct. mandato, deposito, *§.1. Instit. de auctor. tutor.* ex quibus quidem causis mutuæ obligationes nascuntur ultro citroque. Etiam hoc libro Modestin. adjunxisse, cum his de causis tractaret, pignus, constat ex *l.38. de pign. act.* cujus verba hæc sunt: *Pupillo capienti pignus propter metum pigneratitiæ actionis, necessaria est tutoris auctoritas.* Et merito conjungi debet eum *d. l.* tt. Pignus igitur recte adjungit superioribus contractibus, ex quibus mutua obligatio nascitur: nam ex causa pignoria traditi creditori, soluta omni pecunia debita, ultro citroque nascitur actio pignerat. directa, quæ debitori competit, qui solvit omnem pecuniam, quam debuit, ut pignus recipiatur, vel quanti interest: & pigner. contraria, quæ creditori competit, ut recipiat impensas, si quas fecerit in rem pigneratam; & ideo propter metum pigneratitiæ actionis directæ, qua quandoque pupillus, si pignus acceperit, obligaretur soluta omni pecunia, id genus pignosis ideo contrahere non potest sine tutoris auctoritate, quin etiam solvi pecunia debita non potest, nisi tutore auctore: alioqui debitor, qui solvit, non liberatur, *l.15. de solut.* Illud etiam constat, necessariam esse pupillis ab extraneo heredibus institutis, heredibus voluntariis, necessariam, inquam, esse in adeunda hereditate tutoria auctoritatem, itemque in petenda bonorum possessione, & in accipienda hereditate fideicommissaria ex SC. Trebel. *d. l. obligari*, & *l. si ad pupillum, eod. tit.* quia & his modis, puta adeundo hereditatem, petendo possessionem defuncti, recipiendo fideicommissariam hereditatem, obligat se creditoribus hereditariis, vel in assem, vel in dodrantem, si sint fideicommissarii Trebelliani. Item se obligant legatariis, & fideicommissariis, quasi ex contractu, *l.3. §.ult. quib. ex causis in poss. eatur, l. non enim, ad Trebell. l. pen. in fi. de separat.* Qua ratione etiam pupilli judicio experiri non possunt sine tutoria auctoritate, quia & lis contrahi dicitur, id est, judicio accepto quasi contrahimus, & obligamur: hoc est, quod dicitur, pupilli non esse justam, vel legitimam personam, ut possit stare in judicio sine tutoris auctoritate, *l.* 1. & 2. *C. qui legit. pers. habent standi in jud.*

Ad L.III. de Vulg. & pupil. substit. *Cum filio impuberi pater ita substituerit*, Quisquis mihi heres erit, idem filio impuberi heres esto: *placuit ad hanc substitutionem scriptos tantummodo ad hereditatem admitti. Itaque dominus, cui per servum hereditatis portio quæsita sit, ex substitutione impuberi heres effici non poterit, si servus ab ejus exierit potestate.*

HÆc lex argumentum præbet existimandi hoc quoque libro docuisse Modest. differentiam inter substitutionem pupillarem factam filio impuberi nominatim, nempe hoc modo: *Titius filio meo impuberi heres esto, si moriatur, antequam in suam tutelam veniat*, vel: *Titius & Cajus, & Sejus heredes mei, filio quoque meo impuberi heredes sunto*: & substitutionem pupillarem factam non quidem nominatim, sed generaliter, his verbis: *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto.* Inter has duas, inquam, formas, sive species substitutionis pupillaris, hoc potissimum interesse, quod ex posteriori forma, *Quisquis mihi heres erit*, vocantur, non unus tantum ex heredibus, si pater plures sibi heredes scripserit, quamvis dixerit, *quisquis heres*, non *quicumque heredes*, sed vocantur omnes heredes, ut *l. si plures, de leg.3. l.4. §. ult. de leg.* 1. Omnes, inquam, heredes, quos sibi pater testamento heredes scripsit, & qui etiam (quod omnino necessarium est, quod formula substitutionis demonstrat) patri ex testamento heredes exstiterunt. Et hi quidem tantummodo ex hac substitutione vocantur, filio moriente intra pubertatem, qui patri ex testamento directo, & principaliter

A heredes exstiterunt, non etiam si qui per eos jure potestatis hereditatem paternam acquisiverunt, non qui per eos heredes effecti sunt, ut si filiumfam. aut servum alienum sibi pater heredem scripserit, & filio impuberi forte exheredato, aut ex parte heredi instituto, ita substituerit: *Quisquis mihi heres eris, idem quoque filio meo impuberi heres esto*: non nominatis heredibus suis, mortuo filio intra pubertatem, ad substitutionem vocatur non pater, aut dominus heredis scripti, cui adquisita est hereditas, quia de illo non sensit testator, ut heres esset filii impuberis, sed vocatur filius, aut servus, qui heres scriptus est directo, videlicet, si pendente casu substitutionis exierit de potestate patris, vel domini: nam si manserit in ejus potestate, & ex substitutione proculdubio patri, vel domino adquiretur per filium, aut servum hereditas pupillaris. Et ita ex hoc lib.

B Modestin. est relatum in hac *l.3.* & confirmatur *l. qui liberis 8. §. ult. inf. hoc tit.* & *§. substituitur, Instit. de pupill. subst.* Unde etiam Modestino addendum est, pluribus heredibus ex diversis portionibus à patre heredibus scriptis, si pater ita substituerit: *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto*: eos, qui patri heredes exstiterunt ex testamento, ex substitutione eas partes habituros, quas habuerunt ex institutione: vel, quod idem est, ex testamento pupillari, eos eas partes habituros, quas habuerunt ex testamento paterno. Ex paterno habuerunt diversas, & inæquales: ergo etiam ex testamento pupillari habebunt diversas & inæquales. Et hæc de hac posteriori forma substitutionis. *Quisquis mihi heres, &c.* Priore autem modo, quod Modestin. non omiserat, id est, nominatim facta substitutione pupillari: exempli gratia. *Si filius meus intra pubertatem

C tem moriatur, Titius ei heres esto*: vel, *Titius, & Cajus & Sejus ei heredes sunto.* Mortuo filio intra pubertatem, atque ita existente casu substitutionis, Titius solus, si solus sit substitutus, vel Titius, & Cajus, Sejus ad substitutionem admittuntur, etiamsi patri heredes non exstiterint, & indistincte, sive eos pater sibi heredes scripserit, sive non, modo tamen patri aliquis heres exstiterit, alioquin destituto desertove testamento paterno, corruit pupillare testamentum, id est, substitutio pupillaris. Hæc differentia etiam expresse proponitur ab Ulpiano in *d. l. qui liberis, in principio, hoc tit.* nimirum, hanc substitutionem, quæ fit nominatim, esse puram illam, quæ fit generaliter, *Quisquis mihi heres erit*, esse conditionalem: habere enim in se conditionem, *si heres erit*: magna est differentia. Et tamen quod quis possit objicere, legatum, aut fideicommissum ita relictum: *Quisquis mihi heres erit, Titio centum dare damnas esto*, non

D est conditionale, *l.3. de legat.* 1. quæ conjungenda est cum *d.l. qui liberis*, quatenus sunt ex eodem auctore, & lib. Cur vero tam diverse in substitutione, & legato? Legatum non est conditionale: substitutio est conditionalis: nempe quia in legato conditio illa, *Si heres erit*, tacite inest, & satis intelligitur ab omnibus, etiamsi non exprimatur: nec enim potest valere legatum, si heres non exstiterit is, à quo legatum relictum est: hæc conditio, quæ tacite inest, nec proprie ex scriptura testamenti venit, quæ alioqui ex scriptura testamenti non veniret, conditio, inquam, quæ tacite inest, non facit legatum conditionale, aut institutionem, aut substitutionem non facit conditionalem, *l. conditiones, de condit. & demonst. l.6. §. pen. quando dies leg. ced.* In substitutione autem pupillari conditio illa, *si heres erit*, quæ inest his ver-

E bis: *Quisquis mihi heres erit*, non inest tacite. Est igitur vere conditio, quia etiamsi substituta patri heres non exstiterit filio impuberi, heres esse potest, alio patri herede existente, videlicet si conditio illa substitutioni non sit adscripta. Plane igitur substitutio illa conditionem facit, ac quæ facta est nominatim substitutio pupillaria pura est, atque proinde ex ea vocatur etiam qui non est heres scriptus à patre, quique heres scriptus repudiavit hereditatem patris, nec heres patri exstitit. Addenda est alia differentia inter hæc duo genera substitutionis. Si plures sint heredes scripti à patre ex diversis portionibus, & substituti sint generaliter his verbis: *Quisquis mihi heres erit*, ex substitutione, si patri heredes exstiterint, easdem partes ferent, quas tulerunt ex institutione. At si nominatim facta fuerit substitutio,

Digitized by Google

rutio, veluti : *Titius, & Cajus, & Sejus quos sibi pater heredes fecit, filio meo impuberi heredes sunto*, ex substitutione habituri sunt non easdem partes, quas ex institutione tulerunt, ex testamento paterno, sed æquales partes : quia enumeratio illa personarum, *Titius, & Cajus, & Sejus*, eos exæquat invicem, *l. turpia, §. ult. de leg. 1. & l. si heredes, de leg. 1. l. nonnunquam, ad Trebell. l. ita liber, in fin. de statulib.* Et ratio differentiæ, cur ex substitutione generaliter concepta ferant substituti inæquales partes, quia etiam inæquales tulerunt ex institutione. Substitutione autem facta nominatim, cur ferant æquales, viriles, personales, ut loquitur, hoc est primum heredum personas eum enumerare, qui eorum nomina exprimit : non possunt personæ enumerari, nisi expressis nominibus propriis, quæ nominum designatio demonstrat testatorem inter eos fieri velle personales, & viriles portiones. Personarum enumeratio hunc habet effectum, ut faciat inter eos etiam personales portiones: at qui personas non enumerat, non nominat: ut qui heredes dicit, non demonstrat personas ipsas, quia nomina subticet, sed qualitatem personarum tantum, pro cujuscumque qualitatis ratione videtur inter eos partes fieri velle, id est, pro rata partium, ex quibus scripti sunt.

Ad L. XXII. de Pœnis. *In metallum damnati, si valetudine aut ætatis infirmitate inutiles operi faciundo deprehendantur, ex rescripto Divi Pii à præside dimitti poterunt, qui æstimabit de his dimittendis: si modo vel cognatos, vel adfines habeant, & non minus decem annis pœna sua functi fuerint.*

HOc quoque libro Modestinus docuit quid distaret damnatio in metallum à damnatione ad gladium. Est quidem utraque damnatio capitis deminutio maxima, quia damnati servi fiunt pœnæ. Sed hoc interest, quod damnati in metallum, ut ostendit in hac *l. 22.* quandoque jussu præsidum, aut procoss. pœna solvi, & liberari possunt, ut puta, si adversa valetudine sontica, vel ætatis infirmitate operi metallico faciundo inutiles sint, maxime, ut ait, *si cognatos, vel affines habeant.* Quorsum hoc? possunt, inquit, dimitti, & pœna solvi, si cognatos, vel adfines habeant, à quibus scilicet alantur, ut recte Græci interpretantur, *διὰ τὸ ὑπὸ τῶν συγγενῶν τρέφεσθαι*: alioqui satius est eos non dimitti, ut à republica alantur, & in alia reipublicæ ministeria, quæ possint sufferri, quæ sint leviora transferri. Gl. male hoc loco hæc verba sic accipit, *si cognatos, vel affines habeant*, qui scilicet de illis dimittendis cum præside agant per libellum, ac si non possint ipsi, qui damnati sunt in metallum, per se præsidi libellum dare. Sane possunt, & ipsi. Nec igitur desiderant operam cognatorum, vel affinium ea in re. Non possunt quidem ipsi, qui in metallum damnati sunt Principi libellum dare, præsidi possunt: ad Principem eis non patet aditus, qui servi sunt pœnæ, vel qui sunt peregrini : ii non possunt libellum Principi dare, *l. 7. §. relegatum, de interdict. & releg.* Quæ cum hoc dat specialiter relegato, ut possit principi libellum offerre, denegare videtur servo, & peregrino, veluti damnato in metallum, vel deportato in insulam, qui per se non possunt Principi libellum dare, nec eorum nomine per cognatos vel affines, quod per se non possunt, non poterunt per cognatos, vel affines, *l. quod aufertur, §. quod autem, de jure fisci, l. 2. §. 1. de administrat. rer. ad civit. pert. & l. quæritur, de bonis libert.* Additur ergo in *h. l.* hic modus, hæcve determinatio, ut ita demum possint ex causa dimitti jussu præsidum, qui damnati sunt in metallum, *si cognatos, vel affines habeant, ad quos se recipiant.* Additur etiam alius modus, *si non minus, quam decem annis pœna sua functi sunt*, hi possunt dimitti ex causa non intra decennium, aut vix intra decennium: nam possunt quidam, & qui cognatos, vel affines non habent, ad quos dimissi se recipiant, dimitti, & exponi publicæ misericordiæ, & similiter quoque possunt intra decem annos dimitti ex justissima causa, si ita præsidi videatur, quod & Trajani rescriptum ad Plinium demonstrat, dum jubet intra decem annos damnatos, nec ullo idoneo auctore liberatos, pœnæ suæ reddi. Senes autem (quod maxime huc facit) ante decem annos damnatos, pœna metalli solvi, & distribui, inquit, Trajanus in ea ministeria, quæ non longe à pœna sint, velut ad balineum, ad balinei calefactionem, vel ad purgationes cloacarum, vel ad munitiones viarum: sed consultius erit, non aliter eos liberari, quam si habeant, ad quos se recipiant, & decennium quoque in opere metallico fecerint, quam decennii præscriptionem servari etiam l. 13. ostendit : *Cum quis per imperitiam à judice in metallum damnatus est, nullo præfinito tempore certo.* Namque huic præfinitum videtur decennii tempus, quod tamen annotandum est, non servari in servo, qui sententia judicis sub pœna vinculorum domino reddi jussus est : hic enim perpetuo vinctus esse debet, atque adeo si manumittatur, dediticiorum numero habetur, *l. 10. C. de pœn.* Illud etiam notandum est, ex hac l. 22. damnatos in metallum propter sonticum morbum, vel propter senium ætatis, pœna liberari jussu præsidum, nec necesse esse ob eam rem adire principem, quod & Plinius in epist. ad Trajan. ostendit : *In opus damnatos, vel in ludum, deprecantes dimissos jussu procoss. legatorumque.* (Cæsaris) *qui sunt præsides provinciarum, l. pen. de offic. præs.* Neque vero huic sententiæ, qua dicimus, *eos posse dimitti jussu præsidis, nec requiri auctoritatem principis*, obstat *l. Divi 27. inf. hoc tit.* quam objicit Glos. quia ea l. non est de iis, quos præsides ad pœnam damnaverunt, & qui jam amplius eam pœnam sufferre non possunt, quos, ut dixi, liberare præsides possunt, sed loquitur ea lex de innocentibus, quos præsides condemnaverunt : vel, quod eis deficerent probationes, quibus purgarent innocentiam suam, vel, quod ipsi stulte de se confiterentur, & mentirentur : quorum pœnam præses semel prolata sententia, tollere, aut minuere non potest. Esset exemplo perniciosum, si judex quam protulit sententiam, revocare posset. Igitur hoc casu necesse est adire principem, ut ipse mutet sententiam, quam qui dixit, non potest mutare, jam semel functus suo officio. Idque etiam ostendit *lex 1. §. ult. de quæst.* Gl. male, ut respondeat, ait *leg. Divi* 25. loqui de exulibus, quæ nullum in se habet. De exulibus merito condemnatis, quæ est aperte scripta de immerito condemnatis, & de innocentibus, & non de exulibus, sed generaliter de omnibus iis, qui tanquam innocentes aliqua pœna affecti sunt. Verum explicanda est differentia, quam initio proposui, & esse dixi inter damnatos ad metallum, & damnatos ad gladium, ad quam etiam respexit Modestin. Levior est pœna metalli, quam gladii : nam metallici, ut docui, quandoque dimitti possunt, & absolvi, nec in ipsa pœna, vel per ipsam pœnam gladio unquam consumuntur, sed tamdiu vivunt, quamdiu natura patitur. Damnati autem ad gladium, nunquam dimittuntur : imo intra annum consumendi sunt. Paul. 5. Sentent. tit. 17. *Sane*, inquit, *qui ad gladium dantur, intra annum consumendi sunt.* Ulpianus apud Ruf. de abigeis : *Ad gladium*, inquit, *damnati, ut depugnent in arena, confestim consumuntur, vel certe intra annum debent consumi.* Longe igitur gravior est gladii, quam metalli pœna. Huic tamen sententiæ non obstat rescriptum D. Hadriani ad consilium Bœticæ provinciæ, cujus pars extat in *l. 1. de abig.* Et integrum apud eundem Licinium, quo Hadrianus jubet abigeos ad gladium damnari, quod in Licinio sic est ad verbum: *Si quis tam notum, aut tam gravis in abigendo fuerit, ut prius ex hoc crimine aliqua pœna affectus sit, hunc in metallum dari*, quasi scilicet metalli pœna sit gravior, quandoquidem exasperanda est pœna in eos, qui puniti semel in idem crimen relabuntur, *l. capitalium 28. §. solent, de pœnis*, qui, ut eleganter ait *l. 3. in fi. C. de episcop. audient.* impunitatem veteris admissi non emendationi potius, quam consuetudini deputaverunt, & *l. 10. C. Theodos. de indulgen. crimin.* indignum esse humanitate eum, qui post damnationem committit in legem, cujus etiam pudore à quodam Philosopho comparatur vesti, quæ quanto obsoletior est, tanto incuriosius habetur. Verum ad illud rescriptum Hadriani, quo videtur graviorem facere metalli pœnam, quam gladii, ita respondetur ab Ulp. in illo rescripto, necessario *pœnam gladii* non esse accipiendam pro *pœna ad gladium*, vel *ferrum*, sed pœna pro *ludo gladiatorio*, quam mitiorem esse docet, quam ad metallum, & ad gladium. Quam pœnarum differentiam ex hoc libro

Mode-

Digitized by Google

Modestinum prodidisse credibile est, puta, id interesse inter pœnam ad gladium, & pœnam ad ludum gladiatorium, qua pœni qui affecti sunt, ut Ulpianus ibi docet, post quinquennium quandoque præmiis, vel rude donantur, si fortiter se gesserint in ludo gladiatorio, & dimittuntur. Credibile etiam est, Modestinum hoc ipso libro tradidisse differentiam inter eos, qui damnati sunt in metallum, & eos, qui in opus metalli, quæ differentia consistit in vinculis: nam damnati in metallum gravioribus vinculis premuntur, damnati in opus metalli, levioribus. Et in eo etiam, quod refugæ ex opere metalli, id est, qui diruptis vinculis aufugerunt, ut gravius reperti coerceantur, damnantur in metallum: refugæ autem ex metallo, summo supplicio afficiuntur, & hoc ostenditur in *l. aut damnum* 8. *§. inter eos*, *l. capitalium* 28. *§. in exsulibus, in fi. hoc tit.* nec erat hisce metallicis, sive quibuscunque aliis hominibus, qui essent in vinculis, admodum difficile vincula rumpere, quoniam legimus apud Chrys. epist. *§. Ferrum aqua molle fieri, mollescere, ac deinde facillime ictu lapidis frangi*, & est plane similis locus apud Sophoclem: *Βαφῇ σίδηρος*, &c. *Fragiles intinctione aquæ, perinde ac ferrum*. Credibile est etiam Modestin. exposuisse, multum distare deportatos à relegatis, quod traditur in *l. 7. §. hæc est differentia de interd. & releg.* Reos in insulam relegari ad tempus, vel in perpetuum: in insulam deportari semper in perpetuum. Relegatos capite non minui, ideoque civitatem Rom. & libertatem retinere, & patriam potestatem, & agnationem, & connubium, & testamenti factionem, tam activam, quam passivam, & omnia denique jura civium Romanorum, & liberorum hominum, quæ omnia deportati amittunt: quia ad peregrinitatem rediguntur, atque ita mediam subeunt capitis deminutionem: ad tempus relegati, neque tota bona, neque partem bonorum amittunt: deportati amittunt omnia bona. Et eleganter *l. ult. §. ult. C. de sentent. pass.* ipsum per se nomen deportationis, omnium bonorum spoliationem esse, præsides provinciales in insulam relegare posse, non etiam deportare, *l. 6. §. 1. l. 7. §. 1. de interd. & releg.* Notavi etiam paulo supra aliam differentiam: relegatum libellum posse dare principi, deportatum non item.

JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib. II. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L. XXIII. depositi, Vel contra. *Actione depositi conventus, servo constituto, cibariorum nomine apud eundem judicem utiliter experitur.*

DOCUIT hoc libro Modestinus inter depositum, & commodatum hoc in primis distare, ut est relatum apud Licinium Ruf. ex hoc ipso *lib. tit. depos. & commod.* quod judicio commodati conventus, non tantum dolum, sed etiam culpam præstare cogitur, id est, desidiam, negligentiam, si negligentia ejus res commodata deterior facta fuerit, qui autem convenitur judicio depositi, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est: adducta ratione differentiæ: quia in commodato plerumque solius commodatarii utilitas vertitur, *l. 5. §. 2. Commod.* vel certe utriusque, commodantis & commodatarii, ut in specie *l. in rebus, eod. tit.* Si ego & tu communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam susceperis, ego roganti tibi vasa mea argentea commodavero, commodatum hoc casu contrahitur utriusque causa, & utroque casu, sive in commodato vertatur solius commodatarii utilitas, sive utriusque: placet commodatarium non tantum doli, sed etiam culpæ, sive negligentiæ rationem reddere, & præstare debere judicio commodati. Nam & fiduciæ, id est, pigneratitio judicio, & in actione rei uxoriæ, & in actione ex empto vendito, ex locato conducto, & act. pro socio, dolus, & culpa deducitur: quia utriusque contrahentis utilitas vertitur in his negotiis omnibus: at in deposito solius depositoris: cujus interest rem suam esse salvam, utilitas intervenit, non depositarii: & ideo satis abundeque depositori esse debet, si depositarius in ea re nihil dolo malo faciat, & si postulante quoque depositore, juret sese nihil in hac re dolo fecisse: quod omnino exigitur in lege DEI, *Exodi* 22. Satis igitur esse depositori, cujus solius utilitas intervenit, si depositarius præstet dolum, non etiam culpam, levem scilicet aut levissimam: nam lata culpa dolus est, id est, remissior nimis culpa. Hæc est ratio differentiæ inter depositum, & commodatum, cæterosque contractus, in quibus, ut in commodato, & dolus & culpa venit, quod non solius dantis gratia contrahatur, vel solius accipientis, sed utriusque. Depositum autem contrahitur dantis gratia non accipientis, non utriusque, qua de re omni sunt notissimi loci in jure, *l. 5. §. nunc videndum, sup. comm. l. contractus, de reg. jur.* Verum hæc ratio, quæ in deposito valet, non valet etiam in mandato, nec in alienis negotiis gestis sine mandato, nec in tutela, quod etiam in hoc libro locoque Modestin. monuerat, ut quod ex eo restat apud Licinium indicat satis. Sed est apud eum depravatum nimis: facile tamen suppleri potest. Monuerat Modestinus rationem, quæ efficit, ut depositori depositarius dolum duntaxat præstet, quod solius depositoris causa depositum contrahatur: eadem ratio non efficit, licet intervenerit, ut etiam in mandato & negotiis gestis, & in tutela, dolus duntaxat præstetur. Nam etsi in administratione negotiorum alienorum ex mandato, vel sine mandato, solius domini, ad quem negotia pertinent, utilitas versetur, & in administratione tutelæ, solius pupilli: tutor tamen, licet invitus tutelam susceperit (tutela munus est publicum, quod injungitur nolenti) itemque procurator, sive sit voluntarius, sive mandatarius, id est, constitutus ex contractu mandati habito inter eum, & dominum negotiorum, non doli tantum, sed & culpæ nomine tenetur, etiam levissimæ, etiam admissæ in re minima: id est, non tantum tenetur si mala fide negotia aliena gesserit, si ea ad suum commodum converterit, non ad commodum domini, quod bona fides tamen exigit, sed etiam si omnem diligentiam in negotiis, quæ gerenda suscepit, non adhibuerit, & per hoc aliquid domino deperierit. Et ratio hæc est: quia, qui aliena negotia suscipit, vel ultro, sua sponte, vel coactus (nihil refert) hoc in se quodammodo recipere, & polliceri videtur, se omnem curam, operam, diligentiam adhibiturum in ea re, quam administrandam suscepit: & ideo quasi ex conventione non tantum doli, sed etiam desidiæ, negligentiæ, incuriæ, ineptiæ, & uno verbo, culpæ etiam levissimæ nomine domino tenetur, *l. 3. C. mand. l. 7. C. arbitr. tut. l.* 20. *C. de negot. gest.* Et generaliter, quicunque tractat aliena negotia, gnavum eum, & vigilantem, & diligentem & asperum esse oportet, unde illud Martialis: *Sane certus & asper homo, procuratorem vultu qui præferat ipso*. In re nostra administranda leves, & lenti esse possumus, in re aliena, quam gerendam suscepimus, fide data, asperiores esse solemus, & diligentiores: quamvis solius domini utilitas versetur, ad quem negotia pertinent. Et multo magis, si non solius domini, sed utriusque utilitas in mandato versetur: ut si tibi mandavi, ut sub usuris pecuniam credas ei, qui eam pecuniam in rem meam mutuatus est: hoc enim in negotio & tua utilitas vertitur: quia sub usuris credis, & mea, quia credis in rem meam. Depositarius autem non est ex horum hominum numero: neque enim administrandum gerendumve quicquam suscipit. Itaque non eadem omnino ratio intervenit in judicio mandati, negotiorum gestorum, tutelæ, quæ intervenit in deposito: verum quæ ratio efficit, ut in depositi actione dolus dumtaxat veniat, eadem nonnunquam etiam in commodati judicio idem efficit, ut si non commodatarii, aut utriusque, ut posui supra, sed commodantis tantum utilitas in commodato versetur, ut in specie *l. 5. §. interdum, commod.* Si roganti quis sponsæ suæ, vel uxori commodaverit vestimenta sua, quo honestius culta ad se deduceretur: vel si prætor ludos editurus, scenicis rogantibus,

vesti-

Digitized by Google

vestimenta scenica commodaverit, hoc casu solius commodantis utilitas versatur: nec quicquam hoc casu distat commodatum à deposito. In utroque venit dolus duntaxat: contra quæ ratio efficit, ut in mandato, tutela, negotio gesto, dolus & culpa veniunt: nempe, quia id in se recepisse, & convenisse videntur, qui ultro se offerunt negotiis alienis, vel qui rogati, aut coacti negotia aliena geranda suscipiunt, fide interposita, ea bene gerendi, & plerumque satisdatione rem dominis salvam fore. Eadem ratio locum habet in deposito: videlicet si conveniatur, ut culpam depositarius præstet, *l.1.§. si convenit, depos.* vel si quis ultro interrogatus se deposito accipiendo offerat, eam culpam hic præstabit, quia affectavit rem apud se deponi, quique auctor fuit prior depositum apud se collocandi, *d.l.1.§. sæpe evenit, & cap.2. extra, depositi*. Tunc dolus duntaxat venit in depositum, cum quis ultro deposuit apud amicum, qui se prior deposito suscipiendo non obtulerat. Et hæc quidem distinctio, quæ servatur in accipiente rem, quæ datur solius dantis causa: Hæc, inquam, distinctio solius nempe, ut ei, cui data sit res custodienda incogitanti, nec se offerenti deposito, non incumbat onus reddendæ rationis, si quid culpa ejus accidit, absque dolo malo, & videtur, ut dolum duntaxat præstet. Si autem affectanti rem apud se deponi, & se offerenti deposito, ut tunc præstet dolum, & culpam. Hæc, inquam, distinctio servatur etiam contraria ratione in dante rem solius accipientis causa, nimirum, ut si quis roganti rem suam dederit utendam, commodatarius præstet dolum, & culpam. Si vero ultro rem suam non roganti commodaverit, tum commodatarius præstet dolum duntaxat, *d.l.5.§. interdum*, in quo §. nota tres casus poni, in quibus commodatarius dolum præstat duntaxat. Primus si ita convenerit, secundus, si sua duntaxat causa commodaverit, tertius etsi ultro non rogatus. Et hæc sufficiunt de prima differentia inter commodatum, & depositum. Secunda est: in judicio depositi, suo nomine damnatus, infamis est, *l.1. C. depos.* quia non damnatur, nisi propter dolum malum, quæ damnatio, propter quam est dolus malus, nunquam non irrogat infamiam. Judicio autem commodati damnatus, quia propter culpam damnatur, infamis non est: ita Modest. scripsit. Ex quo sequitur, judicio commodati damnatum propter dolum, si ita convenerit, esse infamem perinde ac si damnatus esset actione de dolo, quam constat esse turpem, & famosam: quia & actio de dolo inest actioni commodati, quocumque bonæ fidei judicio dolus vindicatur. Quæcunque est actio bonæ fidei, eadem etiam dicitur malæ fidei apud Ciceronem, id est, de dolo malo. Ergo omnis actio bonæ fidei irrogat infamiam, si reus damnatur ob dolum, non si ob culpam. Et ideo summa meraque ratione præsumitur, & in cæteris omnibus judiciis, quæ ex edicto prætoris famosa non sunt, hanc distinctionem esse servandam, ut non sint quidem famosa ob culpam, ob dolum sint famosa, quod à Modest. proditum est de act. commodati. Ita de actione suspecti tutoris, & curatoris est expressum in *l.ult.C. de susp. tut.* ut sit ob dolum famosa, non ob culpam. Et sane ob levem culpam infamem fieri quemquam, imprudentem, stolidum, simplicem hominem, perquam durum, & inhumanum est, neque etiam edicto prætoris de infamibus receptum, id est, in judiciis, in quibus est dolus, & culpa, præterquam, quæ sequuntur, tutelæ, mandati, pro socio, & olim in judicio fiduciæ. Hæc judicia ob eam rem dicuntur esse *summæ existimationis* à Cicerone. Ex causa horum judiciorum omnem culpam, tametsi in minimis rebus admissam, sine ulla specie doli mali, inurere infamiam. Et ita indistincte esse expressum edicto, ut ex his causis damnati infames fiant, sive ob dolum, sive ob culpam sint damnati. Tertia differentia exstat in hac l.23. aut per eam adsignificatur, si directa actione depositi conveniatur is, apud quem sunt deposita mancipia, vel jumenta, cibariorum, sive præbuit illis dum apud eum erant, nomine, apud eundem judicem experiatur utiliter, ut scilicet recipiat à depositore impensas cibariorum, & experiatur non quidem opposita compensatione, quia compensatio in actione depositi non admittitur, *§. in bonæ fidei. Instit. de*

A *actionib.* quod etiam nominatim Paulus scribit 2. *Sententiar. tit. de depos.* sed experietur instituta actione depositi contraria: apud quem? apud eundem judicem, apud quem conventus est directa actione depositi. Glos. perperam, *vel apud alium*, ne dominus in hanc rem sumpto alio judice, nimium destringatur, cum res possit definiri apud eundem judicem, *l.22. de judic. l.1. & 2. de quib. reb. ad eund. jud. eat. l.6. C. arbitr. tut. l. ordinarii, C. de rei vindic. l. nulli, C. de judic.* Experietur ergo apud eundem judicem cibariorum nomine contraria actione depositi. Adde, vel etiam retinebit hominem depositum, quoad ei reddantur cibariorum impensæ: nam ob impensas factas in rem depositam, etiamsi non habeat compensationem depositarius, habet tamen retentionem rei depositæ, ut ex eodem Modestino paulo post demonstrabimus. Et hoc quidem ita

B se habet in deposito. Denique hæc est sententia hujus legis, cui subjecit statim hoc loco, sed integro libro Modestinus, aliud servari in commodato: nam commodatarius cibariorum nomine, quæ præbuit servo, vel jumento commodati improbe intentat actionem: quia naturali ratione cibariorum impensæ ad eum pertinent, qui servo, vel jumento utitur, *l.18. §. possunt, commod. l. sicut, de usufr.* Et subjecit Modestin. quod in *d. §. possunt* proponitur, necessarias tamen, & majores impensas commodatarium jure persequi, quas forte in ægrum, vel alias laborantem servum commodatum impendit. Majores, non modicas, & impensas valetudinis esse necessarias, ostendit *lex 2. de impens. in reb. dotal. fact.* Non omittam in h.l.23. hæc verba, *servo constituto*, quæ non sunt apud Licinium ex Modestino hanc differentiam referentem, videri addita à

C Glossatore quodam ut intelligeremus Modestinum loqui de servo deposito, cui cibaria præbita sint, quæ simpliciter præbita dicuntur, de quo etiam proculdubio sensit Modestinus, sed sensit etiam de animali bruto quocunque. Nec debuit illius Gloss. conditor existimare, cibaria dici tantum de hominibus, quæ dicuntur etiam de brutis in *l.3.§. simili, de pen. legat.* Nec igitur hæc ei fuit justa causa supplendi illa verba, *servo constituto*, cum & de bruto idem dici possit. Quarta differentia inter commodatum, & depositum: si res deposita surripiatur, solus dominus habet furti actionem, quia hæc ratio datur ei, cujus interest, sive sit dominus, sive non: datur domino, non quod sit dominus, se quod ejus interest principaliter rem non esse surreptam. Solus, inquam, habet furti actionem, quamvis ob impensas in rem factas, etiam depositarii intersit rem

D retinere, quia etiam interest depositarii rem salvam esse si dolo caret, quia ex doli tantum causa obstringitur, non culpæ, *l.eum, qui, §. is autem, de furt.* Itaque soli domino competit actio furti si res deposita subripiatur, non depositario. At si res commodata subripiatur, quam ob rem commodatarius domino tenetur culpæ nomine, quod rem servarit negligentius. Furtum enim non est casus fortuitus, sed casus, qui semper imputatur patrisam. Rapina, vis est casus fortuitus, quia ei resisti non potest. Idcirco, quia commodatarius ex hac causa obligatur domino, & ideo ejus maxime interest, rem non subripi: furti actionem habet adversus furem, si modo solvendo sit. Ipse autem commodatarius, qui est solvendo, domino tenetur commodati, sed si solvendo non sit, sive in partem tantum solvendo sit, quia inanis est actio in totum, vel pro parte, quam dominus habet adversus commodatarium, tunc soli domino

E competit hæc actio furti, quod etiam Justinianus retulit in *l.ult. C. de furt.* ex jure veteri. Et alio tamen modo definit, nimirum, quod paucis perstringam, sublata illa distinctione, *Utrum commodatarius sit solvendo, an non*: & domino, qui rem commodavit permissa electione, ut vel cum commodatario agat commodati, & dimittat furem: quo casu commodatario in furem est actio furti: an vero dimisso commodatario cum fure agat furti actione, hoc est novum jus Justiniani, *d.l.ult.* Ultima differentia hæc est: Actio commodati semper competit in simplum: actio depositi olim ex l.12. tab. dabatur in duplum, ut ex Paulo 2. Sentent. refert idem Licinius: in inficiantem scilicet: hodie ex edicto prætoris actio depositi datur in simplum regulariter.

Digitized by Google

riter. Ex iis casibus, qui sequuntur in duplum, puta, si res deponatur fracta, & turbata ruinæ causa, vel naufragii repentini, vel incendii, vel tumultus, *l. 1. §. merito, depos. & in inficiatorem tantum*, *§. sed furti*, *Instit. de actionibus*. Et ratio redditur in *d. §. merito*, quia ex iis causis ruinæ, incendii, naufragii, tumultus, res deponitur ex necessitate potius, quam ex voluntate: rapto tempore potius, quam accepto. Et ideo crescit perfidiæ & inficiationis crimen, si fidem frangat ei, qui rem ex necessitate quadam tumultuatim apud eum deponere coactus est: & gravius coercenda. Quintilian. declamat. 245. *Depositum*, inquit, *hoc eo magis vindicandum est*, *quod fere secretum sit*, *citra probationem*, quod sane fidem habeamus ei, apud quem deponimus, ut non immerito jure XII. Tabul. fuerit in omni causa vindicata inficiatio, & perfidia depositarii actione in duplum.

Ad L. XX. de Re judic. & effectu sentent. & de interlocut. *Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur: sed ex aliis quoque contractibus ab uxore judicio conventus, in quantum facere potest condemnandus est ex D. Pii constitutione. Quod & in persona mulieris æqua lance servari, æquitatis suggerit ratio.*

HÆc l. ostendit, vel subindicat hanc quoque differentiam tradidisse Modestinum, quæ versatur inter eas personas, quæ ejus conditionis sunt, ut à certis quibusdam personis, quibus obligatæ sunt, non in solidum, sed in id dumtaxat, quod facere possunt conveniri, & condemnari possint, quales sunt parens, patronus, maritus, socius, donator, filius exheredatus vel emancipatus, vel qui se paterna hereditate abstinuit: hi namque omnes, vel adversus filium, vel nepotem, cæterosque liberos, & adversus libertum, uxorem, socium, donatorem, creditorem, cum quo aliquis contraxit, priusquam sui juris fieret, hoc habent privilegium, ut in id dumtaxat, quod facere possunt, conveniantur, & condemnentur, exigantur. Ac primum quidem docuit Modestinus hoc lib. maritum, quo cum agit mulier, in id dumtaxat, quod facultates ejus ferre possunt, conveniri, & condemnari: non in integrum debitum: nempe sive mulier agat de dote, ut *l. 17. hoc tit.* sive ex aliis quibuscunque contractibus, ut in hac l. 20. Modestinus ostendit: *Si mulier cum marito de dote agat*, hoc est, ex jure antiquo, & natura actionis rei uxoriæ, ut non damnetur maritus, nisi quatenus ejus facultates patiantur, *§. cum autem*, *C. de rei uxor. act.* Si mulier agat cum marito ex aliis contractibus, idem beneficium marito datur ex constitutione D. Pii, ut hoc loco Modestinus refert: qui locus est singularis in hanc rem. Nam ante eam constitutionem non habuit hoc beneficium maritus, nisi cum mulier ab eo dotem repetebat soluto matrimonio, vel constante matrimonio, quibus scilicet casibus constante matrimonio dotis repetitio est: sed ex constitutione D. Pii, & ex aliis quibuscunque causis, muliere agente cum marito, idem beneficium marito datur, ne exigatur acerbe, nec supra quam facere possit. Recte autem ait, *ex aliis quoque contractibus*. Nam ex delictis maritum mulier condemnat in solidum, *l. 52. hoc tit. l. 21. §. ult. rer. amot.* Et ex contractibus non omnibus quidem maritus ab uxore conventus, in quantum facere potest condemnandus est, sed ex his tantum, qui initi sunt inter virum & uxorem constante matrimonio. Nam ex contractibus habitis post divortium, post solutum matrimonium, recte Albericus sentit hoc casu, virum tanquam extraneum soluta societate per divortium, uxori damnari in solidum, ex *l. divortio*, *de negot. gest.* quæ hoc probat evidenter. Et similiter filius exheredatus, vel emancipatus ex his tantum contractibus, in quantum facere potest condemnatur, qui cum eo contracti sunt, cum esset in potestate patris, non si conveniatur ejus rei nomine, de qua cum eo contractum est, postquam sui juris effectus est, *l. 3. sup. quod cum eo*, *l. 5. ad Senatusc. Macedon.* Et prope simili modo maritus si conveniatur ex contractibus habitis post divortium, damnabitur in solidum: si ex contractibus habitis manente matrimonio, non nisi quatenus facere potuit. Sed addenda est exceptio; nisi contractus habitus post solutum matri-

A monium, sit appendix, sive accessio obligationis principalis contractæ in matrimonio, ut si divortio facto, constituerit vir se mulieri soluturum, quod in matrimonio mulieri debere cœperat, *L. 3. de const. pecunia*. Constitutum est accessio principalis obligationis, & naturam principalis obligationis sequitur. Spectatur scilicet causa, & origo constitutæ pecuniæ potius, quam judicii de constituta pecunia rigor, & potestas, quod non cœpit nisi post divortium, *l. qui id*, *quod*, *de donat.* Idem Albericus, rejecta Glossa rectissime notat, hoc beneficium marito dari non tantum si constante matrimonio de dote, quod potest certis casibus, non tantum igitur si constante matrimonio de dote, vel de aliis contractibus conveniatur, qui modo etiam initium cœperint constante matrimonio, sed etiam si conveniatur ex iisdem causis post solutum matrimo-
B nium, quod memoria & honor prioris matrimonii quo obligatio contracta est, exposcit. Et hoc quidem est præcipue, quod Modestinus proponit in hac lege. Verum in extremo legis, meo quidem judicio, Tribonianus hæc appinxit verba: *Quod & in persona mulieris æqua lance servari, æquitatis suggerit ratio*. Tribonianus, inquam, cujus verba ut secernere possimus à verbis legum, & juris auctorum, longus usus & meditatio fecit, efficitque, ut, quod quidam ait, legitimum sonum digitis monstremus, hæc verba non habent legitimum sensum. Ex sententia igitur Triboniani, sive Justiniani quemadmodum ab uxore maritus nulla ex causa, quæ modo cœperit in matrimonio, condemnari potest, supra quam facere possit, ita nec uxor, quamvis ratio, quæ hoc induxit in viro, nempe reverentia, quæ ei exhibenda est, *l. alia*, *§. ult. soluto matrim.*
C cesset in uxore, cui ea reverentia non debetur. Itaque non video quæ sit *æquitatis ratio*, quam suggessisse hic dicit, cum non sit æqualis utrinsque reverentia. Forte nec à Triboniano hæc verba sunt addita, quod facile crediderim, quia & à Basilicis absunt, quod notandum est. Certe Abbas Urspergensis affirmat iis libris, qui Irnerio curante luci restituti sunt imperante Lothario Saxone, Irnerium multa de suo adjecisse. Verum, quod ad rem ipsam attinet, inter Jurisconsultos fuit controversia, An mulier, quæ conveniretur à marito ex promissione dotis, idem beneficium haberet quod maritus, ne condemnetur ultra facultatis, *l. ex diverso*, *solut. matrimon.* hoc colore, quod sit socia communis vitæ, *l. 1. rer. amot. L. 52. hoc tit. l. 4. C. de crim. expil. heredit.* non posse, inquam, uxorem conveniri ex causa, quæ ex illa societate vitæ dependerit: ex causa
D dictæ, vel promissæ dotis, non posse, inquam, conveniri ex illa causa, quæ pendet ex illa societate, ultra quam facere possit: ex aliis vero causis, quæ non ex illa societate proficiscuntur, vel non ad illam respiciunt, etiam eam non condemnari agente marito supra opes, & facultates suas, nusquam est proditum, nisi hoc uno loco suspecto. Verum, quæ ratio efficit, ut nulla ex causa, quæ originem cœperit in matrimonii causa, maritus ab uxore conveniatur in solidum, si solvendo non sit, nempe honor, & reverentia ei debita, quæ cessat in uxore: eadem quoque ratio id efficit in parentibus, & patronis utriusque sexus, quia & has personas liberas, & libertos venerari oportet. Itaque nulla ex causa eas conveniri, & condemnari posse supra facultates. Donator autem, quod est alterum membrum differentiæ, cui non debetur reverentia, idem privilegium non habet,
E nisi cum ex causa donationis convenitur: hoc solo casu non damnatur ultra quam facere possit, *l. prox. §. ult. sup.* non si conveniatur ut debitor ex alia causa, aliove contractu, quod donationis causa stipulanti promisit, ab eo avare non exigitur: sed pro modo tantum facultatum ejus, ita ut ne egeat, ut ei relinquatur quod victui suppetat, quod tamen ex alia causa debet, eo nomine convenitur, & exigitur in solidum. Et donatori similis est socius, qui etiam hoc privilegio utitur, si actione pro socio, tanquam socius conveniatur, *L. 10. hoc tit.* Unde apparet satis inter eas personas, quæ hoc beneficium habent, ne condemnentur supra facultates, aliquam existere distantiam: alii hoc habent, ne ulla ex causa condemnentur, ullove contractu, alii habent ex una causa tantum, donationis, aut societatis.

Est

Digitized by Google

Est & alia differentia inter donatorem, & maritum, cæterosque omnes, qui idem beneficium habent, quod solus donator ex causa donationis convenitur, deducto, & detracto omni ære alieno, quod alijs ex dissimili causa debet, id est, eo omni ære alieno in primis detracto, æstimatur quantum resideat in bonis donatoris, quantumque facere possit, ut pro residui tantum modo ex donationis causa condemnetur, *d. l. prox. §. ult. sup.* Maritus autem, & reliqui, qui idem beneficium habent, veluti socius, patronus, parens, vel filius emancipatus, nullo deducto ære alieno, conveniuntur, & occupantis agere melior conditio est, nisi aliquis postea privilegiarius existat, qui præferri desideret, & prior ad suum commodum pervenire, *l. & exheredatum 49. inf. h. t. l. maritus, sol. matr. l. 3. quod cum eo, qui in aliena est pot.* solus hoc donator habet, non cæteri. Pinguius succurritur donatori, quam marito, vel parenti, vel cui alii vero debitori, ne donator ex sua liberalitate inops fieri periclitetur, *l. 50. de re judic.* ne ei bene merenti sit malo sua benignitas, quæ utique ei esset maximo malo, si occupante agere donatario ipsi prius satisfacere cogeretur, quam veris creditoribus: neque donator verus est debitor, neque donatarius verus creditor. Et hæ quidem sunt differentiæ, quæ inter has personas intercedunt, quas ducto argumento ex hac l. 20. licet affirmare omnes hoc libro tractasse Modestinum.

JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Lib. III. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L. XXI. Quibus modis ususfr. vel usus amit. *Si ususfructus civitati legetur, & aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago, ideoque quasi morte desinit habere usumfructum.*

Ad L. XXXII. de Jurejur. sive volunt. sive necess. sive jud. *Jurisjurandi gratiam facere pupillus non potest.*

UNA tantum est, quæ proprie respublica dicitur, Romana scilicet. Cæteræ civitates: vel, quod idem est, cætera municipia respubl. per abusionem dicuntur, quia loco privatorum habentur, ut ait nominatim *l. cum, qui, de verb. signif. Civitates loco privatorum habentur:* loco pupillorum, *leg. penult. C. de jure reipublicæ lib. 11.* loco infantium, *l. ergo, in fin. ex quib. causis major. 25. ann.* loco minorum, *l. penult. C. eod. tit.* Certe in pleri sque causis commune jus est civitatum, & privatorum, quas causas hoc libro exposuisse Modestinum verisimile est: nam iis libris non distantias tantum, sed etiam proximitates, communitates, affinitates rerum, & personarum exposuit, ut didicimus in *lib. 1. l. 40. de adoptionibus.* In plerisque causis idem jus est civitatum, & privatorum: ut in obtinenda restitutione in integrum, ut supradictæ leges ostendunt, ut *l. 8. l. 26. l. penult. ex quibus causis major.* Idem jus est civitatum, & privatorum in causa immunitatis, quam non magis habent, qui conducunt vectigalia civitatum, quam qui conducunt vectigalia privatorum, *l. 15. §. qui vectigalia conduxit, de excus. tut.* Et quod in privatorum defensionibus observatur, ut quilibet extraneus admittatur ad defensionem absentis, etiam sine mandato: non tamen sine satisdatione: Idem observatur in civitatum defensionibus. Et hæc sunt verba, *l. 1. §. ult. quod cujusq. univers. nomine.* Et ut pupillus adversus sententiam dictam pro libertate in integrum restitui non potest, ita nec civitas, *l. 9. de appellat.* Et quæ præscriptio obstat pupillo, vel generaliter, quæ præscriptio temporis obstat privatis, obstat etiam civitatibus *l. 1. C. de præscript. longi temporis, l. si mater, C. ne de statu defunctorum.* Et ut contra pupillum indefensum dicta sententia nihil momenti habet, *l. contra, de re judicata:* ita nec dicta contra civitatem indefensam, *l. 1. C. de jure reipubl.* Et ut in pupillorum, sic in civitatum venditionibus Ædilitium edictum locum habet, *l. 1. §. illud, de ædil. edict.* Adde & hanc communitatem: Pupillus jusjurandum, quod adversario detulit tutore auctore, *ut leg. 17. §. 1. de jurejurando,* quodve tutor pupilli nomine detulit deficientibus probationibus, ut *l. 35. eod. tit.* delati, inquam, *jurisjurandi,* eo modo, quo diximus, *pupillus gratiam facere non potest,* ut ait *l. 32. hoc tit. lib. 3.* Modestini, id est, jusjurandum pupillus, ei, cui delatum est, adversario suo remittere non potest, ne tutore quidem auctore, ut Gloss. sentit recte, quia ea gratia, sive remissio donationis instar obtinet. Et tutor donator, vel auctor donandi esse non potest, *l. Lucius 2. §. ult. inf. de administr. tutor. l. non omni, C. eod. tit.* Theophilus hoc ipso loco addit etiam hanc rationem: quia vix tutori licet jusjurandum deferre adversario pupilli: neque enim ei licet, nisi deficientibus omnibus probationibus, in summa penuria, vel angustia probationum, *d. l. 35.* unde consequens est, vel consentaneum, nec tutorem auctorem esse posse remittendi semel delati jurisjurandi: cujus non est deferre, nec ejus est remittere. Et cum hoc Modestinus scripsisset, puto eum adjecisse exemplo tutoris, & pupilli, etiam defensorem civitatis, administratorem rerum civitatis, quod detulit, id ei nominatim mandante civitate, ut exigit *l. 34. §. 1. eod. tit. de jur.* Et ut ibi Gloss. supplet recte, *deficientibus omnibus probationibus,* exemplo tutoris, ejus, inquam, jurisjurandi gratiam facere non posse. Nam & ita *l. præses, C. de transactionibus,* civitati non nocere gratiam administratoris: verum in aliis quoque multis causis docuit hoc ipso loco Modestinus, longo intervallo dissitas esse civitates à privatis hominibus: civitatibus usuræ pecuniarum creditarum debentur etiam ex pacto nudo, *l. etiam ex nudo 30. de usuris:* privatis non debentur nisi ex stipulatione, *l. Titio, de præscriptis verbis, l. 3. C. de usur.* Annua civitati relicta in perpetuum debentur, *l. 6. l. 20. §. 1. l. pen. de annu. legat.* privato relicta annua, vel in annos singulos, morte legatarii finiuntur, etiamsi non vice alimentorum relicta sint, *l. Gajus, eod. tit.* Ususfructus, qui ad privatum hominem spectat, morte ejus finitur, quia personale jus est: ususfructus autem civitati relictus non morte, sed quasi morte finitur, ut Modestinus ex hoc libro 3. tradidit in *l. 21. quib. mod. ususfruct. amitt.* & utitur hoc exemplo: si aratrum in civitatem inducatur (hostile scilicet) ut passa est Chartago, Numantia, Saguntum, & pleræque aliæ civitates: civitas aratro conditur, aratro quoque diruitur, & extinguitur: aratrum quasi mors est civitatis. Eo modo quasi morte finitur ususfructus civitati relictus, sive legatus. Itemque spatio centum annorum, ut in *l. 8. de usufruct. leg.* Præterea omnis civitas creditrix habet privilegium exactionis, id est, præfertur cæteris creditoribus in act. person. *l. pen. de reb. auctorit. jud. possid. sive de privilegiis creditorum, l. 13. C. qui pot. in pign.* non etiam omnis privatus creditor. Paucissimi sunt privati creditores privilegiarii. Privatus, cum quo testamenti factio est, heres institui potest. Quis hoc non scit? non etiam civitas: quia incertum corpus est: nisi à libertis suis ex Senatusconsulto, *l. 1. C. de libertis univers.* Sed posterioribus constitutionibus, & civitas à quibuscunque heres institui potest sublato jure veteri, *l. hereditatis, C. de hered. inst.* & postremo, res civitatum usucapi non possunt, *l. usucapione, de usurp. & usuc.* res privatorum usucapi possunt.

JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Lib. IV. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L. XIV. de Spons. *In sponsalibus contrahendis ætas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis, quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab*

Digitized by Google

ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores, quam septem annis.

Ad L.XXII. Ad munic. & de incolis. *Ea, quæ desponsa est, ante contractas nuptias, suum non mutat domicilium.*

Ad L.IV. de Leg. tut. *Quo defuncto, si liberi perfectæ ætatis existant, fiduciarii tutores fratris, vel sororis efficiuntur.*

Ad L.IX. de Pollic. *Ex pollicitatione, quam quis ob honorem apud rempublicam fecit, ipsum quidem omnimodo in solidum teneri, heredem vero ejus, ob honorem quidem facta promissione, in solidum: ob id vero, quod opus promissum cœptum est, si bona liberalitati solvendo non fuerint: extraneum heredem in quintam partem patrimonii defuncti, liberos in decimam teneri, Divi Severus, & Antoninus rescripserunt: sed & ipsum donatorem pauperem factum, ex promissione operis cœpti quintam partem patrimonii sui debere, Divus Pius constituit.*

LIBRO IV. docet Modest. quib. ex causis separentur sponsalia à nuptiis. Multa nuptiæ, & sponsalia inter se communia habent, alioquin ineptum esset navare operam in explicandis negotiorum differentiis, quæ nihil inter se commune habent, aut finitimum. Nudus consensus, & sponsalia efficit, & nuptias. In utroque negotio exigitur consensus eorum, in quorum potestate sunt ii, qui nuptias inter se, vel sponsalia constituuns: quæ causæ sunt impedimento nuptiis, sunt etiam impedimento sponsalibus: & hæc omnia ostenduntur in *l.* 4. 7. 55. 56. *de sponsal.* Item sponsa non minus quam nupta jure mariti accusari potest *l. Jul. de adult. l. si uxor, §. Divus, & §. si minor, ad l. Juliam, de adult. l. propter, C. eod.* & retro inter sponsalia, & nuptias differentiæ existunt quamplurimæ. Ac primo docet Modestinus in *l.* 14. *de sponsal.* quæ est ex hoc libr. 4. in matrimoniis contrahendis esse definitam certam ætatem, nimirum in mare 14. in fœminis 12. annorum completorum, exactorum, ita ut ille attigerit 15. illa 13. Et definita hæc etas est, ut opinor, sub Augusto ll. Julia, & Papia: hasque ll. intelligere Macrobius in som. Scipionis videtur: dum ait, *fœminas propter votorum festinationem, quam mares biennio maturius tutela liberari*, id est, Julia, & Papia: in sponsalibus autem ætatem definitam non esse, & à primordio ætasis, inquit, id est, à prima ætase, quæ est pueritia, quandocumqoe sponsalia contrahi poterunt, nec exspectari ætatem definitam in nuptiis, modo qui sponsalia contrahunt, non sint minores quam 7. annis, id est, modo non sint infantes. Nam infantes non intelligunt quid agunt. Sed additur exceptio Nov. Leonis 109. nisi veniam à principe impetraverint: venia petita à principe etiam despondere infantem, non aliter. Et *veniam*, eleganter, aut potius singulariter vocat: quod vulgus *dispensationem*. Nam & vox illa significat non tantum dispensationem rei familiaris, sed etiam veniam: & quam idiotismus vocat dispensationem, dabatur ea à principibus, non à pontificibus: quas omnes tamen pontifices sibi vindicarunt, magnumque inde arcæ suæ quæstum adquisierunt. Posset tentari in sponsalibus etiam ll. Julia, & Papia definitam ætatem esse, sicut in nuptiis: quandoquidem Suetonius in Augusto, c. 34. & Dio *lib.* 54. auctores sunt his ll. Julia scil. & Papia, Augustum tempus sponsas habendi coarctasse, & constituisse, ne quis sponsas minores 10. annis haberet. Sed hoc vulgo non intelligitur quid sit: hoc, inquam, quod ita illi auctores scribunt, non hoc significat ll. illis fuisse definitam sponsalibus certam ætatem: sed hæc est mens auctorum, quod & verba Dionis satis abunde declarant, cum ll. Julia, & Papia cœlibatui multæ essent indictæ pœnæ, quæ postea sublatæ sunt, *C. de inf. pœn. cœlib.* plerosque in fraudem legum puellas sibi despondisse, ne cœlibum numero haberentur, qui nuptiarum jam per sponsalia spem facerent: quos nec habitos cœlibum numero credibile est, imo maritorum potius .i. sponsos habitos, pro maritis, sicut *l. pen. de militar. testam. ringendis*, habet pro *cinctis*, sic *sponsos habitos*, pro maritis, qui tamen sponsi, quod post sponsalia contracta differrent nuptias in longum tempus, ne hoc facerent amplius, & ita vim legis eluderent: iisdem legibus cautum est, ut si quidem vellent evitare cœlibatus pœnas, quas sibi despondissent, ducerent uxores domum intra biennium, id est, sponsi, qui despondissens minorem decennio, non haberentur pro maritis. Sponsi, qui sibi despondissent decennem, interim pro maritis haberentur, si modo legitimo tempore eam uxorem ducerent, id est, biennio post. Non vetuit Augustus sponsalia contrahi ante decennium, quæ statim ab infantia completa contrahi semper potuerunt, sed vetuit sponsos haberi pro maritis alios, quam qui despondissent sibi, quam possent uxorem ducere biennio post. Denique censuit hac in re, cum puella, quæ excessit infantiam, statim atque eam excessit, contracta sponsalia esse quidem legitima, sed immatura: unde & Sueton. illo loco ais, recte Augustum coarctasse tempus habendi sponsas .i. diu habendi non sequente matrimonio, cum sentiret, inquit, immaturitate sponsalium, sic legendum omnino, non sponsarum, vim legis eludi, & fraudem l. Juliæ, & Papiæ fieri, ut autem *immatura sponsalia* Suetonius dixit, quæ fiunt intra decennium, vel quæ quis contrahit cum minore decennio, ita immaturas nuptias, quæ fiunt intra annum luctus, *l. 5. C. de secundis nuptiis*, & quod idem est, Novella 22. de nuptiis, ἄωροι γάμοι. Plinius 4. epistol. *Nuptias lugentis, nuptias senis: quorum alterum immaturum, alterum serum est.* Apulejus 8. Milesia: *Ne immaturitate nuptiarum, indignatione justa mores acerbos mariti suscitemus:* quod etiam Dio ll. Julia, & Papia cautum ait, ne sponsalia trahat ultra biennium, qui volet frui præmiis maritorum, & evitare pœnas cœlibum: idem confirmat *l. pen. hoc tit.* cujus inscriptio etiam est ad l. Juliam, & Papiam: à qua legis definitione excipit unum casum: si qua justa, & necessaria causa: veluti valetudo sponsi sponsæve, aut mors parentis, aut capitalis causa, aut peregrinatio, quam obire necesse sit, compellat sponsalia protrahere ultra biennium, triennium, vel quadriennium, vel etiam ultra annum: videlicet, cum quis despondit puellam undecim annorum: nam interveniente justa causa, non desinit interim sponsus haberi pro marito: quæ omnia summe notanda sunt. Ex quibus satis intelligimus verissimum esse, quod in hac l. 14. Modestinus ait, *definitam non esse ætatem in sponsalib.* Adjecit etiam aliam differentiam inter sponsalia, & nuptias, in *l. 32. ad municip.* quæ est etiam ex hoc libro 4. *Nupta domicilium mutat, non sponsa*: quia statim sequitur domicilium, forum, patriam mariti, *l. exigere, de judic. l. 13. C. de dignit. lib. 12.* idque domicilium etiam post mortem mariti vidua retinet, *l. filii, §. 5. ad municipal.* Servius in illum locum Virgilii:

Et patriam Andromachen iterum cessisse marito,

Secundum jus locutus est: quia uxor viri domicilium sequitur. Domicilium viri est domicilium matrimonii, *l. 5. de ritu nupt. l. 1. §. domum, de liber agnosc.* at sponsa nondum ante contractas nuptias mutat domicilium. Adjecerat, mea quidem sententia, etiam alias differensias Modestinus: puta, patrem, in cujus potestate puella est, sponsalia dissolvere posse, non nuptias, *l. 10. de sponsal. l. 11. C. de nupt. l. dissentientis, C. de repud.* In nuptiis testationem esse necessariam, *l. 4. de fide instrument.* sicut in concubinatu: quæ conjunctio nuptias imitatur, & honesta, & legitima olim fuit. Concubina uxoris loco erat: & constat necessriam esse testationem, *l. 3. de concubin.* In sponsalibus autem non est necessaria testatio, *l. 6. de sponsalib.* Ac præterea nuptam defunctum lugere maritum: & eam, quæ maritum non luxerit, ex edicto prætoris infamia notari. Sponsam non lugere sponsum, *l. 9. de his, qui not. infam.* hic honos debetur marito, non sponsæ. Exposuit hoc libro Modest. quid distaret parens à patrono: ac primum quidem in *l. 4. de legit. tut.* liberos parentis, qui filium, aut nepotem impuberem manumiserit, parente defuncto, impuberis esse fiduciarios tutores, non legitimos, *d. l. 4.* Contra & liberos patroni, defuncto patrono esse legitimos, non fiduciarios tutores libertorum patronorum impuberum; cujus separationis, sive differentiæ probabilis quædam ratio redditur in *tit. de fiduc. tutor. Instit.* quod non explicabo, quoniam id repetendum ex jure vetustissimo. Addamus alias differentias, quæ existunt inter patronos,

nos, & libertos : si quid alienaverit libertus in fraudem patroni minuendæ portionis debitæ verecundiæ patronali, id patronus revocat actione Faviana, vel Calvisiana : Faviana, testato liberto. Calvisiana, intestato liberto, *l.3. §. si intestatus, si quid in fraud. patr. l.2. C. eod.* Et hoc quoque solum discrimen inter Favianam, & Calvisianam faciunt Græci interpretes ad *l. 2. si à par. quis manum. sit*. Contra vero, si quid liberi à parente manumissi alienaverint in fraudem parentis, parens nullam actionem habet, qua revocet, vel rescindat alienationem. Et ratio est, quæ est in *d.l.* quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem : quæ ratio ad multa potest adaptari. At non ita est iniquum, libertinis hominibus non esse eandem libertatem. Alienabit igitur filius emancipatus bona sua in fraudem patris : & retro, pater vendet omnia bona sua in fraudem filii, non etiam donabit, quia obstat *tit. de inoffic. donat.* non etiam dabit in dotem, quoniam obstat *tit. de inoffic. dot.* & interim ex eo intelligitur emancipationem, & manumissionem patris non facere libertum : manumissio domini facit libertum, non patris : nam manumissus ingenuus manet. Et iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum administrationem. Propterea libertates datæ in fraudem patronorum, ipso jure nullæ sunt ex l. Ælia Sentia: quod Ulpian. nominatim scribit *lib. reg. tit.1.* & confirmatur *l. 9. de liber. cau.* Libertates datæ in fraudem parentum, vel liberorum omnimodo valent : nusquam reperies eas, vel nullas esse, vel rescindi. Item libertates minuunt portionem debitam parentibus, aut liberis, non etiam portionem debitam patronis, *l.4. C. de jure patron.* ubi tollitur hæc differentia: quia vult, ut etiam libertates minuant portionem debitam patronis. Postremo patrono præterito testamento liberti, competit tantum bonorum possessio contra tabulas, ut patrono, ut manumissori : parenti autem præterito à filio emancipato, duplici remedio consulitur, data bonorum possessione contra tabulas, ut manumissori, & quasi patrono, & data querela inofficiosi testamenti, ut patri naturali, *l.pater filium, l.filio, §.1. de inoffic. test. l.1. §. ult. si à par. quis manumiss. l. si à milite, §. ult. de milit. testam.* Docuit etiam hoc lib. Modest. multum interesse, utrum quis ob honorem sibi decretum, vel decernendum decreto reipublicæ ex pollicitatione teneatur, an vero sine causa ex pollicitatione reipubl. teneatur : videlicet ob opus promissum, non ob honorem decretum, aut decernendum, sed ultro promissum, & liberaliter, quod modo ædificare cœperit. Nam ex pollicitatione non tenetur, qui reipublicæ pollicitus est, se opus facturum sine ulla causa, aliter quam si opus facere cœperit, nam quod cœpit, absolvere debet. Et docuit hanc esse differentiam, quod priori casu, cum quis ob causam reipub. ex pollicitatione tenetur ob honorem decretum, vel decernendum, tam in eum, quam in heredem ejus honore decreto, actio datur in solidum, posteriori autem casu cum quis non ob honorem opus promissum reipub. ædificare cœpit, si bona liberalitati persolvendæ non fuerint : ex rescripto Severi, suos heredes teneri tantum in decimam partem patrimonii, extraneos in quintam, quia & ipse donator in quintam partem duntaxat tenetur, *si*, ut ait, *pauper factus sit*. Recte, *si pauper*, non egenus, si *πένης*, non *πτωχὸς* : non est paupertas, habere nihil, sed est egestas. Egenus nihil potest præstare: pauper potest plerumque præstare, vel quintam partem polliciti. Et hæc differentia proponitur ex Ulpiano *l. 6. de pollicitat.* & ex Pomponio in *l.pen. eod. tit.* Et proponitur etiam ex hoc libro 4. Different. ex Modestino in *l.9. eod.* & ex illa *l.9. & l.6.* manifestum fit in *l.pen.* in secunda parte, ubi ita legitur : *sed si quis ob honorem*, legendum esse omnino negative, *sed si quis non ob honorem* : nam priori parte eadem l. pen. docet, eum, qui promisit opus se facturum ob honorem decretum, vel decernendum teneri in solidum : deinde subjicit, eum, qui non ob honorem promisit, sed sine causa, non teneri in solidum, sed in quintam partem patrimonii duntaxat, heredesque ejus similiter, nisi sint liberi, qui tenentur in partem decimam tantum. Addamus aliam differentiam: donationis ultro in rempub. collatæ sine causa, non ob honorem, usuræ non exiguntur, ne ex mora quidem, *l.liberalitatis, de usur.* quod etiam in donatione obtinet ultro collata in privatum, *l. cum, qui, de donat.* at donationis factæ ex causa, & collatæ in rempublicam, veluti ob honorem, usuræ exiguntur ex tempore moræ. Et ita est accipienda l. 1. *de pollicitat.* & ita in concordiam adducenda cum *d. l. liberalitatis*. Ratio varietatis in comperto est, donator ex causa verus debitor est, non donator sine causa, *l.& exhered.49. de re judic.*

JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib. V. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L.LI. de Condition. & demonstr. *Sub diversis conditionibus disjunctim positis liber esse jussus, eam conditionem eligere potest, quæ sibi levior esse videbitur, legato vero eo modo relicto, legatarium novissimæ conditioni parere oportet.*

Ad §. Heredi decem *dare jussus, & liber esse, & heredis heredi dando perveniet ad libertatem: quod non similiter in legatarii persona custodiri Publicius scribit.*

IN hac l. proponit Modestinus duas differentias, quibus docet causam statuliberi longe divisam esse à causa legatarii conditionalis : utrique directe, & sub conditione quid datur testamento, huic legatum, & illi libertas. Et statulibero quidem adscriptis disjunctim variis conditionibus, quæ sunt in ejus potestate, veluti, *Stichus liber esto, si Titio decem dederit, aut si Capitolium ascenderit, aut si Lutetiam ierit* : Stichus levissimam conditionem .i. faciliorem, & commodiorem sibi eligere, & implere, atque ita ad libertatem pervenire potest. Legato autem eo modo relicto : *Lego Titio centum, si Cajo decem dederit, aut si Capitolium ascenderit, aut si Alexandriam ierit*. Legatarius novissimæ, id est, novissimo loco adscriptæ conditioni, quasi novissimæ voluntati parere debet, si velit consequi legatum. Hæc est differentia inter statuliberum, & legatarium conditionalem, quæ proponitur in priori parte hujus l. Et confirmatur *l.87. hoc tit. l.5. & l.45. de manumiss. testam.* Posui exemplum in conditionibus, quæ sint omnes in potestate statuliberi, nam si conditiones omnes sint collatæ in casum eventumque fortunæ, non est supradictæ electioni locus, quæ statulibero datur : sed si ex constitutionibus adscriptis statulibero, quædam sint in ejus potestate, quædam in casu, tunc quoque supradictæ electioni locus est, & una electa, ex iis, quæ sunt in sua potestate, & impleta, statuliber statim ad libertatem pervenire potest : nec necesse habet exspectare eas, quæ sunt collatæ in casum. In legatis, atque etiam in tutelis, id est, tutelarum dationibus (ut definitur in *l.5. §.ult.de testam.tut.*) longe alia ratione res geritur: novissimam enim conditionem impleri omnimodo necesse est, sive sit in potestate legatarii, sive in casu, *d.l.87. & l. 89. hoc tit.* nec legatario conditionis eligendæ, quam adimpleat, ulla potestas est, etiamsi legatum ei sit relictum disjunctim sub diversis conditionibus. Electio est statuliberi, non legatarii. Statuliber servat scripturam testamenti, quæ illud, aut illud implendi potestatem facere videtur: & hoc favor libertatis expressit, qui & alias complures benigniores sententias explicat, ut ait *l. pœnales 32. in fin. ad l. Falcidiam*. Legatarius autem servat voluntatem, quasi videatur testator eam tantum conditionem impleri voluisse, quam adscripsit ultimo loco. Itaque cum quis dat libertatem, vel legatum sub diversis conditionibus disjunctim, obscura est voluntas testatoris, quia nescimus, volueritne eam solam conditionem impleri, quam novissimo loco adscripsit, an voluerit permittere statulibero, vel legatario electionem implendæ conditionis

eu-

cujuslibet, sed hic erit usui maxime illa regula, quæ dicit in obscura manumittentis voluntate favendum libertati; hinc fit, ut electio permittatur statulibero, cum legatario vero stricto jure agatur, ut cogatur implere novissimam conditionem, siquidem ad legatum pervenire velit. Et hæc de priori differentia. In posteriori parte hujus l. Modestinus constituit etiam aliam differentiam inter statuliberum, & legatarium conditionalem: statuliber heredi decem dare jussus, hoc modo, *Si heredi decem dederis, liber esto*, dando heredi heredis (quod oportet intelligere in infinitum) ad libertatem pervenire potest, quod est certissimum, *l. cum ita datur* 94. *§. ult. hoc titul. l.* 6. *§. si filiusfamil.* 4. *l. si peculium* 20. *§. heredi* 4. *l. servus si heredi* 34. *de statulib.* Legatarius item heredi decem dare jussus, heredi heredis dando, ad legatum pervenire non potest. Primo enim heredi dare dicit, qui directo, & principaliter ex judicio defuncti heres est, non heredi heredis, qui & incertus ignotusque fuit testatori, quique non directo, sed per successionem heres testatoris est, *l. qui liberis, §. ult. de vulgar. & pup. subst. l. sciendum, de rer. signif. l. ult. de leg.* 3. legatarius (ita ut hoc inculcem iterum) heredi 10. dare jussus, & legatum capere, heredi heredis dando non posset ad legatum pervenire. Sed addenda est exceptio, *nisi aliter senserit testator*: puta, ut & heredi heredis dando, legatarius perveniret ad legatum. Et hujus exceptionis sensum refert *d. l. si peculium, §. heredi*, quam etiam ita exprimunt Græci interpretes 40. *Βασιλικ.* Accursius male. Sensus illius §. est, statuliberum decem heredi dare jussum, heredi heredis dando, liberum fieri, legatarium autem heredi 10. dare jussum, heredi heredis dando, non aliter consequi legatum, quam si id senserit testator. Et ita est accipienda hæc posterior differentia. Ratio prioris differentiæ proficiscitur ex favore libertatis, posterioris vero differentiæ ratio, quam aperit *l. servus* 34. *de statulib.* hæc est, quia testator, qui statuliberum heredi decem dare jubet, non personam tantum certam demonstrat, nempe heredis, sed etiam domini futuri statuliberi. Denique, non tam certæ personæ heredis (quasi non liceret alii dare) dari voluit, quam domino statuliberi, & heres heredis utique statuliberi, pendente conditione, dominus futurus est) dari domino voluit: dabit igitur quocumque domino, vel heredi, vel heredi heredis, vel emptori, si heres vendidit statuliberum. Cum autem jubet legatarium dare heredi, personam tantum certam demonstrat cui det, non qualitatem personæ. Conditio igitur tum personæ heredis cohæret, ac propterea in persona tantum heredis impleri potest. Hæc est vera ratio. Male autem Joannes, quem & Bartolus sequitur, hanc posteriorem differentiam ita firmat: *Statuliber heredi* 10. *dare jussus, heredi heredis dando liber fit*: hæc est prior pars: *statuliber autem legatario* 10. *dare jussus, heredi legatarii dando, liber non fit*. Verum quidem hoc omne est: verum est statuliberum legatario, vel cui alii extraneo non heredi, decem dare jussum in persona tantum legatarii, vel heredis conditionem implere posse, *l. cum ita datur, hoc tit.* non ergo in persona ejus, qui legatario, vel extraneo heres extiterit. Hoc est verum, nisi scilicet hic extraneus heredi testatoris heres exstiterit, & deinde extraneus herede relicto, vita decesserit: huic enim heredi extranei statuliber dare poterit, quasi heredi heredis testatoris, ac poinde domino statuliberi, non quasi heredis extranei, qui nec statuliberi dominus fuit, ut extraneus, sed ut heres heredis testatoris. Et hæc est sententia hujus loci satis obscuri, nec explicat in *l. 6. §. si filiusfamilias. Nam etsi quis, & c. de statulib.* Verum quidem est omne, quod in illa differentia constituenda Joannes ponit: at recte composita differentia non est. *Non ex omnibus veris*, ut dicunt, *elicitur semper vera conclusio*: sic licet quicquid ille statuit sit verum, non tamen ideo recta est differentia, quam statuit, nec enim recta est differentia, quæ utroque ex latere, non in eodem themate vertitur: sed in alio, atque alio. Exempli gratia: Non est recta differentia, si dixero, hoc distare curatorem à tutore: quod curator rerum administrator sit: tutor autem damnatus tutelæ vere infamis fit. Illa autem differentia, quam fingit Joannes, in eadem specie non vertitur, sed in uno latere in specie pecuniæ datæ heredi heredis, ex altero autem latere, in specie pecuniæ datæ heredi legatarii, quod vitium magis apparet in secunda differentia, quam idem Joannes, in priori non perstans, & resiliens à priori, ita fingit, & proponit: *Statuliber*, inquit, *heredi decem dare jussus, heredi heredis dando, ad libertatem pervenire potest: legatario autem jussu heredis decem dare, heres legatarii dando heredi, ad legatum pervenire non potest*. Vera quidem sunt hæc omnia: quia conditio legati, quæ cohærebat personæ legatarii defecit legatario mortuo antequam daret, *l. à testatore, hoc tit.* Nec auditur ergo heres legatarii post mortem ejus offerendo decem. At hæc differentia non est recta: quia non in eadem specie, non in iisdem terminis, utraque ex parte consistit. In liberalitate ponitur, *statuliberum dare pecuniam heredi heredis*, in legato ponitur, non *legatarium* (quod poni par fuit) sed, *heredem legatarii*, non, *heredi heredis*, *primo heredi dare*: quæ species diversissimæ sunt. Differentiæ, quas his libris Modest. exponit, non sunt ineptæ differentiæ, non quæ versantur inter res, vel personas in causis speciebusve diversis, sed in una eademque specie: ergo nullam earum, quas Joannes fingit, Modestinus intellexit in hac posteriore parte legis: sed intellexit illam, quam exposuit initio, quamque Accursius secundo loco notavit. Et præterea quibus eam, quam exposuit differentiam, confirmavit, iisdem confirmari etiam eadem illa potest, allata simili differentia inter statuliberum, & legatarium conditionalem. *Statuliber dare jussus filiofamilias, vel servo alieno heredi instituto, patri, vel domino dando liber fit, l. 6. §. si filiusfamilias, de statulib.* quia scilicet pater, vel dominus statuliberis etiam ante impletam conditionem dominus futurus est. *Legatarius autem filiofamilias, vel servo alieno herede instituto dare jussus, patri, vel domino dando, nihil agit, l. qui heredi, hoc tit.* Quia certa tantum persona demonstrata est filiifamil, vel servi, & propterea in ejus persona tantum impleri conditio potest, *l. cum ita datur, eod. t.* In statulibero jusso dare filiofamil. vel servo heredi instituto, non est demonstrata persona nuda, sed persona domini futuri: qualis futurus est non tantum filiusfamilias, aut servus, sed etiam per eum pater, & dominus: & hoc satis est, ut vel patri, vel domino recte detur, ut & in patris, vel domini persona recte conditio adimpleatur. Addamus etiam aliam differentiam inter statuliberum, & legatarium conditionalem, ex *d. l. cum ita datur*. Statuliber decem dare jussus heredi, vel extraneo, si nullus heredi heres exstiterit, vel si extraneus vita decesserit, & tum statuliber pecuniam paratam habuerit, vel postea habere cœperit. *Jure constituto*, inquit, quia per eum non stat, quo minus det, sed ideo non dat, quia non est cui det, nulli dando, consequitur libertatem. In legatario aliud dicendum est. Legatarius decem dare jussus heredi, vel extraneo, herede defuncto nullo relicto herede, vel extraneo defuncto post mortem testatoris, tunc legatarius videtur defectus conditione, nec nulli dando, ad legatum pervenire potest. Sicut & jure eo redactus est, ut nulli ex iis, cui dare jussus est, dare possit, quoniam è medio sublatus est heres, vel extraneus post mortem testatoris: quod ostendit *d. l. cum ita datur, & l. si peculium, §. is, cui, de statulib.* In legatario servamus scripturam testamenti, & jus commune. Legatarius defectus est conditione: ergo non potest capere legatum. In libertate autem separamus jus statutum ab Imperatoribus favore libertatis, contra regulas juris communis. Hanc differentiam introduxit favor libertatis. Aliud est jus commune, aliud jus constitutum. Discrepant sæpe constitutiones à jure communi, & plurimum levi, aut nulla ratione. Qua de causa Macrino Imperatori (qui Jurisconsultus fuit, ut Capitolinus narrat) fuit aliquando in animo ita rempublicam constituere, ut res ex jure perageretur, non ex constitutionibus, sive jure constituto. Græci sic interpretantur, & in supradictis legibus, *d. l. si ita datur, & l. si peculium*, & in *l. 1. rer. amot.* quod sit contra regulas juris. Et ita quoque jus constitutum accipere oportet apud Gell. *lib.* 12. *cap.* 13. ubi audis, aut legis, aliquid constitutum esse, aut constitutionibus in

troductum: recte existimabis id esse constitutum contre jus commune. Sed de iis hactenus.

Ad L. X. de Muneríb. & honor. *Honorem sustinenti munus imponi potest: munus sustinenti honor deferri potest.*

EXponit etiam quid distet honor à munere: Honorem esse administrationem reipub. cum gradu, & titulo dignitetis: veluti duumviretum municipalem, qui honor est imago consulatus, itemque decurionetum, *l. 5. de decurionib.* qui honor est imago senatoriæ dignitatis. Decuriones sunt Senetores: municipales minores Senatores, Novell.Majoriani, *curia,minor senatus*: Munus esse administretionem reipubl.sed sine titulo dignitatis, veluti syndicetum, scribetum, eut quæsturam municipalem, *l. honor, de munerib.& honorib.* Honorem sustinenti, veluti, magistretui municipali, sive duumviro munus imponi non posse: contra, munus sustinenti honorem deferri posse: quæ differentia inter munus, & honorem hic proponitur à Modestino. Unde tamen male colligit Gl. *consules municipiorum*, quia honorem gerunt reipublicæ, non esse obnoxios fusionibus, sive intributionibus publicis: Collectis, ut loquitur. Male:nam qui eit. *honorem sustineeti munus imponi non posse*, de munere personali eit, sive corporali, non de munere patrimoniali, à quo qui patrimonium habet, nemo excusatur, quod Bartol. notet hac reprehense Glossa. Addamus alias differentias, ques nec prætermiserat proculdobio Modestinus, Infemiam repellere eb honoribus, non etiem à muneribus, *l.8. & 11. C. de decurion.* pœnæ causæ reum prohiberi posse honoribus, non etiem muneribus, quia pœnæ immunitetem tribuere non debet, *l.7. §.ult. de interdict.& releg.* Municipem, quentum ad munere esse desinere, si senatoriam in urbe sit adeptus dignitetem: quantum vero ad honores, municipalem retinere originem suem, *l.23. ad municipalem*, quæ confirmat etiam aliqua ex parte sententiam à Modestino propositam hac lege 10. Surdus, & mutus ab honoribus excusantur, non à muneribus, *l.honores, §.1. de decurion.*

JACOBI CUJACIJ J. C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib.VI.Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L. LXIII. de Procurat. *Procurator totorum bonorum, cui res administrandæ demandatæ sunt, res domini, neque mobiles, vel immobiles, neque servus sine speciali domini mandatu alienare potest: nisi fructus, aut alias res, quæ facile corrumpi possunt.*

VIDETUR in hoc libro Modestinus exposuisse, quæ esset distantia inter procuratorem negotiorum, datum scilicet ad edministrationem rerum alienarum, & procuretorem litium, datum ad actionem, vel defensionem, qui etiam procurator negotiorum nominumque dicitur: nam & lites negotie sunt. Procuratorem negotiorum recte fieri etiem impuberem, si modo rerum intellectum habeet, *l. 3. §. ult. de mieor.* sicut institorem, *l. 7. §. ult. de instit. act.* procuratorem cutem litium, vel litis esse non posse, nisi majorem XVII. annis, *§. justæ, Instit. qui, & ex quibus causis manumit.* majorem, inquit, XVII. annis, id est, qui attigerit XVIII. ennum, *l. 13. de manumiss. vindict.* quæ dum exigit, ne procurator ed litem,& actionem sit minor XVII. ennis, id exigit, ut ettigerit XVIII. annum, ut contra, *d. §. justæ* dum exigit ne sit minor XVII. ennis, hoc vult, ut compleverit 17. ennum ætatis, ut sit ex ephebis (sic vocatur, qui attigit plenam pubertatem) qoa etiam constet adolescentes in forum prodire, & pro aliis postulare posse, *l. 1. §. initium, de postul.* Longe aliter hæc differentie à Doctoribus, etiam approbante Bonifacio pontifice in *cap. 5. de procurat. in Sexto*: longe, inquam, hæc differentia constructa est; nempe hoc modo: procuratorem negotiorum majorem esse debere XVII. annis: id quod de procuratore litium scriptum necessario intelligendum est in *d. §. justæ, & d.l.13.* supino errore aptantibus ad procuratorem negotiorum: procuretorem autem litium majorem esse debere 25. annis: in quo setis probavi supra sufficere ætatem XVIII. annorum inchoatorum; que ætate cum possit quis esse patronus causarum sive litium, cur non etiam procurator? Imo, quia patronus, & procurator multo magis. Major enim est dignatio patroni, quem procuratoris. Non est etiam verum, quod in hoc tractatu de procuratoribus Bonifacii enimus arbitratur consentiens cum iisdem Doctoribus, à quibus institutus erat, non à Jurisconsultis nostris, in *c. 4. de procur. in 6.* procuratorem, qui habet liberam bonorum, vel litium administretionem, jusjurandum deferre edversario domini, cum eo transigere, & pacisci posse: procuretorem autem, qui generele mandetum, idem non posse, nisi id ei specieliter mandatum sit, ut trensigere, ut pacisceretur, ut jusjurandum deferret, quod & transactionis speciem habet, & pactionis: nam & hunc procuratorem, qui generele mandatum hebet, ea omnie posse sine speciali mendatu. Sufficere generale mandetum mox ostendam, elia proposita differentia inter procuratorem negotiorum, & procuretorem litium: vel eo maxime, quod nostris euctoribus nihil refert dicere, procuratori generaliter liberam rerum edministrationem esse commissem, ut in *l. 58. hoc tit.* aut procuratorem habere generale mandatum, ut in *l. 60. de procuratoribus*: eut procuretorem esse totorum bonorum, vel universorum bonorum, universarum rerum, ut in *l. 63. eod. tit.* Hæc omnia idem possunt, nec plus habet is, cui date est libera administratio bonorum omnium, quam is, cui datum est generale mendatum, quive factus est procurator omnium bonorum, quæ pertinent ad mandatorem. Dicimus ergo, procuratoram litium, vel litis, sive actionis, non posse pacisci sive transigere, vel jusjurandum deferre, nisi ei specialiter mandatum sit: quia nec ei solvi potest, *l. 13. de pact. l.hoc jure, de solutioe. & liberat. l.17. §. ult.* de jurejur. Nec vero procuratorem litis quicquam aliud posse sine speciali mandato, nisi litem agere, litem exequi usque ed sententiam: procuratorem autem universorum bonorum, cui res administandæ sunt commissæ; vel, quod idem est, procuratorem, cui generaliter libere administratio concessa est, *qui quasi pene dominus est*, ut eit Marcus Tullius pro Cæcinna, pacisci posse, quetenus negotiorum domini exigit retio: & pactum domino, vel prodest, vel obest, *l. 10. §. ult. l. 12. de pact.* Eidem procuratori debitorem domini recte solvere, & solvendo liberari, *l. 11. de pact. l. qui hominem, §. si Titio, de solut.* Eundem quoque procuratorem per stipulationem ed utilitatem domini veterem obligationem novare posse, *l. 20. in fi. de novation*: exemplo tutoris, qui ad utilitatem pupilli novere obligationes potest, *l. 22. de administ. tut.* Eundem etiem procuratorem (quæ est alie novetionis species) rem in judicium deducere posse, *l. 12. de pact. l. licet, de judic.* id est, in judicio petere, & exigere posse, etiamsi specialiter ei non sit actio mandata, quæ domino debetur: & similiter jusjurendum deferre posse sine speciali mandato, quasi sufficiente generali, *d. l. 17. §. ult. de jurejur.* Transigere eum quoque posse de lite dubia, & incerta, modo exemplo tutoris id non faciat, deminuendi causa, ut ait *l. 46. §. ult. de administ. tut.* Unde & in *l. 60. de procurat.* dum ait, *mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam, &c.* pro *decidendi*, jam pridem ostendi esse legendum, ut in *l. 46. §. ult. deminuendi*. Decidere, & transigere, idem est. Inepta igitur hæc locutio est, *transigere decidendi causa*, ec si diceret, *transigere transigendi causa*. Denique procurator universorum bonorum potest transigere dubiæ, perplexæ, & incertæ litis decidendæ causa, non etiam deminuendi, non donandi causa: Neque enim, etsi ei permissa sit libera administratio, datumve generale mandatum, usquequeque ei permissa est libere edministratio; non si deminue-

Digitized by Google

nuere, dissipare, donare bona mandatoris velit. Superiora denique omnia, quæ commemoravi, procurator, qui generale mandatum habet, agere & exequi potest ad utilitatem tantum domini, vel cum id negotiorum domini utilitas, vel necessitas efflagitat: & eodem modo, ad utilitatem domini, aliud pro alio, sine simplici mandato, permutare potest, *l.58. de procurat. Procurator*, inquit, *cui generaliter rerum administratio commissa est, potest exigere pecuniam a debitoribus domini, novare, aliud pro alio permutare*: quod est plane alienare rem domini, ut vice ejus aliam accipiat. *Novare* in hac l. 58. non habent Florentini, sed est rectum tamen, & in Basilicis, *ἐπανατίθεσθαι*. Recte igitur vulgo additur, *novare*. Verum an etiam procurator universorum bonorum alienare, id est, vendere potest? an pignori obligare res domini? Sic videtur æque, si hoc negotiorum domini exigat ratio, idque ostendit *l. qua ratione, §. nihil autem interest, de acquir. rer. dom. & l. 12. de pignerat. act.* certe fructus & alias res domini, quæ scilicet corrumpi possunt facile, quæ servando servari non possunt; puta tempore perituræ, subjectæ casibus fortuitis, calamitatibus consuetis, quarum retentio magis onerat negotia domini: eas, inquam, res, ille procurator sine speciali mandato vendere potest, ut Modestinus de his rebus tractans, proculdubio in hoc libro sexto scripsit in *l. 63. de procurat.* Hoc addito, non posse tamen procuratorem, qui habet liberam administrationem: sive, quod idem est, generale mandatum, non posse vendere res mobiles, aut immobiles, vel servos: servi non sunt res immobiles, sed moventes, non posse, inquam, eum vendere res immobiles, vel servos sine speciali mandato: adde, nec pignori obligare sine speciali mandato, ut & in mandato generali, quod proponitur in *l. creditor, §. ult. mand.* Qui locus est valde notandus. Id specialiter exprimitur, dato generali mandato: *εἴτε πωλεῖν θέλεις, εἴτε ὑποτίθεσθαι εἴτε ἀγοράζειν*, id est, *sive vendere velis, sive pignori obligare, sive emere*. Mandatum ibi generaliter scriptum est Græce: sed mandato generali adjicitur speciale, ut vendere possit, & pignerare, quasi necessarium, non igitur posse illum res mobiles, vel immobiles, vel servos temere vendere, vel obligare: ex causa, posse. Quidni? si negotiorum exigat utilitas, vel necessitas: forte si res steriles sint, ut *Litem veniunt, §. redactæ, de petit. hered.* si supervacui & inutiles servi sint, *l. ult. C. quando decr. opus non est*: si pecuniam confici necesse sit: ne agri inculti sint: ne ædificia ruant: ne pretiosa pignora distrahantur: ne pœnæ, vel usuræ debitarum sortium excrescant, *l. 7. §. ult. de jure delib.* Et ita hæc lex explicanda est. Verum hic necesse est addi alias differentias inter hæc duo genera procuratorum. Servus procuratorem habere potest in administratione negotiorum, & rerum peculiarium, non in actionibus, quas & nullas habet, suo vel alieno nomine, *l. servum, §. 1. hoc tit. l. 44. §. ult. de judic.* Mutus & surdus ad administrandum procurator dari potest, non ad agendum, *l. mutus, in princ. hoc tit.* Procurator factus ad agendum ante litem contestatam, alium in eadem re, sive lite, procuratorem facere non potest: procurator factus ad administrationem statim in eodem negotio alium procuratorem facere potest, *l. si procuratorem, §. si quis mandaverit, D. mand.*

Ad L. XLVII. de Petitione hereditatis. *Prædonis loco intelligendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, ut non capienti restitueret hereditatem.*

EXponamus prius sententiam hujus legis, quam differentiam, ad quam respicere videtur. Sciendum est petitionem hereditatis dari non adversus quemlibet possessorem, sed adversus eum duntaxat, qui hereditatem, vel rem aliquam hereditariam possidet pro herede, vel pro possessore, *l. 9. hoc tit.* id est, qui actori controversiam facit hereditatis, quod utique facit qui possidet pro herede, quia contendit se heredem esse. Sed etsi qui possidet pro possessore, qui impudenter asserit se hereditatem, aut quasdam res hereditarias possidere, nec ullam affert causam, titulumve justum possessionis suæ; & opponit sese adversario tum petenti hereditatem, & cum eo judicio eodem contendere paratus est: hic etiam quasi pro herede possessori hereditatis controversiam facere, & quodammodo se heredem dicere videtur, quamvis id non dicat nominatim: qui scilicet opponit dicendo se heredem esse, & vicissim ipse se heredem esse dicere videtur: facit igitur controversiam hereditatis qui petitorem hereditatis negat esse heredem, non etiam & hoc simul dicit se heredem esse, non tenetur petitione hereditatis, *l. 43. hoc tit.* quia controversiam non facit. Eademque ratione qui possidet pro herede, vel pro donato, vel pro legato, vel pro dote, non tenetur petitione hereditatis, quia non dicit se heredem esse, sed se dominum esse ejus rei, quam possidet ex causa emptionis, vel donationis, vel legati, vel dotis. Denique is tantum tenetur vero heredi petitione hereditatis, qui dicit se heredem esse, quod utique dicit qui pro herede possidet, vel dicere videtur. Quicumque possidet, nec ulla allata causa possessionis suæ cum eo, qui petit hereditatem judicium accipere non detrectat, id est, qui pro possessore possidet, qui uno verbo dicitur prædo, *l. 11. in fin. hoc tit. pro possessore*, inquit, *possidet prædo*: prædonis enim nomen passim in hoc tit. & innumeris aliis locis juris nostri, non tantum raptor & invasor rerum alienarum significatur, sed quicumque malæ fidei possessor, quia etiamsi nullam vim adhibuerit in apprehendenda possessione, *l. non solum 13. de noxal. act. §. & si heredit. Inst. de offic. jud.* impudens possessor est: hujusmodi quidam est prædo, sub quo heres institutus testatori roganti in fraudem legum tacita fide promisit (cum alias non posset, aut non auderet expressim) se hereditatem restituturum ei, qui ex legibus ex testamento capere non potest, *l. eum, qui, de his, quæ ut indig.* quæ ait hunc esse malæ fidei possessorem, ergo & prædonem esse: & hoc est quod ait Modestinus in hac *l. 46. Prædonis loco intelligendus, &c. non capienti*, id est, *incapaci*: unde sequitur etiam, heredem, qui testamento scriptus est, quique tacitam fidem accommodavit de bonis restituendis incapaci, dum, inquam, ita possidet hereditatem pro possessore, quia est malæ fidei possessor, fisco teneri petitione hereditatis, ad quam pertinent omnia fideicommissa, & eripientur heredi scripto quasi indigno, qui in fraudem ll. tacitam fidem accommodavit; teneri autem fisco, ut hereditatem fisco restituat cum fructibus omnibus, etiam iis, quos ex hereditate percepit ante motam litem, vel percipere potuit, *d. l. eum, qui*: quia prædonis loco intelligendus est. Senatusconsultum igitur Adrianum de petitione hereditatis, quod de bonis caducis loquitur, *l. item veniunt 20. §. præter, hoc tit. & l. 46.* apparet locum habere etiam in bonis ereptitiis (sic vocantur scilicet quæ fiscus aufert indignis) sicut etiam locum habet in omnibus aliis bonis, quæ quacumque alia ratione recidunt in fiscum, veluti publicatione, vel alio modo, *d. l. item veniunt, §. ait Senatus*. Et hæc quidem de petitione, sive vindicatione hereditatis. Idem est petitio & vindicatio. Modestinus hoc lib. tractavit ex adverso vindicationes rerum singularum: vindicatio hereditatis datur tantum adversus eum, qui pro possessore, vel pro herede possidet: vindicatio rerum singularum datur adversus quemcumque possessorem, *l. officium 9. de rei vindicat.* non tantum si pro herede, aut pro possessore possideat, sed etiam si pro emptore, vel pro donato, vel quolibet alio titulo, quia lis dominii est, *l. 18. de usur.* actio de dominio, *l. 14. de servo corr.* & nihil refert qua ex causa dicat se esse dominum possessor, qui mihi rem vindicanti controversiam facit dominii ex causa emptionis, vel donationis, an ex causa hereditatis legitimæ, vel testamentariæ, modo se dominum dicat, sive adjiciat causam quamlibet, sive non adjiciat, ut pro possessore possessor in hoc judicio in rem speciali justus adversarius est, justus contradictor, *la partie est bien faite*. Sunt inter hæc duo judicia & aliæ differentiæ: petitio hereditatis est bonæ fidei: & ideo non desiderat ut opponat exceptionem doli mali, quibus casibus ea locum habet. Item qui eam

exce-

exceptionem habet; quia judicio tacite inest, cum sit judicium bonæ fidei, *l. plane*, *l. ult. hoc tit. l. ult. in fine*, *C. eod.* actio in rem non est bonæ fidei, sed arbitraria, *l. qui restituere*, *de rei vindic.* petitio hereditatis est mixta tam in rem, quam in personam, *l. sed etsi*, *§. pen. hoc tit.* non etiam actio in Rem. Rursus in petitione hereditatis veniunt res defuncto commodatæ, vel depositæ, *l. & non tantum, hoc tit.* non etiam in actionem in rem, quia dominii lis est. Servitutes prædiorum non veniunt in petitionem hereditatis, *d.l. & non tantum, & l.ult.* ubi redditur ratio, & constat tantum eas venire in actionem in rem, confessoriam & negatoriam. Petitione hereditatis tenetur qui ex venditione rei hereditariæ pretium redegit ex Senatusconsulto Adriano, *l.item veniunt, §.& ait Senatus, hoc tit.* sed non tenetur etiam actione in rem, quia ejus pretii, qui agit in rem dominus non est, sed tenetur actione negotiorum gestorum, *l.ult. de negot. gest. l. 3. C. de rei vindic.* Et postremo in petitionem hereditatis veniunt partus & fructus ipsius judicii natura & potestate, quia his verbis judicium petitionis hereditatis intenditur, si paret hereditatem meam esse, & hereditatis nomen recipit augmentum & decretionem, augmentum fructuum vel partium, ideoque ipsius judicii natura & potestate, in petitionem hereditatis veniunt partus fructusque, si ante litem contestatam percepti sunt, quia auferunt hereditatem, quæ postea petitur: veniunt autem officio judicis, si percepti sunt post litem contestatam. Hoc ita se habet in petitione hereditatis: in actione autem in rem fructus & partus veniunt tantum officio judicis, hi scilicet qui percepti sunt post litem contestatam: nam ante litem contestatam percepti, separatim vindicandi sunt, *l.2. C. de petit. hered.* nec enim qui petit rem hac formula, *rem meam esse ajo*, petit etiam fructus ante perceptos, quia rei appellatione fructus non continentur, quod nomen est juris, nomen universitatis. At initio hujus lib.6. jam exposui duas differentias: una, quæ est inter procuratorem datum ad administrandum, & procuratorem datum ad agendum. Alteram, quæ est inter petitionem hereditatis, & actionem in rem specialem: singulæ differentiæ constant ex pluribus, & his quidem, quas docuimus esse inter petitionem hereditatis, & actionem in rem specialem, aliam sane licet addere: petitionem hereditatis non perimit præscriptione longi temporis, id est, decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes, sed perimit tricennio, id est, spatio 30. annorum: actionem autem in rem specialem perimi præscriptione longi temporis, *l. hereditatis*, *C. de petit. hered.* Et ratio hæc est: quia actio in rem specialis est mera in rem, est in rem duntaxat, non in personam: petitio autem hereditatis mixta est actio, in rem, & in personam. Petitioni hereditatis duæ insunt actiones, una realis, altera personalis: & hæc per se, & illa vicissim per se, æque principalis est actio: personalis autem actio non perimitur, nisi tricennio, realis, decennio inter præsentes, aut vicennio inter absentes: hæc autem, quæ mixta est actio, qua personalis est, perimitur tricennio, non citeriori tempore, non breviori tempore: qua vero realis est, perimitur vel decennio, vel vicennio. Mixta actio, vel tota æstimanda est ex parte, qua realis est, vel ex parte, qua personalis est. Cum quæritur, quandiu duret mixta actio, qua ex parte, æstimabitur tota, & quidem si petitio hereditatis, vel quælibet alia actio mixta, tota æstimatur ex parte, qua realis est, injuria fiet actori, coarctata ei personali actione ad annos decem vel viginti. Itaque melius est totam actionem mixtam æstimari ex parte, qua personalis est, etiam producta actione reali in tricennium. Melius est jura & actiones, quæ cuique competunt produci, quam coarctari. Itaque merito constitutum est actionem mixtam, veluti petitionem hereditatis, perinde ac si mere personalis esset, non perimi, nisi spatio xxx. annorum. Et hæc est differentiæ ratio. Hoc solum adjicio ad tertiam differentiam, quam eodem libro Modestinus exposuisse videtur, quæ est *l.11. de servit.* & l. 3. *pro dere.* & l. 3. *de divers. & temporal. præscript.* quæ conjungendæ, & simul explicandæ sunt.

Ad L. XI. de Servitutibus. *Pro parte dominii servitutem acquiri non posse, vulgo traditur, & ideo si quis fundum habens, viam stipuletur, & partem fundi sui postea alienet: corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. Pro parte neque legari, neque adimi via potest: & si id factum est, neque legatum, neque ademptio valent.*

Ad L. III. pro Derelicto. *An pars pro derelicto haberi possit, quæri soles: & quidem si in re communi, socius partem suam reliquerit, ejus esse desinit. Ut hoc fit in parte, quod in toto. Atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.*

Ad L. III. de Diversis & temp. præscript. *Longe possessionis præscriptionem, tam in prædiis, quam in mancipiis locum habere manifestum est.*

Hoc solum addi volo ad 3. different. quam hoc libro proposuisse Modestinus videtur, pertinere has ll. quæ simul conjungendæ sunt & explicandæ. Plerumque, quod juris est in toto, sive universo, idem juris est in parte: *Portio*, ut Tertullianus ait, *universitati adæquatur*, Lex dilata in universum ordinem coangustari potest: & Cicer. 3. *De legibus*, & in Bruto: *Quod probatum est in universo, idem in parte probari necesse est.* Verum demonstremus exemplo ex jure nostro petito. Quæ de tota re vindicanda a domino, cum ab alio possidetur, dicuntur & de ea re restituenda judicio in rem cum fructibus perceptis post litem motam, & omni causa, eadem & de parte etiam, quæ vindicatur, intelligenda sunt, l. *quæ de tota*, *de rei vindicat*, quod in toto legato legatario præstando juris est, non interveniente leg. Falcidia, ut scilicet non ideo minus totum id integrum legatum legatario præstetur, quod post mortem testatoris bona deminuta sint, idem omnino obtinet interveniente Falcidia in parte legati, quæ detracta Falcidia, apud legatarium remanere debet, id est, in dodrante, ut scilicet dodrans integer legatario præstetur, habita ratione bonorum, quæ fuerunt tempore mortis, non etiam habita ratione damni, quod hereditati contigit post mortem testatoris. Et hæc est sententia *leg. in ratione 2. §. rursus*, *ad leg. Falcidiam*. Item, quod dicitur de eo, qui ex asse heres institutus est, & rogatus restituere hereditatem, idem obtinet & in eo, qui ex parte heres institutus. Eadem est ratio partis, & totius, *§. nihil autem, & §. si quis una, vers. quæ autem diximus, &c. Institut. de fideicomm. heredit.* Quod dicitur de incapaci in totum, qui nihil capere potest ex testamento, videlicet, ut si servus ejus heres sit institutus, & antequam adiret hereditatem, jussu domini alienatus, vel manumissus sit, sine fraude ad hereditatem admittatur, post quam exivit dominio incapacis: idem omnino obtinet in eo, quem ex parte tantum leges incapacem fecerunt, quod proponitur in *l. si servus ejus*, *de adquir. hered.* Adjecit Modestinus, cum studiose hoc libro colligeret has causas, & cæteras omnes, in quibus, quod probatur in toto, probatur etiam in parte, adjecit, inquam, quod est in *l. 3. de divers. & tempor. præscrip.* Præscriptionem longi temporis, quæ habet locum in prædiis rusticis, habere etiam locum in mancipiis prædiis cohærentibus, quia mancipia pars sunt prædiorum, *l. hac edictali*, *§. his illud*, *C. de sec. nupt. l. jubemus 2. C. de sacrosanct. Eccles. & Novell. 7.* ubi Julianus ait, *mancipia esse membra rerum immobilium*, id est, prædiorum: unde sequitur, ea mancipia usucapione non adquiri, sed præscriptione longi temporis. Denique, ea mancipia, quæ prædiis cohærent, pro rebus immobilibus haberi, non pro mobilibus: imo nec donari, vendi, legarive sine prædiis posse, *l. si quis inquilino*, de leg. 1. *l. 2. l. 7. de agricol. & cens. lib. 11.* Addit etiam Modestinus quod extat in *l. 3. pro derel.* totius rei dominum desinere esse dominum nudo animo, nuda voluntate, hoc uno casu, si rem pro derelicto habeat. Et similiter partis rei dominum, qui scilicet rem communem cum alio habet pro indiviso, partis dominum esse desinere, si eam pro derelicto habeat: atque ita prorsus idem esse in parte, quod in toto. Verum statim subjecit in *d. l. 3.* (quasi versa pagina) hoc non esse perpetuum, non semper idem juris esse in parte, quod in toto. Nam & si totius rei dominus, totam rem

dere-

Digitized by Google

derelinquere possit, abjecto dominio rei, & exposito occupanti, non potest tamen partem derelinquere, & partem retinere, partim pro indiviso, scilicet quæ incerta est, & intellectu, non sensibus percipitur. Itaque natura non fert, ut possit derelinqui pars pro indiviso, quæ non est, sed intelligitur, partem certam derelinqui posse, nemo ambigit, quia pars certa veluti totum quoddam est. Et pari differentia, totius prædii dominum universo fundo servitutem veluti iter, aut viam adquirere posse; non etiam parti prædii pro indiviso, sicut nec unus ex dominis prædii communis pro parte dominii servitutem adquirere potest, quia servitus res individua est: quod & ex hoc libro relatum est in *l. 11. de servit.* Et quemadmodum ibi ostenditur, hoc adeo verum est, ut si totius fundi dominus viam sibi dari stipuletur, & postea, antequam ei via cederetur, fundum communicaverit alteri, veluti alienata parte fundi pro indiviso, hoc facto extinguat stipulationem, in eum casum eam deducendo, à quo incipere non potest: quia ex stipulatione cedi, & adquiri servitus pro parte dominii, quam retinuit non potest, *l. si sub una, de verb. obligat. Si qui*, inquit, *viam ad fundum suum dare stipulatus fuerit, postea fundum, partemve ejus ante servitutem constitutam alienarit, evanescit stipulatio*. Si fundum totum alienaverit, cur evanescit? quia, fundum non habenti servitus adquiri non potest, quæ fundi est, non hominis, quæ jus prædii est, non hominis: si parte servitus adquiri non potest, &, inquit, *si fundum, partemve alienaverit ante constitutam servitutem.* Cur hoc? quia post constitutam, & impositam servitutem, si fundum alienavit, servitus sequitur fundum, si partem alienavit, servitus retinetur per partem, licet per partes ab initio adquiri, & constitui non potuerit. Facilius retinemus, quæ adquisivimus, quam adquirimus, *l. ut pomum, de servit. l. pen. §. ult. de verbor. obligat.* Subjungit Modestinus in *d. l. 11.* eadem ratione, *pro parte servitutem inutiliter legari, & convenienter legatam servitutem in solidum, æque pro parte adimi inutiliter*: quia si ademptio valeret facta pro parte, pro eo esset, ac si pro parte servitus legata esset, quod jure non consistit, *l. 2. 3. & ult. de servit. leg.* ubi exposuimus, & etiam in *l. 2. §. ex iis, de verbor. obligat.* Sic igitur duobus exemplis propositis, uno in *l. 3. pro derel.* alter in *d. l. 11. de servit.* Modestinus docuit, non semper esse idem juris in parte, quod in toto: quibus exemplis forte, & hæc addiderat, eum qui partem tantum ususfructus habuit, & totum usumfructum petiit, nec obtinuit: si rursus totum usumfructum petat, repelli exceptione rei judicatæ, non etiam si partem ususfructus accrescentem, repudiante collega petat, quia ususfructus personæ accrescit, non portioni, *l. & an eadem, §. 1. de except. rei judic. l. interdum, de usufr. accresc.* Item rescisso in totum testamento paterno, rescindi etiam in totum testamentum pupillare, id est, substitutionem pupillarem, non etiam rescisso paterno testamento pro parte tantum: veluti fratre exheredato agente ex inofficioso testamento contra fratrem heredem institutum, qui querela agit pro parte tantum, atque ideo pro parte tantum rescindit testamentum: & satis est pro altera parte tantum testamentum paternum rescindi, ut subsistat in integro substitutio pupillaris, *l. Papinianus §. sed neque impub. de inoffic. testam. l. in substitutione, de pup. substit.* Item, evicto toto fundo, qui nunc est, puta, deminutus vi fluminis, pro toto fundo, qui fuit olim, emptori venditorem teneri evictionis nomine, hoc est certissimum. Evicta autem parte fundi, qui nunc est, verbi gratia, parte quarta, pro ea parte quarta, quæ nunc est, præstari evictionem, non pro parte ea, quæ fuit olim. Quæ differentia summa ratione nititur, ut intelligitur ex *l. ex mille, de evictio.* Explicare autem rationem illam, sine longa digressione, & mora non licet: itaque pergamus ad aliud.

Ad L. CVIC. de Reg. jur. *Qui per successionem quamvis longissimam defuncto heredes constiterunt, non minus heredes intelliguntur, quam qui principaliter heredes existunt.*

Ad L. VII. de His quib. ut indign. *Qui Titii testamentum falsum dixit, nec obtinuit: heredi ejus heres existere prohibendus non est: quia non principaliter in Titii hereditatem succedit.*

IDem Modestinus docuit ex hoc libro in *l. 194. de regul. jur.* Eum qui per successionem, quamvis longissimam, (per seriem longissimam) defuncto heres exstitit (alieno nomine, non suo, veluti heredem heredis: & accipe heredem heredis in infinitum) eum non minus defuncti heredem intelligi, quam eum, qui directo, & principaliter suo nomine defuncto heres exstitit: puta heredem primum, proximum, quæ regula juris ita vulgo effertur, *heredem heredis esse heredem testatoris*, sed heredem per successionem, non suo nomine: non directo, sed beneficio alieno, non ex judicio defuncti, sed alieno, *l. ult. C. de hered. instit. l. antiquitas, C. de usufr. l. 22. C. de leg. l. Sempronius 1. de usufr. leg. l. codicillis, de annuis legat. l. 65. de verbor. signific. l. quamvis, §. 1. ad Trebell.* Et hoc proposito Modestinus subjecit statim, *In multis tamen causis plurimum referre, utrum quis alicujus sit heres primus suo nomine, & ex judicio ejus, an heres heredis*, idque ostenditur in *l. 7. de his quib. ut indign. aufer.* quæ est ex eodem lib. Modestini: *Qui Titii testamentum falsum, &c.* Titius scripsit Cajum heredem ex parte, & adjecit ei coheredes: Cajus erat illi proximus agnatus, hic Cajus spe obtinendæ totius hereditatis ab intestato jure agnationis tamquam proximus agnatus, ut excluderet coheredes, falsum testamentum dixit, nec obtinuit: non poterit testatori heres existere ex parte, quæ ei adscripta est, sed eam partem ei fiscus auferet, quasi indigno: non potest igitur, qui falsum testamentum dixit, nec obtinuit testatoris heres esse: heredis tamen alterius testatoris heres esse potest, quia principaliter in Titii hereditatem non succedit, sed per successionem: quæ est sententia *d. l. 7.* satis aperta.

Ad L. V. de Conjung. cum emanc. *Si nepos exheredatus heres exstiterit ei, quem avus heredem fecerat, deinde pater ejus emancipatus testamento præteritus accipiat contra tabulas patris bonorum possessionem: jungi patri suo nepos non poterit, sed ut extraneus excludetur: quia non suo nomine avo heres exstiterit.*

IDem ostenditur in *l. 5. de conjung. cum emancipat. liber.* Sententia hæc est: Filio emancipato præterito petenti bonorum possessionem contra tabulas, conjungi nepotem ex eo, quem avus retinuit in potestate, videlicet si nepos avo suo nomine, id est directe, & principaliter heres extiterit, non etiam si ab avo exheredatus, heres exstiterit heredi avi: quia non suo nomine, sed per successionem avo heres extiterit, & non ut nepos successit in hereditatem avi, sed ut extraneus quilibet institutus ab herede avi: & edictum illud de conjungend. cum emancipato liberis, quod dicitur edictum Juliani nominatim eos tantum admittit cum filio emancipato silentio præterito, qui petit bonorum possessionem contra tabulas, ad quos defuncti hereditas suo nomine pertinet: quique nominatim heredes scripti sunt, *l. 1. in princ. eod. tit.* Non est dubium etiam adjunxisse Modestinum eos tres casus, qui notantur in *l. sciendum, de verbor. signific.* quibus etiam quod probatur in herede primo, non probatur etiam in herede heredis ex hac substitutione pupillari: *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto*, vocari heredem primum, non heredem heredis, qui & incertus testatori fuerit incognitusque, ac proinde qui non venit ex judicio defuncti. In lege Ælia Sentia, quæ filio heredi permittit libertum paternum ingratum accusare, non contineri heredem filii, heredem heredis, & id licere filio heredi, non heredi heredis, & similiter, qui tertius est casus, operarum exactiones adversus libertum paternum habere filium heredem, non heredem filii: ac præterea, nobis licet addere etiam hunc casum ex *l. ult. de legat. 3.* à substituto impuberis instituti, qui patri directo heres exstitit ex substitutione pupillari, legata relicta deberi: à substituto impuberis exheredati, qui heredi primo heres exstitit, legata relicta non deberi, est manifestissima differentia. Et illum quoque casum licet addere, quem habuimus libro superiori, *l. 51. de condition. & demonstrat.* legatarium heredi decem dare jussum dando heredi primo, conditionem implere, & consequi lega-

legatum: dando heredi heredis, non implere conditionem, nec consequi legatum: quia certa persona est demonstrata, cui soli daretur, id est, in cujus persona conditio impleretur.

Ad L.X. de Suis, & legitimis heredibus. *Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat, vel non manumissori bonorum possessio competat: mater defuncti submovetur.*

HÆc lex pertinat ad jus antiquum, quo magna constituta erat differentia inter patrem, qui in emancipatione filiifamilias manumissor extitisset; & patrem, qui in emancipatione filiifamilias manumissor non extitisset, nec magnopere attinebat hanc leg. immiscere huic corpori Digestorum condito auctoritate, & nomine Justiniani, cum jam esset ab ipso Justiniano distinctio illa antiqua sublata, ad quam hæc l. 10. respicit, *l. 4. C. de jure patron. & de bonis libertor.* constitutione Græca, (cujus fit etiam mentio in eam rem in *§. ult. de leg. agnat. success.* quod & posteriores animadvertentes, qui condiderunt Basilica auctoritate Leonis Philosophi, corpori Basilicōn, hanc l. inserere noluerunt. Ex hinc interea apparet, multa ex jure antiquo Modestin. in suos libros Differentiarum contulisse: nec non conjectura ducitur certa, magnam partem eorum, quæ desiderantur ex iis libris, juris antiqui fuisse, & obsoleti præcepta & distinctiones. Verum qua in re hæc differentia plurimum versatur inter patrem manumissorem, & patrem non manumissorem, videamus. Pater, qui filiumfamilias potestate sua liberare in animum inducebat, ex XII. tabulis eum emancipabat, id est, vendebat extraneo. Nihil refert dicas, *emancipare*, aut *mancipare*, *emancipationem*, aut *mancipationem*, ut recte scriptum in Florent. *l. actus, de reg. jur.* Emancipare, tantundem est atque mancipare: Mancipatio, sive emancipatio, est imaginaria venditio: emancipare, sive mancipare, est imaginariam venditionem facere. Igitur pater, qui volebat suum filium suis sacris, sua potestate absolvere, eum emancipabat, id est, vendebat extraneo nummo uno, *nummo Cajano*, ut Statius loquitur, qua in coemptione Cajus dicebat: *ubi tu mihi Caja, & ego tibi Cajus*, & inde appellatio *nummi Cajani*. Vendebat filium extraneo nummo uno, nummo Cajano: non venditio igitur, nisi fictitia: quia nummus non potest esse verum pretium. Venditio igitur erat imaginaria, per quam filius etiam redigebatur in imaginariam servitutis formam: id est, imaginarius servus fiebat emptoris, ut ait *l. liberos, de cap. min.* Eaque venditio fiebat hac lege, ut emptor imaginarius filium sibi venditum vindicta manumitteret: quo facto, manumissus non protinus fiebat sui juris, sed revertebatur ipso jure in potestatem patris naturalis. *Ipso jure*, *ἐῤῥήτω λόγω συντόμω λόγω*, *tacito jure*, ut Theophilus ait in *§. præterea, quibus mod. jus patr. potest. solv.* Deinde idem filius, qui redierat in potestatem patris naturalis ex prima manumissione, iterum à patre naturali eidem extraneo emancipabatur, eadem lege & conditione, ut vindicta manumitteretur; & iterum manumissus, mox ipso jure etiam iterum revertebatur in potestatem patris naturalis. Sequebatur deinde tertia emancipatio (nam venibat ter) vel ea lege interposita, ut emptor filium manumitteret. Qua re ita gesta, mortuo filio intestato, pater naturalis, qui eum non manumiserat, sed emptor imaginarius filio non erat heres legitimus, sed erat honorarius successor, veniebatque ad filii successionem per bonorum possessionem *unde decem personæ*, sic nuncupabatur, & hac via præferebatur extraneo manumissori, *§. sunt autem, Institut. de bonor. possess.* Vel tertia illa emancipatio ea lege fiduciave contracta, ea fide interposita fiebat, ut emptor imaginarius, qui & tum *pater fiduciarius* dicebatur, filium non manumitteret ipse, sed patri naturali remanciparet, revenderet, & tum remancipatum sibi pater naturalis manumittebat tanquam servum suum ære comparatum, & re quidem ita gesta pater naturalis tanquam patronus, id est, manumissor, filio intestato præmortuo, heres erat legitimus, poteratque adire hereditatem filii, vel petere bonorum possessionem unde legitimi, *l. 2. C. ad Senatusc. Tertull.* Et potest etiam hodie omnino sine distinctione, ex constitutione Græca Justiniani: quia semper pater naturalis pro manumissora habetur, pro patrono. Proinde hæc erat differentia inter patrem, qui in emancipatione filii manumissor non exstiterat, & patrem, qui manumissor exstiterat, contracta in tertia mancipatione fiducia sibi remancipandi filii, ut à se manumitteretur, quod hic filio intestato heres erat jure legitimo: ille jure prætorio tantum. Et hæc filio intestato. Testato autem filio emancipato, & in testamento ejus exheredato, aut præterito patre, etiam differentia erat inter patrem manumissorem, & patrem non manumissorem. Nam si pater in emancipatione manomissor non exstiterat, ex causa præteritionis, vel exheredationis injuriosæ, habebat tantum querelam inofficiosi testamenti, ut pater: si manumissor exstiterat ex contractu fiduciæ, præter querelam inofficiosi testamenti, quam habebat in assem, ut pater: habebat etiam, ut patronus præteritus bonorum possessionem contra tabulas, in portionem legitimam, quæ debetur verecundiæ patroni. Et hujus distinctionis antiquæ resident adhuc exuviæ in *l. si à milite, §. ult. de milit. testam. l. 1. in fi. Si à par. quis manum. l. pater filium, l. filio, §. 1. de inoffic. testam.* Denique pater præteritus, qui manumissor exstiterat filio testato, duplex jus habebat: jus patroni, & jus patris: pater, qui manumissor non exstiterat, jus patroni dumtaxat: filio autem intestato, hic vocabatur ad successionem filii jure honorario, excluso extraneo manumissore, ille autem jure civili: quæ summæ differentiæ erant inter patrem manumissorem, & patrem non manumissorem. Hoc tamen commune erat in utroque patre, quod quoquo jure veniret ad successionem filii intestati, honorario aut civili, matri præferebatur in successione filii communis. Quod & hodie obtinet, *§. præferuntur, Instit. ad Senatusc. Tertull.* Et hoc est, quod ait Modestin. in hac l. 10. *Si ad patrem manumissorem*, inquit, *filii intestati legitima hereditas pervenerit, vel non manumissori bonorum possessio competat*: bonorum possessio, quæ sic vocatur, *unde decem personæ*, scilicet per quam præferebatur extraneo manumissori pater defuncti, quod confirmatur etiam *l. 2. §. objicitur, ad Senatusc. Tertull. l. 2. C. eod.* In hanc leg. 10. prima Glossa placet omnino: in secunda, hæc solum verba placent, & probari debent, *veluti contracta fiducia*: cætera sunt delenda. Porro illæ tres emancipationes, & manumissiones, quæ & hodie (quod mirum est) frequentantur in Moscovia, ut scribit optimus, & doctissimus vir Sigismundus Liber Baro, qui librum optimum scripsit de rebus Moscoviticis; & inter cætera refert, eos, qui volunt filium sui juris facere, ter alienare per imaginariam venditionem, & alienationem, ex 12. tabul. Nam ut ab initio dixi, hoc fiebat ex 12. tabul. nempe ex hac l. quæ exstat in libr. Reg. Ulpiani: *Si pater ter filium venumduit, filius à patre liber esto*. Et fiebant singulæ emancipationes, vel iisdem, vel aliis adhibitis testibus, vel eodem die, vel intermisso tempore, ut Paulus scribit 2. Sententiarum tit. 25. Et hæc de jure antiquo, cujus tamen cognitio est necessaria ad hanc l. 10.

Ad L.XVII. de Accusationibus. *Si servum dominus in crimine capitali defendat, sistendum satisdato promittere jubetur.*

HÆc lex ait dominum, qui servum capitali judicio defenderit, forte absentem, juberi, inquit, lege scilicet Julia publicorum judiciorum satisdato .i. datis fidejussoribus, promittere de servo quando usus erit sistendo in judicio, quod etiam ostendit *l. 2. C. de accusat. Sistendum*, inquit, *satisdato promittere dicitur*, quod congruit omnino cum regula juris, quæ dictat, *Neminem esse idoneum defensorem sine satisdatione*: sine satisdatione judicatum solvi scilicet, ut vulgo ea regula accipitur. Sed adde ex hoc loco: *vel judicio sisti*. Potest autem dominus servos suos judicio capitali postulatos, veluti l. Cornelia de sicariis, vel per se, vel per procuratorem suum defendere, præstita satisdatione scilicet, *l. servus de publ. judic.* Et pro servis quoque damnatis consequenter potest appellare, *l.*

ser;

Digitized by Google

servus, *& l. Lucius*, *de appellat.* modo non sint famosi, A manifesti, insignes quidam latrones, vel seditionum concitatores, vel duces factionum, ut fuit Spartacus servus. Pro his enim si damnati sunt, interpositæ appellationes non sunt recipiendæ, non sunt audiendæ, nec si a dominis interponantur, quorum interest peculiariter ne amittant servos: Sed in eos statim exequenda est sententia. Quod omne quidem arbitror conjuncta scriptura Modestini, hoc libro tradidisse, & ita *l.17. de accusat.* applicandam esse *l.16. de appellat.* quæ est ex hoc libro. Nam hoc ordine Modestinus scripserat, servum judicio capitali reum postulatum, dominum defendere posse præstita satisdatione judicio sisti, & pro damnato appellare posse, modo non esset insignis latro, aut seditionum concitator, aut dux factionum. Id quo magis verum esse credam, nimirum hoc ordine scripsisse Modestinum, facit *l. 15. de appellat.* in qua B cum propositum esset, dominum, vel procuratorem domini pro servo damnato judicio capitali, appellare posse: statim veluti exceptio subjicitur in *l. 16.* ut in eorum servorum, perinde atque liberorum hominum persona, quod damnatos statim puniri publice interest, ut sunt insignes latrones, &c. non permittatur appellatione domini interposita, differri pœnæ executionem. Ad quod etiam facit *l. si quis filio*, *§. hi autem*, *in fi. de ini. rupt.* Id vero, ni fallor, quod est in *l.17. de accusat.* Modestinus scripsit ad differentiam liberi hominis, de crimine capitali rei postulati: quia nec qui satisdare paratus est pro libero homine reo postulato, ad ejus defensionem admittitur, sed ipse reus præsens adesse, & seipsum defendere debet, ut ex ore ejus & vultu rei veritas deprehendatur: &, ut cum testibus, ut fit, componi possit, C *l. pen. §.1. de public. judic.* Quæ differentia est magna ad defensionem liberi hominis rei postulati. Nemo admittitur, nec pater quidem, aut mater ad defensionem servi hominis rei postulati: dominus admittitur. Et in aliis quoque causis multum interest, liber an servus homo reus postuletur. Nam si servus reus postuletur simpliciter, & a domino non defendatur, in vincula publica conjiciendus est, ut ex vinculis causam dicat. Liber autem homo reus postulatus, non aliter in vincula publica conjicitur (quod tamen jus hodie non obtinet) non ante coadservatur, quam confessus erit: non temere libero homini vincula injiciuntur, idque ostenditur in *l.2. & 5. de custod. reor. & l.4. circa fi. ad l. Jul. majest.* Item indictis feriis extra ordinem propter publicam aliquam hilaritatem, vel in honorem principis, D *indicto justitio*, ut loquebantur, clauso foro, apertis carceribus, & vinctis absolutis, & interim omnibus reis criminum data abolitione temporaria: quoad exierint feriæ & rei repetantur. Hæ feriæ & abolitiones publicæ prosunt tantum liberis hominibus reis postulatis, non etiam servis: hæc est alia differentia, *l.2. C. de cust. reor. l. Domitianus*, *ad Senatusc. Turpill.* Item, servus accusatus adulterii, marito accusatori non potest opponere præscriptionem lenocinii, liber homo potest, *l. quoniam Alexander*, *C. ad l. Jul. de adult.* Servus neque deferre, neque referre crimen potest, neque inscribere, neque præscibere crimen. Vel aliter: Servus neque directe accusare potest quemquam, neque in modum præscriptionis. Et ex his differentiis liquet, non in omnibus causis, aut per omnia locum habere, quod ex Senatusconsulto facto sub Tiberio, M.Aurelio Cotta, & M. Valerio Messala Conss. E proponitur in *l. hos accusare*, *§. si servus*, *de accusat.* Si servus reus postuletur, hæc est sententia SC. eadem observanda esse, quæ si liber esset, puta, ut accusator subscribat in crimen, *l.13. C. eod. tit.* Et ut non cuilibet servum accusare liceat, sed ei tantum, cui liberum hominem accusare prohibitum non est. Nam qui liberum hominem non potest accusare, nec servum quidem, *l.5. hoc tit.* Et certe similiter omnia servanda sunt in judicio criminali, quod instituitur adversus servum, quæ servantur in judicio, quod instituitur in liberum hominem, exceptis nimirum supradictis casibus. Exposui jam tres leges postremas ex hoc libro 6. Differentiarum Modestini: sed nondum ideo liber sextus absolutus est. Nam didici ex Licinio Rufino in collatione legis divinæ, & humanæ, *tit.1.* & hoc quoque 6. libro docuisse Modestinum quam sæpe in jure scientes ab ignorantibus separentur, sub hoc titulo, *de scientibus*, *& ignorantibus*, sicut & libro 6. didicimus, Modestinum tradidisse differentiam inter depositum, & commodatum ex eodem Licinio. Ex quo apparet Modestinum differentias, quas his libris exposuit titulis distinxisse. Et de hac separatione, distinctione, differentia scientium, & ignorantium sic habetur, eam esse multiplicem, & maxime vigere in judiciis criminalibus, uti Modestinus apud eundem Licinium ait, adhibita differentia semper considerandum esse, *utrum sciente*, *an ignorante aliquo quid gestum proponatur*: quod etiam ostenditur in *lege 5. §.ult. de pœnis*: quia, inquit Modestinus, *nonnunquam per ignorantiam delinquentibus jure civili venia tribui solet*: quæ scilicet non tribuitur scientibus, qui deliquerunt consulto consilio. Et ait, *ignorantibus nonnunquam veniam dari*, ut Paulus similiter 5. Sentent. *Eum, qui hominem occiderit*, *aliquando absolvi*: *ut si jactu teli imprudenter hominem occiderit*: quo pertinet illa vetus formula apud Ciceronem in Topic. *& lib. de Oratore*: *Si telum manu fugit magis, quam jecit?* quod in quadam Tragœdia Euripidis ita effertur, *Si telum manus meas liquit*: χειρὸς ἐμᾶς λείπεν βέλος. Ad quam formulam veterem respexit D.Augustinus in Canone *Si homicida* 23. *quæst.5.* ubi id non satis emendatum est: *Si invito*, inquit, *atque imprudenti telum manu fugerit*: & his convenienter *l.1. C. ad leg. Cornel. de sicar.* *eique*, *qui casu hominem occiderit*, *remitti pœnam homicidii*, id est, *veniam tribui*, ut Modestinus ait: Recte autem Modestinus ait, *eam veniam nonnunquam ignorantibus tribui*: nam & per ignorantiam admissa interdum coercentur, vel leviori pœna, *l.2. infra*, *de term. moto*, quod & definitio l. indicat, *l.1. de legib.* delictorum, quæ sponte, vel ignorantia contrahuntur, coercitio. Verum addit illo loco Modestinus, *si modo rem facti quis, non juris ignoret*. Quibus verbis significat ignorantibus factum veniam dari, non etiam ignorantibus jus. Ignorantiam juris non excusare à delicto, nisi sit talis persona, quæ jus ignorare posset, ut fœmina, *l. si adulterium*, *ad leg. Jul. de adult.* Ad hæc certissimum est, sæpissime hanc distinctionem scientiæ, & ignorantiæ servari, & occurrere in casibus civilibus. Inter ignorantes liberi hominis emptio, vel potius obligatio empti, aut venditi contrahitur, non inter scientes, *l.liberi*, *de contrah.empt.* Et Julianus inter eum, qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto, *l.Julianus*, *de action. emp.* Item, si servus commodatus furtum commodatario fecerit, is, qui commodavit, commodatario tenetur eo nomine contraria actione commodati, si sciens talem esse servum ignoranti commodaverit, non si ignorans, *l.pen. commod.* Idemque servatur in pignore, *l.si servus*, *de pignerat. act.* & in locatione, *l.14. §. his consequens*, *de servo corr.* Si servus sciente domino noxam nocuerit, dominus suo nomine in solidum obligatur, si ignorante domino, servi tantum nomine, in dominum competit actio noxalis, *l.2.3. & 4. de noxal. action.* Et ut ex jure veteri addam aliud, quod novissime repertæ ampliores sententiæ Pauli me docuerunt, *Mulier*, *quæ se sciens servo reipubl. junxit*, *etiam citra denuntiationem ex Senatusconsulto Claudiano reipublicæ ancilla efficitur*, *non item si nesciat*. Possunt adferri aliæ innumeræ differentiæ: nam vere possum dicere nullam esse distinctionem, vel separationem in jure frequentiorem, nullam numerosiorem.

JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib.VII.Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L.XXII. de Pignor.& hypoth. qualiter eā contrah.& de pact. eor. *Si Titio*, *qui rem meam ignorante me creditori*

suo pignori obligaverit, heres exstitero: ex post facto pignus directo quidem non convalescit: sed utilis pigneratitia dabitur creditori.

PAULUS in *l. rem alienam, de pignerat. act.* hanc differentiam docuit esse inter debitorem, qui cum rem alienam pignori dedisset, postea domino ejus rei heres exstitit, vel qua alia ratione ejus re dominus esse cœpit, & dominum ejus rei, qui debitori, à quo res sua pignerata erat, heres exstiterat. Eam differentiam etiam Modestinus exposuit in hoc lib. & novissime sublatam esse docuit in *l. 22. de pig.* quæ est ex hoc libro: obligationem pignoris non contrahi, re aliena pignori data sine voluntate domini: sed si debitor, qui rem alienam pignori dedit, sine voluntate domini, postea ex testamento domini, vel alio modo ejus rei dominium nanciscatur, pignus convalescit, quod ab initio non valuit, non quidem directo, quia obstat reg. juris: sed creditori data utili, non directa pignoris persecutione, id est, actione hypothecaria, ut *l. 5. in princip. de pign. l. 5. C. si res alien. pignor.* Non idem esse si à debitore, re aliena pignori data, non consentiente domino, postea dominus ejus rei debitori heres exstiterit, & consequenter, idem, qui est dominus pignoris, etiam debitor esse cœpit: hoc enim casu pignus non convalescere, nec creditori dari utilem hypothecariam, & rationem diversitatis hanc esse, quia priore casu, cum scilicet debitor dominium pignoris acquisivit, pignus contractum est ex conventione ejus, qui nunc pignoris dominus est, qui ne mendacii arguatur, nunc probe non potest resistere creditori vindicanti pignus. Posteriori autem casu, nunquam pignoris dominus obligationi præbuit consensum, atque ita multum interest, debitor pignoris dominus esse cœperit, an pignoris dominus cœperit esse debitor: hoc enim casu pignus non convalescit: illo convalescit. Verum hac, ut verisimile est, exposita differentia, Modestinus subjecit id quod est in *h. l. 22. de pignor.* etiam hoc posteriori casu postea idem fuisse receptum, quod priori, nempe, et ex post facto, & posteriori casu, cum dominus pignoris debitor esse cœperit, postea idem fuisse receptum, scilicet ex postfacto, ut pignus convalescat, non quidem directo, sed ita, ut priore casu adversus dominum pignoris, eundemque debitorem effectum, succedendo in hereditatem debitoris, creditori data utili actione pignoratitia, id est, etiam hypothecaria pignoris persequendi causa. Et hoc est, quod ait, *si Titio, qui rem meam ignorante me, &c.* etiam pignoratitia accipitur in *d. l. rem alienam*, & passim in jure: hoc autem tandem receptum fuit utroque casu, ut pignus convalesceret, sive debitor pignoris dominium adquisierit, sive dominus pignoris debitor esse cœperit, non caret ratione, ut etiamsi pignoris dominus, qui nunquam obligationi præbuit assensum, debitori heres exstiterit, debeat acquiescere creditori pignus vindicanti: quia scilicet æquum est, ne heres irrita faciat, quæ defunctus rata esse voluit. Et quemadmodum, si rem heredis defunctus legaverit, quam forte suam esse existimabat, necesse habet heres legatum præstare, *l. unum ex familia 67. §. si rem 8. de leg. 2.* Ita si rem heredis defunctus pignori obligaverit, quam etiam forte existimabat esse suam, æquum est, ut necesse habeat heres creditori adquiescere pignus vindicanti. Illa differentia, quæ proponitur in *d. l. rem alienam*, Pauli ætate obtinuit: idem post ætatem Modestini, qui pervenit usque ad Maximum Imperatorem, teste Capitolino. & usque ad Gordianum, ut testatur *l. 5. C. ad exhibend.* illa differentia juris antiqui valere desiit, eadem æquitate utroque casu recepta. Et ita omnino hæc quæstio respersa multo pulvore, enodanda est. Et hinc liquet, his libris Modestinum exposuisse, non tantum juris novi, & recepti, sed etiam antiqui, & antiquati differentias, quod etiam nobis indicavit *lex 10. de suis, & legitimis heredib. sup.*

Ad L. IV. de Testament. tut. *Pater, herede instituto filio, vel exheredato tutorem dare potest: mater autem non nisi instituto, quasi in rem potius, quam in personam tutorem dare videatur. Sed & inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: cum à patre datus, quamvis minus jure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur, nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit: veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit.*

Ad L. XX. de Tutorib. & curatorib. datis ab his, qui jus dandi habent: & qui, &c. *Ventri tutor à magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest: Nam de curatore constituendo, edicto comprehensum est.*

Ad §. Curatorem *habenti, quo minus alius curator detur, regula juris non est impedimento.*

Ad L. I. Qui petant tutores, vel curatores; & ubi petantur. *Matris sollicitudo in petendis filio tutoribus, non etiam curatoribus observatur, nisi quo casu impuberi curator petendus est,*

DOcuit etiam Modestinus, quæ essent differentiæ inter tutorem, & curatorem, cum quis moriens prægnantem uxorem reliquit, magistratus ventri similiter, & bonis, ut *l. 5. §. quoties, de ventre in possess. mitt.* curatorem dare posse, non tutorem, quia edictum prætoris, quo hoc introductum est, ut ait Modestinus in *l. 20. de tutorib. & curatorib. dat. ab his, &c.* de curatore dando loquitur, non de tutore. Ergo curator dari potest, non tutor, quia etiam non potuit prætor loqui de tutore dando: quandoquidem habenti tutorem prætor facere non potest, sicuti nec heredem facere potest, *§. Quos autem, Instit. de bonor. possess.* nec tutorem similiter: sed bonorum possessorem vice heredis facit, ita etiam curatorem vice tutoris. Et ita est explicandum, quod ait l. 20. Et mox additur in hac l. alia differentia, *tutorem habenti, tutorem dari non posse*: est regula juris, à qua tamen excipiuntur quidam casus, de quibus in *tit. C. in quibus causis tut. hab. &c.* Regulariter tutorem habenti, tutorem dari non posse: curatorem autem habenti, curatorem dari posse: quia curator datur in rem, tutor in personam: & curatori rei administratio committitur, tutori mandatur personæ ætate infirmæ tutela, educatio, institutio, moderamen. *Tutela*, ut est in definitione, *est potestas in caput liberum*, quam qui nactus est, quique nacti sunt, ut si ab initio fuerint dati tutores plures, non potest eis minuere adjectio aliorum tutorum. In rerum autem administratione nihil vetat, prioribus superadjici subinde alios curatores, aut procuratores. Et tertia differentia ex eodem libro Modestini proponitur in *l. 5. qui pet. tut.* Matris sollicitudinem observari in petendis tutoribus, non etiam in petendis curatoribus, nisi quibus casibus pupillo curator datur. Matrem puniri, mulctari successione filii, ex constitutione Severi, quæ filio impuberi tutorem non petiit: non eam, quæ filio puberi curatorem non petiit, ut *l. 6. C. eod. tit.* nimirum, quia, nec puberi, nisi petenti curator dari potest: impuberi etiam non petenti, tutor, vel curator datur, *l. 23. de tutel.* Adjecit etiam Modestinus quartam differentiam, ut indicat *l. 4. de testament. tut.* Curatorem, nec à patre, nec à matre filio in testamento recte dari, *l. 1. in fin. de confirm. tutor, l. 32. de excusation. tut.* Unde & in *l. Lucius, §. Mævia, ad Trebell. Mater quædam heredibus institutis, curatores, si licuisset, substantiæ meæ dedisset*: non licet igitur patri, vel matri curatorem testamento dare, cur ita? quia l. 52. tabular. de tutore loquitur, non de curatore. Cur ventri datur curator, non tutor? quia edictum de ventre in possessionem mittendo, de curatore loquitur, non de tutore: eodem modo, cur testamento datur tutor, non curator? quia l. 52. tabularum de tutore tantum loquitur: & tutoris, vel curatoris datio, legis est tota, pendetque tota ex præscripto legis, vel edictorum, quod ad curatores attinet. Ratio igitur est, quia l. 52. tab. de tutore tantum loquitur, his verbis: *pecuniæ tutelave rei suæ*. Ac præterea, quia eadem lex de patrefam. loquitur, non de matrefam. his verbis: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave rei suæ*. Solus pater filio impuberi heredi instituto, vel exheredato tutorem dare potest: nec tutor ab eo datus indiget confirmatione præsidis, vel prætoris, quanquam non jure datus sit, ut si datus filio emancipato impuberi, vel si datus sit testamento minus

Digitized by Google

nus solemni, minus jure facto, *l.1. de confir.tut.* non indiget etiam inquisitione, quæ fiat io mores, & facultates ejus, quem pater elegit. Mater autem filio nec tutorem dare potest, vel heredi instituto, vel exheredato, sive præterito, *l. peto 69. §. mater*, *de leg.* 2. Sed si heredi instituto mater tutorem dederit, ex inquisitione confirmari potest decreto prætoris, vel præsidis, quasi datus in rem, quam ei reliquit mater potius, quam io personam, quasi datus in bona, quæ filio reliquit mater, ut ait *l.ult. in fi. qui pet. tutor.* Nam absurdum est, mulierem personæ tutorem constituere, ac proinde mater non potest tutorem dare, nisi heredi instituto: quia tutor est potius rei, quam personæ .i. hereditatis filio relictæ, vel curator potius, quam tutor, qui etiamsi testamento non jure detur à patre, vel matre, confirmari tamen potest: quod si à matre tutor datus sit filio exheredato, vel præterito, hic neque confirmari potest, neque confirmatus ad tutelam admittitur. Et *l.2.de confirm.tut.* est accipienda de herede instituto, & in *l.4.C.de testam.tut.* (ut jampridem docui) legendum est affirmative: *quando autem eor heredes instituerit, solet ex voluntate defuncti datus tutor à præsidibus confirmari*. Et hæc quidem omnia de tutore à Patre, vel matre testamento dato, habentur in hac *l.4. de testam.tut.* quæ est ex hoc lib. Modestini. Et ita ad quartam differentiam, quam retuli sup. inter tutorem, & curatorem *d. l.5.* explicanda est. Verum excipitur in ea l. 4. uous casus, quod tutor à patre datus, confirmandus est causa cognita, aut plane repelleodus, si videlicet causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, ut si ex amico inimicus effectus sit: si ex divite pauperior, ex probo improbior, ex soloto omni ære alieno obæratus, ut *l.8. & 9.de confirm. tut.* Possent addi aliæ differentiæ, sed hæ sufficiant, quia & aliæ fere omnes ex iis dependent: & eædem quoque ipsæ, qnas retuli, multas complectuntur, utpote ratione unius differentiæ aliam indicante differentiam. Puto etiam hoc libro exposuisse, quid differant curatores alii ab aliis. Curatori furiosi, vel prodigi, vel pupilli, quo casu pupillo curator datus, plenam rerum administrationem permitti: curatori bonorum, & ventris custodiam tantum rerum permitti, & venditionem earum rerum, quæ deteriores futuræ sunt: & hunc curatorem ad breve tempus constitui, non illos, *l. inter bonorum 48. de administ.tut.l.pen.§. etsi quis, de ritu nupt.* quid item differant tutores ipsi inter se. Testamentarios tutores, & datos ex inquisitione, non satisdare rem pupilli salvam fore, alios satisdare, *l. pen. C.de tut.vel curat.qui satis non dedit.* Subsidiariam actionem, quæ datur adversus magistratus monicipales, ob causam datorum tutorum ad testamentarios, vel datos ex inquisitione non pertinere: ad alios pertinere, *l.ult.C.de auctor.præst.* Erat & olim tertia differentia, quæ tollitur in *d.l.ult.* nam ex testamentariis, vel datis ex inquisitione, unius auctoritas sufficiebat, cæterorum omnium in omni re auctoritas requirebatur: & requiritur etiam hodie omnium, etiamsi ex testamento dati sint, vel ex inquisitione, ex *d.l.ult.* Erat etiam differentia in excusationibus: nam legitimi tutores se excusare, vel abdicare tutela non poterant, quia necessarii erant tutores. Erat etiam inter tutores pupillorum, pupillarumve, & tutores mulierum (nam mulieres etiam puberes erant in perpetua tutela) hæc differentia, quod tutores mulierum auctoritatem tantum interponebant, tutores pupillorum etiam negotia gerebant, quod omne Ulpian. ostendit lib. *sing. reg. tit. de tutel.* Sed de his satis.

Ad L. VIII. de Assignandis libertis. *Liberi patroni, quanquam & ipsi in plerisque causis manumissoris jure censentur, tamen paternum libertum liberis suis adsignare non potuerunt, etiamsi eis à parente fuerit adsignatus. Idque & Julianus, & Marcellus probant.*

HÆc l. cum sit ex lib. 7. argumeotum præbet existimandi, etiam boc libro docuisse Modestinum, qua in re, non eodem jure censerentur patronus manumissor, & patroni liberi, qui patroni sunt non manumissores: alii sunt patroni manumissores, alii patroni non manumissores, ut liberi manumissorum: nam etiamsi, ut ait *d.l.8.* liberi patroni, in plerisque causis manumissorum jure censeantur, ut in tutelis legitimis, quæ non minus deferuntur liberis patronorum, sive manumissorum, quam manumissoribus, ut ostenditur io *Instit. tit. de fiduc. tut.* Et similiter in legitimis hereditatibus libertorum intestatorum, vel testatis libertis, si præteriti sint in petenda bonorum possessione contra tabul. non tamen in aliis quibusdam causis, eadem jura liberi patroni habent, quæ & ipse patronus manumissor: ac primum, ut ait *d. l.8.* liberi patroni libertum paternum liberis suis adsignare non possunt, etiamsi eis à patre adsignatus fuerit libertus: quia Senatusconsultum de assignandis libertis, adsignandi liberti potestatem dedit soli manumissori ex testamento, vel inter vivos: non ergo liberis manumissoris. Item, quæ est alia differentia: liberi patroni majores 25. annis, qui libertum paternum capitis accusaverunt, vel io servitutem petierunt, nec obtinuerunt, removentur à bonorum possessione contra tabulas, ac præterea nullus eis honor debetur, à quibus tamen omnibus ob eam rem manumissor non removetur, etiamsi calumniose libertum capitis accusaverit, vel in servitutem petierit, *l.9. 14. & l.16. in servitutem, de bon. libert. l. si filius, §. pen. de fideicommiss. libertatib. l. 9. in fi. l.10. & 11. de jure patron. l.10. §. liberos, de in jus voc.* & in constitutione Græca Justiniani *de jur. patron.*

Ad L. LII. de Condit.& demonstr. & causis, & modis eorum, quæ in testam. scribun. *Nonnunquam contingit, ut quædam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obscura: quod evenit, si alicui ita legatur:* Titio decem do, lego, si Mævius Capitolium ascenderit: *nam quamvis in arbitrio Mævii sit, an Capitolium ascendat, & velit efficere, ut Titio legatum debeatur: non tamen poterit aliis verbis utiliter legari:* Si Mævius voluerit: Titio decem do: *Nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.*

Ad L. CVC. de Reg. juris. *Expressa nocent, non expressa non nocent.*

POsuit etiam differentias, quæ sunt inter expressum & tacitum, id est, inter ea, quæ geruntur palam, & aperte, & ea, quæ geruntur tacite: proposita regula in *l.195.de reg.jur.* quæ est ex hoc libro. *Expressa nocere, non expressa non nocere*: quæ regula repetita est ex hoc ipso libro in *l. 52. de condit. & demonstrat.* proposito exemplo hujusmodi: Legatum in alterius, puta, extranei, vel heredis voluntatem meram, expressim conferri non posse, utiliter, puta, hoc modo: *Titio centum do, lego, si Mævius volet*, inutile est legatum: tacite tamen conferri posse in alienam voluntatem, ut si dicat: *Titio centum do, lego, si Mævius Capitolium ascenderit*: utile est legatum, quamvis in potestate sit Mævii ascendere, vel non ascendere, & ita efficere, vel non efficere, ut legatum debeatur, quæ differentia confirmatur *l. 3. de legat. 2. & l. 11. §. sic fideicommiss. de legat. 3.* & habet etiam locum io heredum institutione: heredis institutio aperte conferri in alterius merum arbitrium non potest, tacite potest: hoc modo: *Titius heres esto, si Mævius Capitolium ascenderit, l. si quis Sempron. 68. de heredibus instituend.* & ut ibid. ostenditur, eadem distinctio locum habet in exheredatione. Itaque non valet exheredatio facta expressa conditione hujusmodi: *Si Titius, quem heredem scripsi, mihi heres erit*, exheredatio noo valet, *l. 3. §. filius, de liber. & postum.* & tamen ita facta exheredatio. *Filius meus exheres esto*, valet: licet ei tacite insit ea conditio: *si Titius, quem heredem scripsi, mihi heres erit*: neque enim aliter exheredatio valere potest, quam si aliquis ex testamento heres extiterit: adde, actus legitimos, & solemnes tacite recipere diem, vel conditionem, quæ tamen, si aperte comprehendantur, vitiant actus, *l. actus, de reg. jur.* Item, tacite pacisci licere, ne quis de dolo agat, ut si quis paciscatur cum depositore, ne depositi agat: nam & sic tacite paciscitur, ne agat de dolo, qui solus venit in actionem depositi, & no-

Digitized by Google

minatim, & diserte ita pacisci non licet, ne de dolo agatur: turpis, & inverecunda hujusmodi pactio est, quæ non est inverecunda, si verbis tegatur, *l. si unus, §. illud, de pact.* & ait Modestinus in hac l. 52. nonnunquam contingere, ut lib. superiore, tit. de scientibus, & ignorantibus dixit, *nonnunquam per ignorantiam delinquentibus veniam tribui*, ita etiam hic *nonnunquam*: quia ex contrario nonnunquam, aut certe plurimum, quæ tacite acta valent, valent etiam si agantur expressim: ut tacite repeti ususfructus potest, ut si legetur in annos singulos: quia plura sunt legata: potest etiam repeti expressim: hoc modo: *Illi usumfructum illius fundi do, lego, quotiesque capitis deminutione amissus ususfructus erit, eidem eundem usumfructum do, lego*, quamvis hæc repetitio videatur adversari juri publico, quo cautum est, ut capitis deminutione finiatur ususfructus. Sed nihil refert, utrum tacite, an expressim repetatur. Olim tacite tantum repeti poterat, non expressim: & hoc ostenditur *l. 3. in princ. quib. mod. ususfr. amitt. & l. licet, de usufr. legato*, ubi tamen legamus oportet, *nec tantum*, ut illo loco ostendi. Item, quemadmodum legatum valet, si tacite conferatur in arbitrium, & voluntatem alterius, his verbis: *Si Mævius Capitolium ascenderit*, quia non tam confertur in voluntatem Titii: quam in hunc casum, *Si Capitolium ascenderit*. Et ut est apud Aristot. Sicut natura nihil facit frustra, ita homo sanus, ut est testator quilibet (alioqui nullum esset testamentum) nihil frustra facere videtur. Ergo cum addit hanc conditionem, *Si Mævius Capitolium ascenderit*, vel, *si Mævius Cajo X. dederit*, hoc frustra non facit. Et habet rationem illius adscensus, vel descensus omnino potius, quam arbitrii, quod tacite confertur in Mævium: non frustra ponit illam conditionem, non ridicule. Et ideo recte confertur legatum in alterius voluntatem, tacite scilicet. Si vero exprese legatum confertur in alterius voluntatem, non quasi in meram voluntatem, in profusum arbitrium alterius, ut in specie hujus l. 52. ita est accipiendum, sed quasi in conditionem aliquam, hoc sensu: *Si evenerit*. Ut si huic meæ voluntati assentiatur Mævius, si evenerit, ut hanc meam voluntatem probet Mævius, legatum valet: quod tacite valet, valet etiam exprese, idque ostenditur in *l. 1. de leg. 2. l. 46. §. 1. de fideicommiss. libert.* Et ita omnino accipiendum est, quod ait *l. senatus 43. §. legatum, de leg. 1.* Legatum poni posse in extranei voluntatem, quasi in conditionem, scilicet in casum, non in heredis voluntatem: *Illi lego, si heres volet*: quia in herede hic sermo, *si heres voluerit*, non pro conditione accipitur, sed pro mera voluntate heredis, in cujus potestate absurdum est esse, an debeat legatum, *l. utrum, §. cum quidam, de reb. dub.* Et hoc graviter confirmari potest à simili. Pœnæ causa relictum legatum non valet, hoc modo: *Heres meus si filiam tuam in matrimonium Titio collocaveris*, 10000. *Sejo dato*, non valet legatum: legata deferuntur honoris causa, non pœnæ causa. Sed si his ipsis verbis, *si filiam tuam in matrimonium*, &c. testator conditionem facere, non pœna affligere voluit, valet legatum, *l. 2. de his, quæ pœn. causa relict.* Et ita dicimus etiam exprese, recte conferri legatum in arbitrium alterius, veluti in conditionem, in casum. Et ex his quidem exemplis patet, quæ tacite acta valent, valere etiam plerunque si agantur aperte: per contrarium quoque, quæ aperte, sive exprese acta non valent, nec si agantur tacite, quidquam valere, quod innumeris exemplis planum fieri potest: paucis ero contentus. Electio, vel datur expresim, ut puta: *Ex universa familia mea unum hominem eligito, vel optato*: vel datur tacite, ut ait Ulpianus lib. Regular. *tit. de leg.* veluti, homine generaliter legato per vindicationem, *hominem do, lego*, tacite datur electio legatario: ut dicit Ulp. Et sive hoc, sive illo modo data sit electio, ea non consistit in persona Stichi testamento pure, vel sub conditione manumissi, *l. 9. §. quæsitum, de opt. leg.* Incapacibus neque exprese, nec tacite quicquam relinqui potest, *l. 1. C. de delat. lib. 10.* Viduitas indici neque exprese, neque tacite potest, *l. cum ita legatum, de condit. & demonstr.* atque ita recte in hac lege 52. dixit Modestinus, *nonnunquam*, &c.

JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib. VIII. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L. XXII. de Donationibus. *Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promisit, ex mora solutionis, pecuniæ usuras non debere, summæ æquitatis est: maxime cum in bonæ fidei contractibus donationis species non deputetur.*

IN ll. hujus lib. tres differentiæ proponuntur, una inter usumfructum legatum, & legatum in annos, vel menses singulos: altera inter usumfructum servi legati, & operas servi legati: & tertia inter venditionem, & donationem, quam ego existimo Modestinum fecisse primam: itaque ab ea incipiam. Venditio, & donatio duæ sunt justæ adquirendi dominii causæ, si ex his causis dominus rem suam alii tradat, nec tamen jus idem est utriusque causæ. Venditor tritici, aut vini, aut olei, ex mora debet usuras (quod not. maxime) sicut emptor debet usuras pretii ex mora, & venditor quidem non fundi, aut corporis certi (quoniam corpora non recipiunt usuras) sed venditor quantitatis, venditor pecuniæ (nam & pecunia venit in commercium quandoque, id est, emptionem, & venditionem) venditor, inquam, quantitatis, veluti pecuniæ, tritici, vini, olei, ad certum modum ex mora debet usuras, *l. ultra, de action. empt.* Donator non debet usuras, si moram fecerit in solvenda pecunia, vel oleo, tritico, vino, promisso donationis causa: quia nec donationis species bonæ fidei contractibus annumeratur: in quibus solis receptum est, ut officio judicis ex mora usuræ veniat. Venditio autem est contractus bonæ fidei. Et hæc ratio differentiæ ex hoc libro Modestini exstat in *l. 22. de donat.* quæ, quod ait de usuris, id etiam puto esse trahendum ad fructus fundo promisso donationis causa, ut nec post moram, aut post fidem contractam donator fructibus restituendis obnoxius sit: quia eadem æquitas & in fructibus versatur, & in usuris. Et dico nihil obstare huic sententiæ *l. Nesennius, §. pen. de re judic.* quia de donatore loquitur, qui fundum donatum tradidit donatario, & postea casu quodam ejusdem fundi possessionem nactus, convenitur à donatario, non jam ut donator, sed ut possessor quilibet, quo in judicio proculdubio fructus veniunt. Dico etiam nihil obstare *l. videamus, §. si actus, de usur.* quoniam à definitione ejus §. est excipienda donationis causa. Nihil etiam ad hanc rem, sive quæstionem facit *l. in ædibus, §. ex rebus, & l. cum de modo, hoc tit.* quam adducit Accursius: quoniam in eis non quæritur, an ex mora donator fructuum restitutioni obnoxius sit, sed an fructus, quos donatarius ex rebus donatis percepit in modum, quem lex Cincia donationibus imposuit, computentur? & respondetur, non computari: nullam factam videri fructuum donationem, sed donatarium suo jure fructus percipere post perfectam donationem, tanquam dominum fundi donati. Nihil etiam facit ad hanc legem 22. *l. licet, de usuris*, quæ lite contestata usuras currere ait, & nihil habet præterea: quia loquitur de usuris, quæ jam deberi, & currere cœperunt, quæ nec desinunt currere interveniente novatione necessaria, id est, litis contestatione. Sed & post litem contestatam procurrunt, & adaugentur, quæ tamen interveniente voluntaria novatione, id est, stipulatione, desinerent currere, ut *l. 18. de novation.* Nihil etiam (ut submoveam totam glossam) ad hanc *l. 22.* facit *l. cum quidam, §. ult. de usur.* quia loquitur de usuris legatorum, quibus plectitur mora, contumacia, indevotio heredis, à quo legata relicta sunt, non loquitur de usuris donatæ quantitatis, quibus donator plectatur contra omnem humanitatem. Nihil etiam ad hanc rem facit *l. 1. de pollicit.* quia non de mera, & directa donatione loquitur, sed de ea, quæ in rempub. collata est ob causam: veluti, ob ho-

no-

norem decretum, vel decernendum: quæ sola, quia nec mera liberalitas est, ex mora recipit usuras.

Ad L. LXII. de Ædilit.edict. & redhibit.act.& quant.min. *Ad res donatas edictum ædilium curulium non pertinere, dicendum est. Etenim quid se restituturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? quid ergo, si res ab eo, cui donata est, melior facta sit? numquid, quanti ejus, qui meliorem fecit interest, donator conveniatur? quod minime dicendum est: ne, eo casu, liberalitatis suæ donator pœnam patiatur. Itaque si qua res donetur, necesse non erit, ea repromittere, quæ in rebus venalibus ædiles repromitti jubent: sane de dolo donator obligare se, & debet, & solet: ne quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet.*

AD res venditas constat pertinere Ædilitium edictum, de redhibenda scilicet re vendita, ob morbum, aut vitium, quod emptor ignoravit; qua de re etiam emptori venditor cavere debet: puta, si in ea causa res vendita fuerit, ut redhiberi debeat, se pretium emptori, & cætera omnia, quæ pretium sequuntur redditurum, *l. 28. & 29. §.1. l.30. in princip. h. t.* Cavere etiam venditor emptori debet (quod maxime notandum est) se id redditurum emptori redhibita re vendita, quod emptor eam rem meliorem fecit. Et ad hoc l.62. est valde singularis. Et secundum hoc etiam accipi velim in *l.29. hoc tit.* hæc verba. *Vel si quid pro servo impendit*: utpote, si meliorem servum fecit, si erudivit, si instruxit, si ægrum persanavit. Dum enim ait l.62. ad res donatas Ædilitium edictum non pertinere, quod nullum pretium interveniat, quod donatorem restituere oporteat donatario: & quod non sit æquum donatorem, meliorationes, quas fecit donatarius, ei restituere, ne ex sua liberalitate damnum ferat: Et in summa non debere donatorem cavere de iis, quæ in ædilitio edicto continentur, non debere donatarium de gratuito munere quæri: &, ut est in proverbio. *Non debere equi donati dentes inspicere*: dum hoc, inquam, Modestinus ait in *h. l.62.* ex contrario satis indicat, venditorem meliorationes, & cætera omnia redhibita re vendita, emptori repræstare debere. Hoc tantum exigit Modestinus in donatore, ut caveat de dolo malo, ne sub specie benignitatis, id est, liberalitatis, donatarium fallat: ne, inquit, quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet, quod utique eveniet. Verbi gratia: Si sciens dolo malo rem alienam donaverit, & mox dominus donatario rem evincat, in quam forte jam donatarius, magnos sumptus fecerit: nam & si directo ipse donator eam rem non revocet, sed dominus rei: videtur tamen & ipse donator quodammodo eam rem revocare per dominum, cujus non erat ignarus, cum rem donaret: & ideo de doli actione tenetur in id quod interest: maxime, si donatarius in eam rem sumptus fecerit, *l. Aristo, §. ult. de donat.* Idemque dici potest ex *§. pen. Novel.7. Justiniani, de non alienandis rebus Eccles.* Si sciens dolo malo donaverit rem sterilem, & infructuosam, aut quæ onerat impendio dominum magis, quam fructibus auget; aut rem publicis tributis prægravatam nimis, ut scilicet suum exoneraret patrimonium, & quodammodo tamen beneficio debitorem naturalem adquireret, nam quod in illa Novel. in Ecclesia, cui ea res donatur, idem in privato homine servari numquid æquum est? Certe & hoc casu redhibitioni locus est, ut in ea Novella definitur.

Ad L. XVIII. de Adim. vel transfer.leg. vel fideic. *Rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo extinguitur legatum, nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris, an mera voluntate donaverit, legatum debeatur: si nuda voluntate non debeatur, hæc enim distinctio in donantis munificentiam non cadit: cum nemo in necessitatibus liberalis existat.*

EST & 3. differentia, quæ in hac l.18. proponitur. si rem suam legaverit testator, postea que eam vendiderit, quæratur an ademisse videatur legatum, ita distingue: aut nuda, & mera voluntate vendidit rem legatam, & ademisse videtur legatum: nec si postea eam rem redemerit, debetur legatum, nisi legatarius probaverit novam voluntatem testatoris: aut rem legatam vendidit urgente necessitate rei familiaris, urgente ære alieno, & hoc casu non videtur ademisse legatum: ac proinde legatum debetur mortuo testatore, nisi probaverit heres adimere legatum testatorem voluisse. Quæ distinctio probatur *l.11. §. si rem suam, de legatis 3. & l.15. hoc tit. & l. scribis, in fin. de auro & arg. leg.* Verum eadem distinctione non utimur in donatione, si testator rem suam, quam legaverat, postea alii donavit inter vivos: quia omnis donatio fit mera voluntate. Illa distinctio, inquit, in donantis munificentiam non cadit: cum nemo, inquam, in necessitate liberalis sit, id est, cum nemo tunc donet, cum premitur necessitate rei familiaris. Itaque re legata, postea à testatore donata, indistincte dicimus, ademptum, & extinctum legatum esse, nisi legatarius probaverit (nam ei incumbit onus probandi) aliam fuisse voluntatem testatoris, quæ est sententia h. l.18. adeo ut, etiamsi jure donatio non valeat, tamen videatur testator ademisse legatum, *l.24. infra h.* Possunt etiam addi aliæ differentiæ inter donationem, & emptionem: venditorem teneri de evictione, etiamsi de ea non caverit per stipulationem: Donatorem non aliter teneri de evictione, quam si de ea caverit donatario stipulanti: stipulanti, inquam, nam si paciscenti, non obligatur evictionis nomine, *l.2. C. de eviction.* nisi, ut ante dictum est, in re donanda dolo malo fecerit, *d. l. Aristo, §. pen.* Et hoc est, quod Paulus ait 5. Sententiarum. *Invitum donatorem de evictione rei donatæ promittere non cogi*: nec eo nomine, si promiserit, citra stipulationem scilicet, onerari: quia lucrativæ rei possessor, id est, donatarius ab evictionis actione ipsa juris ratione defenditur. Item, si fructuarius vendiderit usumfructum, id est, perceptionem fructuum: nam jus ipsum, quod personæ cohæret, vendi, & in alium transferri non potest, *l. si ususfructus, de jure dot.* etsi emptor non utatur, fruatur, videtur usumfructum retinere: quia pretio fruitur. Neque igitur eum amittet non utendo, quamvis nec ipse, nec emptor utatur: sed si donaverit usumfructum, non aliter usumfructum retinere videtur, quam si donatarius utatur, *l.38. & 39. & l.40. de usufr.* Item constitutio D. Marci ad Aufidium Victorinum, cujus in jure fit mentio sæpissime, pertinet ad servos venditos, ea lege, ut manumittantur; ex qua Constitut. cessante emptore, ipso jure liberi fiunt. Non pertinet autem ad servos donatos eadem lege, *l. Paulus respondet, de liber. caus. l. qui Romæ, §. Flavius, de verb. obligat.* sed postea ea Constitutio porrecta quoque est ad servos donatos, *l. pen. qui sine manum. ad liber. l. 1. C. si mancip. ita fuerit alien.*

Ad L. XXXII. de Rei vindic. *Quod si artificem fecerit post 25. ann. ejus, qui artificium consecutus est, impensæ factæ poterunt pensari.*

PRæterea emptor, cessam sibi act. in rem, ad quam quæstionem pertinet *l. in rem, de rei vindic.* Emptor, inquam, cessam sibi in rem actionem, transmittit ad heredem suum etiam ante litem contestatam, & similiter alium procuratorem ad agendum facere potest, etiam ante litem contestatam: cum tamen regulariter procurator procuratorem facere non possit ante litem contestatam, procurator in rem alienam, procurator in rem suam. Veluti, emptor, cui cessa est actio in rem, actio dominii à venditore, etiam hanc habet potestatem ante litem contestatam, ut alium procuratorem facere possit: donatarius non item. Hæc differentia obtinuit olim inter donatarium, & emptorem, quandoquidem olim donationes strictius accipiebantur. Sed tollitur hæc differentia à Justiniano in *l. illam, C. de donationib.* qua eadem facultas datur donatario, quæ competebat olim emptori. Postremo, emptio venditio perficitur nudo consensu: Donatio, stipulatione, vel traditione rei, aut pecuniæ donatæ, vel mancipatione, vel cessione in jure, non nudo consensu. Hæc est etiam vetus differentia, nam hodie ex constitutione Justiniani, etiam donatio perficitur nudo consensu. Sed de iis hactenus. Porro exposuit etiam hoc libro Modestinus, quid distaret legatum ususfructus à legato relicto in annos, *aut*

men-

Digitized by Google

mensea singulos, quod tamen usufructui simile esse, cum morte finitur, ait Cajus in *l.8. de ann. legat.* Sed inter se tamen, cum multum, tum in primis hoc distant, quod capitis deminutione legatarii perimitur, & inusu, id est, non utendo, non etiam legatum in annos singulos, quia plura sunt legata. Legatum annuum quotannis renovatur: legatum menstruum quot mensibus renovatur. Ususfructus autem legatus unum est legatum; & quod ususfructus repeti potest tacite, vel expressim. Legatum autem annuum frustra repetatur, quod per se renovatur quotannis, & repetitur sua natura: tum quod fructus ejus anni, quo fructuarius vita decessit, qui nondum percepti erant, ad heredem ejus non pertinebant, integrum autem ejus anni legatum heredi legatarii debeatur: quæ omnia proponuntur in *d.l.8.* Postremo, quod legatum ususfructus cedat ab adita hereditate: legatum annuum à morte testatoris, *l.2. & 12. quando dies leg.* quas omnes differentias, & insuper alias, quas annotavimus non ita dudum ad *d. l. 8.* proculdubio hoc lib. 8. Modest. digessit. Et ad primam quidem differentiam respicit *l. ult. de cap. min.* quæ est ex lib. eodem. Et rationem diversitatis explicat, cur ususfructus finiatur cap. deminut. non legatum in annos, vel menses singulos, quia, inquit, tale legatum, scilicet quod relinquitur in annos, vel menses singulos, in facto potius, quam in jure consistit. Quid hoc est? *Vsusfructus in jure consistit.* Ususfructus nihil aliud est, quam jus, quod legatur fructuario, jus in re, jus personale, & civilis scilicet ratio, veluti capitis deminutiones, quæ civili ratione nituntur, id est, quæ in jure consistunt, quæ sunt nuda jura perimere posse. Jus facile aliud perimit. At nulla juris ratio perimere potest, quod consistit in facto naturali, reali, corporali, in præstatione, sive pensitatione naturali, ut ait *l.8. h. t.* in pensitatione heredis annua, vel menstrua. Idemque de habitatione legata, definit Modestinus in *h.l.prin.* Nam & habitatio, quæ legata est capitis deminutione, vel non utendo, non amittitur, quamdiu superest domus, quæ habitationem præbeat, *l.10. de usu, & habit.* Sicut nec legatum annuum perimitur illis modis, quamdiu heres superest, qui annuum præbeat. Et longe alia est ratio ususfructus, alia annui, vel habitationis legatæ. Ususfructus, quod vel nomen ipsum indicat, consistit in facto, & in persona ejus, cui debetur, qui utitur fruitur: ideoque persona ejus mutata, mutatur etiam, sive interit ususfructus. Habitatio autem consistit non in persona ejus, cui debetur habitatio, sed in re ipsa. Ac propemodum habitatio nihil est aliud, quam res ipsa: puta domus, non actio habitatoris. Denique habitatio consistit in re ipsa, quæ habitationem præbet. Annuum item non consistit in persona ejus, cui debetur, sed in herede ipso, qui annuæ pensitationi, sive præstationi obnoxius est. Et ex eo vero, quod in *h. l.pen.* Modest. loquitur etiam de habitatione, apparet hoc quoque libro eadem opera Modestinum exposuisse quid esset intervalli inter usumfructum, & habitationem. Ita est omnino. Nam exposuit etiam hoc libro Modest. quid distaret ususfruct. servi ab operis servi legatis: quamvis enim operæ usumfructum imitentur, *l.5. in fin. usufruct. quemadm. cav.* & ususfruct. hominis sit in operis, aut mercedibus operarum, *l.2. & 3. de oper. serv.* tamen longo intervallo distant inter se ususfructus servi, & operæ servi. Ususfructus est dividuus, operæ sunt individuæ, sicut & nudus usus est etiam individuus, *l.15. de oper. serv. l.1. §. si ususfructus, ad l.Falcid. l.15. de oper. libert.* Item ususfructus morte, & capitis deminutione, & non utendo perimitur, operæ non item. Operæ nec morte legatarii perimuntur, sed debentur heredi legatarii, videlicet, quamdiu servus vivit, in cujus actu operæ consistunt, non in actu legatarii. Debentur ergo quamdiu is servus vivit, legatario, aut heredi ejus. Non pereunt igitur morte legatarii, vel capitis deminut. vel inusu, *l. 2. de oper. serv. l. 2. de usufr. lega.* Item, servo usucapto, legatum operarum perit, non legatum ususfructus, *d. l.2. de usufr. leg.* quia, ut breviter rationem perstringam, operæ cohærent personæ servi, unde usucapto servo, usucapiuntur & ipsæ, atque ita pereunt legatario: ususfructus autem servi servo non cohæret, sed fructuario. Usucapi potest dominium servi: non tamen ususfructus ideo ulucapietur, qui nulla societate dominio conjungitur: Ususfructus præstandus est ex die aditæ hereditatis, operæ ex die petitionis, cum scilicet est commodum ei, cui debentur, *l.7. de usufr. leg.* Quas omnes differentias cum digessisset Modest. in hoc libro, non omisit etiam istam, quæ nondum exposita est: *Infantis usumfructum legari recte*, quia etsi nunc nullus sit, illius usus esse poterit, ubi excesserit infantiam, *l.arboribus, §. de illo, l.si infantis, de usufr.* Operas autem infantis inutiliter legari, quia nondum ullæ sunt, & legantur præsentes: ususfructus præsens non legatur. Operæ igitur infantis inutiliter legantur, si infans sit minor quinquennio, quod est expressum in *l. ult. de oper. servor.* nam à quinquennio possunt infantis operæ esse quædam, in scena maxime, si sit histrio, vel alterius voluptatis artifex, *l.7. §. dabitur, de oper. libert. l.ult. de liber. caus.* Et ad hanc quidem differentiam respicit *l. 32. de rei vindic.* quæ est ex hoc libro 8. in qua, ut jampridem ostendi ex *d.l.ult. de oper. serv.* est legendum, *post annum quintum*, non 25. quoniam si ita leges, hic erit sensus, ab anno 25. demum juvenis esse operas, aut æstimari operas juvenis, quo nihil est ineptius. Legendum igitur, *non post 25.* sed, *post quinquennium*, à quo etiam infantis possunt esse operæ quædam. Nam & quod ait *d.l.ult. de operis serv.* deductis impensis necessariis factis in erudiendo puero, restituendum esse puerum vindicanti, & operarum æstimationem habendam post annum quintum, & quod *l.4. eod.tit. de oper.serv.* ait: idem omnino quod Modestinus scribit in *dict. l.32.* Unde certe conjicimus, non male hoc scripsisse Modestinum, quod est in *l.32.* cum daret differentias inter usumfructum servi, & operas servi.

JACOBI CUJACIJ J.C.

RECITATIONES SOLEMNES.

In Lib. IX. Differentiarum HERENNIJ MODESTINI.

Ad L.XV. de Ususr. & quemadm. quis utatur fruatur. *Titio cum moritur ususfructus inutiliter legari intelligitur: in id tempus videlicet collatus, quo à persona discedere incipit.*

Ad L.XII. de Servit. rust. præd. *Inter actum, & iter nonnulla est differentia. Iter est enim, qua quis pedes, vel eques commeare potest: actus vero ubi, & armenta trajicere, & vehiculum ducere liceat.*

Ad L.CI. de Verb. signific. *Inter stuprum, & adulterium hoc interesse quidam putant: quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Julia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur.*

Ad §. Divortium *inter virum, & uxorem fieri dicitur, repudium vero sponsæ remitti videtur: quod & in uxoris personam non absurde cadit.*

Ad §. Verum est, *morbum esse temporalem corporis imbecillitatem: vitium vero perpetuum corporis impedimentum, veluti si talum excussit: nam & luscus itaque vitiosus est.*

Ad §. Servis *legatis etiam ancillas deberi quidam putant: quasi commune nomen utrumque sexum contineat.*

Ad L.LXXXI. de Leg.III. *Servis legatis, etiam ancillas quidam deberi recte putant: quasi commune nomen utrumque sexum contineat: ancillis vero legatis masculos non deberi nemo dubitat. Sed pueris legatis etiam puellæ debentur. Id non æque, in puellis pueros detineri dicendum est.*

Ad §. Mulieribus *vero legatis etiam virgines debentur: sicuti viris legatis etiam pueros deberi respondetur.*

Ad §. Pecudibus *autem legatis, & boves, & cætera jumenta continentur.*

Ad §. Armento *autem legato, etiam boves contineri convenit: non etiam greges ovium, & caprarum.*

Ad §. Ovibus legatis, *neque agnos, neque arietes contineri quidam recte existimant.*

Ad §. Ovium *vero grege legato, & arietes, & agnos deberi nemo dubitat.*

Ad

Ad L.XXXIX. de Usuris, & fructib. & causis omn. access. & mora. *Equis per fideicommissum legatis, post moram heredis, fœtus quoque debentur. Equitio autem legato, etiamsi mora non intercedat, incremento gregis fœtus accedunt.*

Ad L.XXV. de Statuliberis. *Statuliberos venundari posse leges 12. tab. putaverunt, duris autem conditionibus in venditione minime onerandi sunt, veluti ne intra loca serviant, neve unquam manumittantur.*

CUM in calce superioris libri docuisset Modestinus, quid differret legatum usufructus à legato annuo, vel menstruo, quid item ab habitatione, quid ab operis servorum, consequenter in hoc libro 9. & ult. usumfructum cum servitute comparat, cum qua ante non comparaverat usumfructum. Docui quantum distaret ususfructus legatum à legato servitutis: ac primum usumfructum esse jus hominis, sive personæ: servitutem, jus prædii, usumfructum dividuum, servitutem individuam, quæ notissima sunt: usumfructum morte, & capitis deminutione perire, servitutem non item, *l. 3. quemadm. serv. amitt.* Unde consequitur statim alia differentia, cujus pars in hoc libro IX. relata est in *l. 51. de usufruct.* Titio cum morietur, usumfructum legari inutiliter: quia in id tempus confertur, quo à persona discedere, & perire incipit. Inutiliter confertur in mortem, quod morte finitur, *l. 6. de usufr. leg. l. heres meus, §. quamvis, de condit. & demonstrat.* At servitutem rectè legari Titio cum morietur: quia à persona morientis, quod est intermedium quoddam tempus inter vitam & mortem, in heredem mortui transire potest: ususfructus in heredem mortui transire non potest. Item usumfructum legatum alternis annis, inutendo non amitti, *l. 28. quib. mod. usufr. amit.* quia plura legata, plures usufructus sunt. Servitutem autem legatam alternis annis, amitti non utendo: quia una est servitus, quæ tamen sui natura habet intermissionem, *l. 13. de usufr. leg.* ubi id latius exposuimus. Docuit etiam hoc lib. Modestinus quid servitutes prædiorum inter se differrent, utpote, quid iter differret ab actu, *l. 12. de servit. rust. præd.* quæ est ex hoc libro. Iter esse, quo quis pedibus, vel equis commeare potest: Actum esse, quo quis etiam armenta, id est, boves trajicere, & vehiculum ducere potest. Itaque eum, qui actum habet, habere etiam iter: eum vero, qui iter habet, actum non habere. Plus est in actu, minus in itinere, *l. 1. eod.* Non est dubium, etiam hoc libro consequenter docuisse Modestinum quid differret via ab actu: quæ differentia ita paucis perstringi potest. Viæ latitudo finita ex XII. Tab. ut sit VIII. pedum in porrectum, & XVI. in anfractum, ubi via est flectenda. Actus finitio non est legitima: & utique semper via latior est, quam actus, *l. via latitudo, eod.* Item, qui viam habet, trahere lignum, vel lapidem, aut saxum aliquod ingens, ac si fructus non lædat, etiam hastam rectam ferre potest: qui actum habet, non item, *l. 7. eod.* Plus est in via, minus in actum: ut retro, plus est in actu, & minus in itinere. Præterea vis, quæ sic dicitur quasi *veha*, non est, nisi qua vehiculum duci potest: Actus est etiam qua vehiculum duci non potest, modo jumentum, vel armentum agi possit, *l. 13. de servitutib.* Viæ nominatim inest iter, & actus: quia hæc est proprietas, & potestas hujus nominis viæ, ut significet iter, & actum: Actui inest iter tacite, non ex proprietate vocabuli: actui iter inest per consequentiam tantum. Nam si possum agere armentum, vel jumentum aliquod, & ipse ire possum: proinde qui viam habet, potest vindicare iter, & actum (nam iter, & actus nihil aliud est quam via) vel potest vindicare alterutrum tantum, aut iter tantum, aut actum tantum: qui actum habet, iter vindicare non potest, sed actum vindicare debet. Verosimile est & hoc libro eundem Modestinum, quæ in cæteris servitutibus aliter atque aliter observarentur, exposuisse, veluti de servitute, *ne luminibus officiatur*, & de servitute, *ne prospectui officiatur*: de qua differentia est *l. inter servitutes, de servit. urbanor. præd.* quid item aliter, atque aliter observaretur in servitute luminis, & in servitute prospectus, de qua in

A *l. lumen, eod. tit.* Et rursus, quid in servitute *luminum*, & servitute *ne luminibus officiatur*, de qua in *l. luminum, eod. tit.* Ac præterea ex h. libro 9. in *l. inter stuprum, de verb. signific.* nos docet, inter stuprum, & adulterium hoc interesse: quod adulterium proprie committatur in nuptam, stuprum, inquit, in viduam. Viduæ nomine comprehendit etiam virginem, & mulierem quamlibet innuptam. Sed, ut subjicit *l. Iulia de adulter.* promiscue, & indifferenter, per abusionem tamen, stuprum, & adulterium appellari. Certe illo capite, quo plectitur, qui adulterii damnatam uxorem duxerit, etiam stuprum continetur, *l. 29. §. quod ait, ad l. Iuliam de adulter.* & illo capite, quo punitur qui pretium pro comperto stupro acceperit, continetur etiam adulterium, *d. l. 29. §. plectitur.* Alii quoque auctores passim

B stuprum accipiunt pro adulterio. Mox in eadem *l. inter stuprum*, Modestinus docet hoc differe divortium à repudio, quod divortium fiat inter maritos, repudium & inter maritos, & inter sponsos. Divortium inter maritos tantum, non inter sponsos. Proinde sponsa non recte divortisse dicitur, *l. 19. de verb. signific.* Uxor recte proprie divortisse dicitur, aut repudio dimissa esse, ut *l. 14. §. sive autem, qui, & à quibus manum. lib. non fiant.* Neque enim nisi improprie (quod notandum) aut maritus divertisse dicitur, quoniam cum domus mariti sit domicilium matrimonii, ipse à se ipso divertisse diceretur. Et similiter maritus etiam non nisi improprie repudio dimissus esse dicitur. Jubet maritus uxorem facessere domum suam proprie, non uxor maritum. Sequitur in eadem *l. inter stuprum*, differentia inter morbum, & vitium, quæ pertinet ad ædilitium edictum, atque etiam ad l. illam 12. Tabular.

C *Si in jus vocato morbus ævitasve vitium escit.* Morbum esse temporalem corporis infirmitatem, cum accessu scilicet, & decessu: veluti tertianam febrim: vitium esse perpetuum corporis impedimentum, veluti, inquit, *si talum excussit*: Sic rectissime Florentin. & Basilica similiter: ἐὰν τὸν ἀστράγαλον ἐξέβαλεν, id est, *si quis talum excussit*. Et in iuterpret. Basilicorum, τὸν ἀστραγαλιαῖον ἔχων, de quo vitio & iisdem fere verbis, Herodotus *lib. 3.* scribens de Dario, qui in venatione equo desiliens, sibi talum excusserat. ὁ γὰρ ἀστράγαλος ἐξεχώρησε ἐκ τῶν ἄρθρων, ἀστράγαλον vocat. *Ei enim, inquit, talus ab articulis dilapsus erat*: & hunc, cui talus prolapsus est, esse vitiosum, sic probat Modestinus: *Nam & luscus*, inquit, *utique vitiosus est*. Sensus hic est: ut qui captus est uno oculo, qualis est luscus, vitiosus est: Ita qui captus est uno pede, qualis est is, qui talum excussit,

D vitiosus est: Luscus est monoculus. Martialis, *desoculus*. Unde *lusca imago* Tacito: quod proprie Gallico sermone est, sed pauci Galli sciunt: *une image porphille, quand elle ne monstre que la moitie du visage.* Et hanc quidem differentiam inter morbum, & vitium, cum hoc loco Modestinus affirmat esse vetam (ait enim) *verum est*: satis demonstrat se improbare sententiam Labeonis, Sabini, & aliorum, qui cæcum, luscum, claudum, pede debilem, castratum, morbosos esse dicebant. Modestinus negat esse morbosos. Morbum enim temporalem esse: vitium perpetuum. Ergo cæcitatem, aut pedis debilitatem esse vitium, non morbum. Quod autem est in extremo h. l. inter stuprum, *Servis legatis, etiam ancillas deberi*: & repetitur ex hoc ipso lib. in *l. 81. de legat. 3.* merito continuandum est cum his, quæ sequuntur in *l. 81. de legat. 3.* & referendum (quod

E nescio an quis animadvertat) ad differentiam, quam Modestinus hoc lib. ostendit confici ex varietate nominum, id est, nominibus universitatem rerum significari, quæ vulgo, aut *generalia*: aut *collectiva nomina* dicuntur, à Græcis συνημματικά, & περιληπτικά, ut grex, equitium, familia, & similiter peculium, instrumentum fundi scilicet, vel ædium. His nominibus dico res singulas significari, & multum interesse in legando, an iis testator, an illis nominibus utatur: Nam si equitium legaverit, quod est collectivum nomen, id est, gregem equorum, sive *poliam*: nam & *polia* dicitur in *l. ædiles, §. ult. de ædilit. edic.* Si, inquam, equitium legaverit, etiamsi nulla heredis mora intercesserit, fœtus, & fœtuum fœtus legatario debentur. Si equos legaverit quo genere, quot testator equos reliquit in bonis, tot legata videtur

A detur fecisse testator per species, aut res singulas, aut equorum singula corpora: Hoc casu non debentur legatario fœtus, nisi qui editi sunt post moram heredis, quod ex hoc libro Modestin. propositum extat in *l. 49. de usur.* & habet summam rationem: quia fœtura auget equitium, seu gregem equorum: non etiam auget equos singulos: proinde legato equitii, vel causa, sed ut pars equitii, ut pars rei principalis, quæ legata est. Ac proinde in petitionem venit fœtura non officio judicis, sed jure & potestate action. ex testamento. Legato autem equorum non inest fœtura. Quamobrem nec in petitionem legati venit actionis jure, sed officio judicis, tanquam fructus, & post moram heredis duntaxat, non ante moram. Hinc vero facessat quod Accurs. *d. l.* 39. de equitio alieno legato, & de equis alienis intelligendum esse, non de propriis testatoris hac ratione: quia inquit, (si credere dignum est) *si proprium fue-* B *rit equitium testatoris, propriive equi: ex utroque casu debetur fœtura legatario, ex die aditæ hereditatis etiam ante moram heredis ejus*: hoc est omnino falsum. Nec pro Accursio quicquam facit *l. Herennius*, §. 1. *eod.* quæ ait, *fructus pervenire ad legatarium*, *aut quasi fructus omnes post adquisitum dominium*, ibi non est, *post aditam hereditatem*, sed *post adquisitum dominium*, *ut in l. 4. qui usumfru. si ususfr. peta*. Quod autem Modest. in *d. l.* 39. discrimen fecit inter equos & equitium, idem etiam porrexit ad servos & familiam legatam. Familia, est collectio servorum: eoque omnino pertinet *d. l. 81. de legat.* 3. Cujus sententiam omnem exponamus. Servorum, aut puerorum legato contineri quidem ancillas, & puellas; quamvis id non æque ita dicendum sit, ancillis legatis masculos contineri: quia pessimi exempli est, masculos, tanquam effœminatos, fœ- C mineo vocabulo [illegible], *l. 45. de legat.* 2. Mulierum quoque legato, etiam virgines contineri, quasi mulieris vocabulo ad sexum ipsum, non ad gradum sexus pertinente, ut eleganter Tertullian. ait in *lib. De veland virginib.* Mulierum igitur appellatione, sive legato etiam virgines contineri: *sicut* inquit, *virorum legato etiam pueri continentur*: sed non etiam puellæ, ut opinor; aut mulieres virorum legato continentur: quamvis & mulieres, auctore Festo, veteres appellaverint *Viras*: unde adhuc permanet, *Virgines & Viragines*. His tamen, ut arbitror, Modestinus adjecerat servorum, vel ancillarum, vel mulierum legato partus non contineri, nec venire in petitionem legati, ut causam legati officio judicis, nisi eos duntaxat partus, qui post moram heredis editi essent, & partus similiter partuum, ut *l. 8. de usur.* At familia legata omnino D partus omnes venire in petitionem legati actionis jure, etiamsi nulla mora heredis intercessisset. Denique, quod de equitio & equis dixit *d. l.* 39. idem esse dicendum docuit de servis & familia. Partus ancillarum augere familiam, quæ legata est quocunque tempore editi sint; non augere singulos servos, si servi legati sint, non familia. Et ut equis legatis, non continetur equitium: ita nec servis legatis, contineri familiam. Adjecit Modestinus *d. l.* 8. inter gregem ovium, vel pecudum, & oves, & pecudes, eandem differentiam intervenire. Ovibus, aut pecudibus legatis, non tantum oves, capras, sues, equos, mulos, asinos; sed etiam boves contineri: sicut, & armento legato, boves continentur, non alia animalia. Ovibus, aut pecudibus legatis, contineri etiam præter boves, qui collo domantur, & cætera jumenta dorsuaria, quæ dorso, non col- E lo domantur, non contineri etiam greges ovium, aut caprarum: ergo nec fœtus, puta, agnos, vel hœdos, nisi post moram heredis. Arietes quoque, vel capros, qui gregis domini sunt, non contineri. At grege legato, etiam agnos, & hœdos, quocumque tempore editi sint, deberi, etiam si nulla mora heredis intervenerit: itemque capros, & arietes. Et ita explicanda est *d. l. 81.* Verum est & alia differentia inter hæc nomina, si specialiter equos, quos habebat testator, legavit, vel servos, quos plures habebat. Plura sunt legata, & legatarius alios repudiare, alios vindicare potest, quia plura sunt legata: si equitium legaverit, aut familiam, unum est legatum, quod scindi non potest: grege aut familia repudiata pro parte, & agnita pro altera parte, quod ostenditur in *l. 2. & 6. de leg.* 2. Verbum generis, contrahit legatum: verbum speciei, dividit, disconditque legatum. Genus omne est περιληπτικόν, *comprehensivum*, vel *collectivum*, καθ' ὃ δὲ ἕκαστον διαιρετικόν. Restat ex hoc loco differentia inter statuliberos, & servos, à quibus tamen statuliberi pene nihil differre dicuntur, *l. 29. in princip. de statulib.* Statuliberi sunt, quibus testamento directa libertas datur in diem, vel in conditionem certam. Hi nihil pene à cæteris servis nostris differunt: nam & statuliberi servi sunt heredis pendente conditione, mediove tempore, *l. 12. famil. ercisc. l. 9. & 16. de statulib. l. 11. de leg.* 2. Et ab herede vendi possunt statuliberi non minus, quam cæteri servi: ita scilicet apud emptorem, si conditio statulibertatis impleatur, perveniant ad libertatem. Et hoc ut statuliberi vendi possint ab herede, Modestin. ait esse ex 12. Tabul. in *l. 25. de statulib.* quæ est ex hoc libro ultimo. Esse autem hoc ex 12. Tabul. sic accipiendum est, non quod ita l. 12. Tabularum simpliciter, & nominatim condita fuerit, ut Fulvius Ursinus fingit: *Statuliberum venumdarier liceto, dum ne quid adversum ipsius statum fiat*. Quot sunt hodie suaves conditores ll. 12. Tabularum? nunquam ea de re specialis lex quædam fuit in 12. Tab. Sed ideo dicitur statuliberos ex 12. Tabul. venumdari posse, quod lege 12. Tabul. caveretur statuliberum heredi decem dare jussum, si ab herede alienatus esset, emptori dando pecuniam, pervenire ad libertatem. Est jussus dare heredi, atque ita pervenire ad libertatem. Cæterum, etsi non heredi dederit, sed ei, qui successit heredi in rem, sufficit ut libertatem adipiscatur. Et ita explicat Ulpian. *lib. sing. reg.* & confirmat *l. 29. §. ult. de statulib.* Ex sententia hujus l. potius, quam ex verbis dicitur, *statuliberos venumdari posse*, quod & Modestinus significat in *l. 25.* dum ait: *putaverunt statuliberos venumdari posse ll. 12. Tab.* i. e. ex sententia scil. Verum addit statim in hac l. 25. differentiam Modestinus, quod cæteri servi nostri duris conditionibus vendi possunt: veluti, ne unquam manumittantur, qui ne unquam potuerunt manumitti, vel ne intra loca certa serviant, vel ne in Italia morentur, *l. 1. 6. & 7. de ser. export.* Statuliberi vendi non possunt duris conditionibus, quia deteriora eorum jura heres facere non potest. Spem libertatis non potest eis minuere, vel auferre, *l. 33. de statulib.* quod faceret, si duris conditionibus heres statuliberum venderet: puta, ne unquam manumittatur. Est & alia differentia, quod in publicis judiciis serviles pœnas, quæ sunt omnium gravissimæ, statuliberi non patiuntur, *l. moris, §. ult. de pœn. l. statuliber, de quæst.* quæ hoc facere ait spreta libertatis prærogativa. Est enim statulibero implicita spes, implicitus casus libertatis, adeo ut vel hoc ipsum in plerisque causis loco liberi habeatur, maxime in pœnis, & capitali crimine, *l. ult. si ex nox. cau.* Unde & in *l. 29. de statulib.* jam pridem dixi, ita legendum esse: *Sed non in publicis quoque judiciis easdem pœnas statuliberi patiuntur, quas & cæteri servi.* In privatis judiciis eodem jure sunt statuliberi, & servi, sive descendant ex contractibus, sive ex delictis privatis, quod etiam confirmat *l. 1. C. an servi ex suo facto, &c.* At in publicis judiciis melior est conditio statuliberi, quam servi.

Finis Differentiarum Lib. Modestini.

NEAPOLI M.DCC.XX.
Typis, ac Sumptibus Michaelis Aloysii Mutio.
SUPERIORUM LICENTIA, ET PRIVILEGIO PER DECENNIUM.

598058

Prem. Legatoria ...
ACHILLE FIORE
Via Grande Archivio, 3 - Nap...
Digitized by Google